

Causalité juridique et imputation : réflexions sur quelques développements récents en droit anglais.

Stathis Banakas

Professeur à l'Université d'East Anglia, Norwich.

I LES PRINCIPES : CAUSALITE FACTUELLE ET CAUSALITE JURIDIQUE - LE TEST DU « BUT FOR » ET LE TEST DE « REMOTENESS ».

Selon l'expression d'un célèbre juge américain, dans la culture juridique de la *common law*, « *la vie du droit c'est l'expérience, pas la logique* »¹. Malgré une activité scientifique très importante sur le thème de la causalité juridique, couronnée par une étude magistrale de Hart et Honore², l'évolution juridique a suivi un cours pragmatique. Celle-ci est en principe l'œuvre de la jurisprudence, les textes législatifs étant rares en la matière, sauf quelques exemples tels que le très récent *Compensation Act* de 2006 (voir *infra*). Lord Hoffman, un doyen de la Cour Suprême, la Chambre des Lords, considérait dans un article que le juge connaît, quasi intuitivement, la réponse à la question de l'existence du lien de causalité au cas par cas, sans besoin de recherche épistémologique ou scientifique³. Et il est fréquent dans la tradition de la *common law* que l'on évoque une règle pour y déroger⁴ !

Pourtant, même les juristes empiristes de la *common law* doivent disposer de quelques concepts et principes, afin de se sentir assurés d'une certaine prévisibilité des résultats dans le domaine de la causalité. Ceux dont on dispose ont été élaborés par les tribunaux lors d'affaires concernant la réparation du préjudice causé par négligence. Cette jurisprudence a permis de théoriser le cheminement du lien de causalité en deux étapes.

La première, celle de la « *causalité factuelle* » (ou « *naturelle* » ou « *scientifique* »), renvoie à la causalité fondamentale de la responsabilité (« *Haftungsbegründende Kausalitaet* » selon la doctrine allemande).

La seconde, causalité juridique ou « *remoteness* », intéresse la causalité qui permet de déterminer l'étendue de la responsabilité (« *Haftungsausfuellende Kausalitaet* »)⁵.

A. - La causalité factuelle

¹ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, http://www.law.harvard.edu/library/collections/special/online-collections/common_law/Lecture01.php

² *Causation in the law*, 2e éd., 1994

³ Leonard Hoffmann, *Causation*, *Law Quarterly Review* 2005, 121, 592, 603 (v. aussi *infra*)

⁴ V. Nicholas McBride, *Duties of Care, Do they Really Exist ?*, *OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES*, 24, 417-441,(2004)

⁵ Cf Erwin Deutsch, *HAFTUNGSRECHT, ERSTER BAND, ALLGEMEINE LEHREN*, 140 (1976)

Le principe est que l'acte du défendeur doit d'abord satisfaire au test du « *but-for* ». Afin d'y parvenir, il faut poser une question simple : y aurait-il un dommage sans l'acte du défendeur ? Cette question implique le principe d'équivalence des conditions ou *conditio sine qua non*, bien connu dans les systèmes juridiques de tradition civiliste. Dans l'affaire *Barnett c/ Chelsea and Kensington Hospital* ⁶ plusieurs ouvriers empoisonnés à l'arsenic se sont présentés aux urgences de l'hôpital de Chelsea avec des symptômes très graves. Cependant le médecin, très négligent, ne les a pas examinés correctement et, pensant qu'ils étaient victimes d'une indigestion, les a tout simplement renvoyés chez eux boire un peu de thé et attendre jusqu'au lendemain avant une nouvelle consultation. Ils moururent tous durant la nuit. Pourtant, la Cour suprême de Londres (High Court) a considéré qu'au moment de la prise en charge fautive, le poison s'était déjà trop diffusé dans leur organisme, privant de toute utilité l'intervention du médecin. Il était donc établi que leur mort aurait été certaine, même sans la négligence de ce praticien. Ni celui-ci, ni son employeur, l'hôpital, ne pouvaient être déclarés coupables, n'ayant pas causé la mort après application du test du « *but for* ».

B. – La causalité juridique

Après avoir établi la causalité factuelle, la victime d'un dommage doit démontrer que l'acte du défendeur constitue la cause juridique de son préjudice. Autrement dit, il s'agit de vérifier l'imputation causale du dommage à l'acte du défendeur ou à un autre événement. En droit anglais, on évoque ici la nécessité de démontrer que le dommage *ne doit pas* être considéré comme juridiquement « *trop éloigné* » (« *legally too remote* ») de l'acte du défendeur. La signification des termes est importante à cet égard : la causalité juridique est une question normative, pas une question de fait, une question de politique juridique (« *legal policy* »). A la suite des deux affaires australiennes *Wagon Mound* ⁷, il convient d'établir que le dommage éprouvé était, dans son genre, prévisible pour le défendeur à l'instant où il a agi. Cette prévisibilité dépend, d'abord, des faits et connaissances disponibles objectivement au moment de l'action. Mais elle ne peut pas être affirmée en tant que telle, sauf si le juge la considère comme un instrument de politique juridique. Il s'agit d'une technique qui se rapproche de celle de la causalité adéquate, employée par plusieurs systèmes de responsabilité civile européens⁸.

L'importance de la politique juridique, qui consiste à envisager les conséquences de la responsabilité fondée sur cette causalité juridique non seulement pour les parties, mais aussi pour la vie économique et sociale en général, a été démontrée de façon extraordinaire par une décision très récente de la Chambre des Lords, dans l'affaire *Chester c/ Afshar*⁹. M. Afshar, spécialiste renommé de chirurgie

⁶ [1969] 1 QB 428 (QBD)

⁷ *OVERSEAS TANKSHIP (U.K.), LTD. v. MORTS DOCK & ENGINEERING CO., LTD. (THE WAGON MOUND)*, PRIVY COUNCIL, [1961] AC 388; *THE WAGON MOUND (No. 2), OVERSEAS TANKSHIP (U.K.), LTD. v. THE MILLER STEAMSHIP*, PRIVY COUNCIL, [1967] 1 AC 617

⁸ Cette technique dans son élaboration plus sophistiquée du droit allemand prend compte pas seulement de la prévisibilité du dommage mais aussi, comme en *common law*, de la question de politique juridique, dans la formule du lien d'illicéité ('*Rechtswidrigkeitszusammenhang*') entre le champ de protection de la règle violée ('*Normzweck*') et le dommage subi : voir *supra*, Erwin Deutsch, HAFTUNGSRECHT, ERSTER BAND, ALLGEMEINE LEHREN, 143, 190 (1976)

⁹

orthopédique, avait conseillé à Mme Chester, qui souffrait de douleurs permanentes aiguës de la colonne vertébrale, une opération qu'il avait pratiquée lui-même avec grand succès. Avant d'obtenir son consentement, il omit toutefois de lui dire que l'intervention, même si tout se déroulait normalement, comportait un risque mineur (moins de 2 %) de paralysie totale. Mme Chester ayant accepté l'opération, il intervint de suite, mais, malgré l'absence d'erreur ou de négligence de sa part, le risque se matérialisa et elle demeura paralysée. Pour des raisons de politique juridique, le droit anglais ne fait pas sien le principe, reconnu par plusieurs juridictions américaines, du consentement « *avisé* » du patient au traitement médical qui, afin d'être valide, doit être obtenu après une consultation l'informant de tous les aspects connus, implications et risques d'un tel traitement. Le droit anglais exige seulement que le praticien offre des informations conformes à celles qu'un médecin raisonnable doit délivrer aux patients, dans le cadre de son devoir de prudence (« *Duty of Care* »). Cette approche se justifie par le souci de protéger les établissements du Service national de santé publique contre des dangers économiques, tels que ceux qui ont accablé les hôpitaux privés américains. L'exigence d'un consentement pleinement avisé aurait pu permettre à Mme Chester d'obtenir l'indemnisation de ses préjudices. Comme elle n'avait pas été informée de tous les risques possibles, l'opération pouvait selon cette logique être tenue pour illégale. Néanmoins la majorité de la Chambre des Lords, en affirmant l'importance, afin de les protéger, des droits à l'intégrité corporelle et à l'autonomie de la volonté du patient, a choisi de déclarer que le défaut d'information sur le risque de paralysie était la cause juridique du dommage, c'est-à-dire de la paralysie elle-même. Les Lords ont, en effet, élevé le manquement à l'information au rang de cause juridique de la paralysie pour des raisons de politique juridique (protection de l'autonomie du patient), ne pouvant attribuer cette paralysie à l'opération elle-même, réalisée sans la moindre faute médicale. Par ailleurs, la Chambre des Lords a relevé que Mme Chester avait admis, avec honnêteté, qu'elle aurait accepté l'opération même si le chirurgien l'avait informée du risque de paralysie, ce qui pouvait écarter le défaut d'information sur ce risque des causes factuelles, par une application simple du test du « *but-for* ». Cependant, la majorité des Lords a admis que l'omission avait privé Mme Chester de la chance de retarder l'opération, afin de mieux réfléchir et de solliciter un deuxième avis (qui aurait été, néanmoins, très probablement conforme à l'opinion d'un spécialiste tel que M. Afshar, d'après qui le risque était insignifiant et l'opération appropriée à l'intérêt du patient). La perte de cette chance de différer l'intervention, afin de pouvoir réfléchir convenablement et de rechercher une autre opinion, justifiait l'imputation causale des préjudices de la victime au défaut d'information sur le risque par le médecin, manquement considéré comme une violation de son devoir de prudence (*Duty of Care*) qui constituait la cause juridique du dommage.¹⁰

II Les DISTORSIONS DES PRINCIPES : CAUSALITE ET PROBABILITE¹¹

A. - L'augmentation matérielle du risque du dommage

¹⁰ Voir aussi *infra*, conclusions.

¹¹ Voir l'étude comparative de Lara Khoury, UNCERTAIN CAUSATION IN MEDICAL LIABILITY, 2006

La *common law* a rencontré le problème de la causalité factuelle incertaine fondée sur la probabilité dans deux affaires principales, *McGhee c/ National Coal Board*¹² et *Wilsher c/ Essex Health Authority*¹³. Dans la première, le demandeur soutenait avoir contracté des dermatites suite à une exposition à la poussière sur son lieu de travail, sans avoir la possibilité de s'y laver. Il n'était pas possible de prouver avec le test « *but for* » que cette absence de possibilité était une cause certaine de la maladie, mais la Chambre des Lords a accepté de considérer que par son omission négligente d'offrir les moyens de se laver, l'employeur avait augmenté matériellement le risque de contracter des dermatites, créant ainsi une inférence de causalité suffisante. Cette solution a encore été clarifiée dans la seconde affaire, la même cour considérant que l'apport de l'arrêt *McGhee* n'avait pas été de changer les règles de preuve du lien de causalité (c'est au demandeur d'apporter cette preuve), mais d'allouer une inférence de causalité quand les faits sont incontestables. Dans l'affaire *Wilsher*, la négligence du médecin avait été considérée comme l'une des cinq causes probables du préjudice (les quatre autres étaient non délictuelles).

La doctrine reste divisée sur le point de savoir si l'arrêt *Wilsher* refuse l'établissement de la causalité factuelle par la seule preuve d'une augmentation matérielle du risque du dommage, et **permet** seulement une **inférence de causalité**, réfutable par le défendeur. Mais dans l'affaire plus récente *Fairchild v Glenhaven Funeral Services*¹⁴, la Chambre des Lords a considéré que l'arrêt *McGhee* avait introduit une nouvelle règle de causalité factuelle, celle de l'augmentation matérielle du risque du dommage, et pas seulement une **inférence réfutable par le défendeur**. Dans cet arrêt *Fairchild*, les trois demandeurs avaient contracté un mésothéliome après avoir occupé plusieurs emplois dans des entreprises différentes où ils avaient été exposés à de l'amiante. Il n'était pas scientifiquement possible d'établir comment, à quel moment et dans quel emploi ils avaient contractés la maladie, mais il était incontestable que le mésothéliome est une maladie qui peut être contractée après aspiration de fibres d'amiante. La Chambre des Lords a déclaré tous les employeurs responsables *in solidum*, parce qu'ils avaient augmenté matériellement le risque de la maladie, en appliquant le raisonnement de l'arrêt *McGhee*. Certes, l'arrêt *Fairchild* va plus loin que l'arrêt *McGhee* en acceptant une responsabilité individuelle sans preuve de causalité factuelle *individuelle*, mais sur la base d'une causalité factuelle *collective*, pour des raisons bien entendu sociales (protection des victimes du mésothéliome). La réaction des assureurs des entreprises a été très forte, notamment parce que l'arrêt *Fairchild* a déclaré chaque employeur d'une victime du mésothéliome responsable *in solidum*, alors même que ces entreprises ne sont pas toujours solvables. Il devenait même nécessaire pour parvenir à être indemnisé, de rechercher les assureurs de sociétés dissoutes. Cette difficulté a conduit la Chambre des Lords à modifier sa jurisprudence avec l'affaire *Barker c/ Corus*¹⁵ : la règle de responsabilité *in solidum* de chaque employeur a été remplacée par celle de responsabilité proportionnelle à la durée de l'emploi occupé par la victime dans l'entreprise. Le *Civil Liability Act* de 2006 a renversé cette solution et rétablit la responsabilité *in solidum* de chaque employeur pour tous les cas de mésothéliome causés par une exposition à l'amiante :

¹² HOUSE OF LORDS, [1972] 3 All ER 1008

¹³ HOUSE OF LORDS, [1988] AC 1074

¹⁴ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd and others; Fox v Spousal (Midlands) Ltd; Matthews v Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Ltd and others*, HOUSE OF LORDS, [2002] UKHL 22

¹⁵ *Barker v Corus UK Ltd; Murray v British Shipbuilders (Hydrodynamics) Ltd and others; Patterson v Smiths Dock Ltd and another*, HOUSE OF LORDS, [2006] UKHL 20

la règle de l'arrêt *Fairchild* est adoptée par cette loi afin d'assurer l'indemnisation des victimes ainsi exposées. Dans un esprit de justice distributive, on ne s'intéresse évidemment plus à la preuve d'un lien de causalité entre la faute de l'employeur et le dommage de la victime.

B Le dommage causé par la faute d'une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes (ou la question de responsabilité sans preuve de causalité individuelle)

Ce problème, qui rend le test « *but-for* » logiquement inutile, est connu depuis le droit romain et la *lex aquilia*, mais aussi en droit français, s'agissant par exemple des accidents de la chasse. L'article 1348 de l'avant-projet français de réforme du droit des obligations a ainsi prévu que « *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* ».

De façon similaire, l'arrêt *Fairchild* et le *Civil Liability Act* ont introduit en droit anglais un tel principe de responsabilité individuelle pour faute sans preuve de causalité individuelle, dans des circonstances où le dommage est causé par la faute d'une personne indéterminée dans un groupe déterminé des personnes. Mais l'application de ce principe semble limitée, pour le moment, aux cas de mésothéliome causés par une exposition à l'amiante et n'a pas la portée du principe de droit américain « *market-share liability* » (responsabilité correspondante à la part du marché). Ce principe, affirmé à propos du mésothéliome, s'applique aussi pour les dommages causés par des produits fongibles défectueux¹⁶, tels des produits pharmaceutiques communs, fabriqués par plusieurs entreprises identifiées, lorsque l'on ne peut déterminer celle qui a produit l'article spécifique qui est à l'origine du dommage subi par la victime.

Le *Market-share liability*, comme substitut de responsabilité fondée sur la preuve d'une causalité individuelle, est une technique de justice distributive qui va plus loin que celles d'**inférence** de causalité, ou de causalité fondée sur la probabilité (voir *supra*), mais qui apparaît inspirée des deux. Cette nouvelle technique a été évoquée pour la première fois par la Cour suprême de Californie dans l'affaire *Sindell c/ Abbot Labs*¹⁷. En l'espèce, le *diethylstilbestrol* (DES), utilisé dans la fabrication d'un médicament (le distilbène) donné aux femmes enceintes pour leur éviter de faire une fausse couche, avait entraîné des cancers et autres maladies sévères chez les filles des femmes qui avaient pris ce médicament. Tous les producteurs utilisant cette substance au moment du dommage, et qui occupaient une part substantielle du marché, ont dû partager la responsabilité proportionnellement (et pas solitairement comme en droit anglais dans les cas d'amiante, selon l'arrêt *Fairchild*¹⁸), à moins de prouver que ces produits n'étaient pas la cause du dommage.

¹⁶ Allen Rostron, 'Beyond Market Share Liability: A Theory of Proportional Share Liability for Non Fungible Products', UCLA LAW REVIEW 2004, 151

¹⁷ 26 Cal. 3d 588, 2, 607 P. 2d 924 (Cal 1980)

¹⁸ Dans *Wheeler c Raybestos-Manhattan*, 11 Cal. Rptr. 2d 109 (Ct. App. 1992), la cour d'appel de Californie a évoqué la doctrine dans un cas de produits d'amiante.

C'est une responsabilité spéciale¹⁹, fondée sur la chance et non sur la certitude causale. Mais elle a été critiquée non seulement du point de vue théorique, mais aussi en raison de problèmes pratiques insolubles, telle la définition du marché dans chaque cas, ou les critères utilisés afin d'établir la part substantielle de ce marché occupée par le défendeur. En revanche, les victimes étaient déchargées de la preuve de causalité factuelle, la responsabilité civile jouant alors un rôle de sécurité sociale.

C Epidémiologie et probabilité statistique ²⁰.

Dans l'affaire *Mc Tear c Imperial Tobacco Ltd*²¹ jugée par la Cour suprême de l'Ecosse (*Court of Session-Outer House*), le juge Lord Nimmo-Smith a décidé que le demandeur, la veuve d'un fumeur qui fumait des cigarettes *Imperial Tobacco* et avait contracté un cancer du poumon, n'avait pas établi la causalité individuelle du producteur et n'avait donc pas droit à réparation. Le juge, en rejetant comme inacceptable en droit la notion de « *maladie-signature* » (*signature illness*), a déclaré que l'épidémiologie seule ne pouvait être acceptée devant les tribunaux comme preuve juridique du lien de causalité entre le fait de fumer et celui d'avoir un cancer du poumon en général, ou comme preuve de causalité individuelle dans le cas d'espèce. Il a aussi déclaré que le témoin statistique nu, c'est-à-dire uniquement des statistiques applicables en général, ne pouvait déterminer en lui-même la probabilité du lien causal dans un cas individuel. Il a exigé qu'un tel fumeur satisfasse au test « *but-for* » de causalité en démontrant que s'il n'avait pas fumé les cigarettes produites par *Imperial Tobacco* il n'aurait pas contracté de cancer du poumon, ce que le demandeur ne pouvait pas²² établir. D'après le juge écossais, la veuve du fumeur aurait dû établir que le cancer de son défunt mari ne faisait pas partie des 10 % de cancers du poumons reconnus comme n'étant pas causés par le fait de fumer des cigarettes. Le juge a en revanche ignoré, dans cette décision, qu'en fumant, la victime du cancer du poumon avait perdu environ 90 % de chance de ne pas contracter un tel cancer, un pourcentage bien au dessus de celui de 50 % qui est nécessaire pour la réparation de la perte de la chance d'amélioration de la santé ou guérison dans les cas de responsabilité médicale (voir *infra*). En outre, le juge a considéré que la victime fumant aussi d'autres cigarettes que celles fabriquées par le défendeur, il n'était pas possible d'attribuer avec certitude le cancer aux produits du défendeur. Il a ignoré, à cet égard, le problème de la faute d'une personne indéterminée dans un groupe déterminé des personnes et le principe établi par l'arrêt *Fairchild*. Ce dernier reste, par conséquence, limité aux dommages de santé causés par une exposition à l'amiante.

Imperial Tobacco a également été poursuivi, toujours sans succès, par un fumeur en Angleterre²³. L'opinion d'un juge canadien, dans l'affaire *Rothwell c/*

¹⁹ Après *Sindell*, les tribunaux américains ont limitée son application aux cas de produits de la même substance (DES) ou autres très similaires : voir l'analyse de Allen Rostron, *op. cit, supra*, note 16.

²⁰ Voir Chris Miller, 'Causation in personal injury: legal or epidemiological common sense?', *LEGAL STUDIES* 26, 544 (2006)

²¹ [2005] Scots CSOH 69

²² On sait bien qu'on ne peut pas prouver un négatif !

²³ *Hodgson v Imperial Tobacco Ltd (no 3)* [1999] CLY 459 (QBD). En revanche, aux Etats-Unis les procureurs de 46 états ont réussi à assurer un accord cadre (*Master Settlement Agreement*) en 1998 avec les quatre plus larges producteurs de tabac en Amérique qui vont payer, dans une période de 25

*Raes*²⁴, apparaît en revanche plus réaliste et progressiste puisqu'il a admis qu'une étude épidémiologique clinique ne pouvait établir à elle seule la causalité factuelle, mais que l'association statistique pouvait impliquer par inférence l'existence d'un lien de causalité.

L'aversion des juges de la *common law* pour la notion de causalité fondée sur la probabilité statistique est encore démontrée dans une affaire soumise à un juge américain²⁵. Un accident avait été causé par un taxi dans une petite ville qui n'en comptait que quatre, une compagnie de trois taxis bleus et une compagnie d'un taxi rouge. On ne savait pas lequel de ces quatre taxis était responsable de l'accident. Si l'on accepte la preuve causale fondée sur la probabilité statistique, les trois taxis bleus ayant une probabilité de 75 % d'avoir causé l'accident, la compagnie des trois taxis bleus sera toujours responsable alors que la compagnie du seul taxi rouge ne le sera jamais. Or cela ne correspond pas à la réalité.

D La perte d'une chance : chance quantitative d'un bénéfice certain et chance qualitative d'éviter un préjudice

1 - La chance quantitative d'un bénéfice certain

Le droit anglais accepte la réparation de la chance quantitative d'un préjudice certain. L'affaire *Chaplin c/ Hicks*²⁶ en est une illustration : la petite-fille de Charlie Chaplin avait obtenu réparation de son préjudice économique causé par la faute de l'organisateur d'un concours de beauté, qui l'avait empêché, par sa faute, d'accéder à la finale. Les finalistes étant au nombre de quatre, elle a perçu des dommages-intérêts à hauteur de 25 % de la valeur du premier prix. Dans les affaires *Allied Maples Group Ltd c/ Simmons & Simmons*²⁷, et *First Interstate Bank of California c/ Cohen Arnold & Co*²⁸, la responsabilité quantitative pour la perte de chance d'un bénéfice économique commercial a été admise en raison de conseils professionnels erronés et négligents.

2 - La chance qualitative de guérison ou d'éviter de contracter une maladie

Dans une affaire importante, l'affaire *Hotson c/ East Berkshire Health Authority*²⁹, la Chambre des Lords a rejeté la demande en dommages-intérêts formée

ans, plus de 250 milliards de dollars vers le prix estimé du traitement des conditions médicales associées avec fumer du tabac. Voir M. Day, 'Tobacco Litigation', JOURNAL OF PERSONAL INJURY LAW 1, 1 (2006)

²⁴ (1988) 54 DLR (4th) 193 (Cour Suprême d'Ontario), 210, juge Osler J.

²⁵ Dans l'affaire *Herskovits c Group Health Cooperative of Puget Sound* (1983) 664 P 2d 474. Le juge était Dore J.

²⁶ COURT OF APPEAL, [1911-1913] All ER Rep 224

²⁷ COURT OF APPEAL, [1995] 1 WLR 1602

²⁸ COURT OF APPEAL [1995] CA Transcript 1529

²⁹ HOUSE OF LORDS, [1987] AC 750

par un enfant qui, après avoir été traité dans un hôpital public suite à un accident, avait développé une incapacité qu'il aurait eu 25 % de chances d'éviter si l'hôpital n'avait pas été négligent. Les Lords ont considéré que dans le cas de la perte de chance d'éviter une maladie ou d'amélioration de l'état de santé ou de guérison, le demandeur devait prouver que la chance perdue à cause de la faute du défendeur était de plus de 50 %. Dès lors, le demandeur sera considéré comme ayant établi 100 % de la causalité factuelle et pourra recevoir, en conséquence, 100 % des dommages-intérêts. Si la chance perdue à cause de la faute du défendeur est, comme dans l'affaire *Hotson*, de moins de 50 %, le demandeur sera considéré comme n'ayant pas établi la causalité factuelle et la demande sera rejetée dans sa totalité.

Cette règle peut être critiquée, en ce qu'elle ignore que les statistiques médicales contemporaines offrent des possibilités de quantification assez précise de la chance de survivre à une maladie ou d'en être guéri, alors que c'est ce qui permet aux autres systèmes juridiques contemporains, français, allemand et américain, de réparer la perte de chance de moins de 50 % sans difficulté. Mais les juristes anglais, notamment les praticiens, se réjouissent de voir que cette règle permet une réparation totale, soit 100 % du préjudice, et non pas proportionnelle à la chance perdue (comme dans les autres systèmes), quand celle-ci est à plus de 50 %. Cette règle est également en accord avec la philosophie du « *all or nothing* » du droit anglais de la réparation du préjudice personnel. Elle a été confirmée dans l'affaire plus récente *Gregg v Scott*³⁰ où elle a été appliquée par la Chambre des Lords dans un cas de négligence médicale dans le diagnostic d'un cancer, les Lords refusant que cette règle ne soit modifiée par les principes posés par l'arrêt *Fairchild*. En l'espèce, le demandeur n'avait pu établir que la perte de chance de survivre pendant plus que de dix ans pouvait être attribuée au moins à 50 % à la négligence du médecin qui n'avait pas diagnostiqué immédiatement son cancer³¹.

Cette solution d'une chambre augmentée des Lords³² doit encore être évaluée à la lumière du contentieux de la maladie de la vache folle (*Creutzfeldt-Jakob Disease, CJD*)³³, exemplifié par le jugement du juge Morland dans l'affaire *Straddlers Groups A and C v Secretary of State for Health*³⁴. Celle-ci concernait la thérapie par hormones animales à laquelle étaient soumis des enfants et à propos de laquelle les experts scientifiques ont découvert, dans les années 1970, un lien avec la maladie de Creutzfeldt-Jakob. Mais les médecins, qui n'avaient pas été avertis immédiatement par le ministère de la santé publique, ont continué d'appliquer ce traitement. Les enfants ont ensuite tous développés la maladie de Creutzfeldt-Jakob. Le juge a reconnu la responsabilité du ministère, en décidant que pour établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute du ministère (omission négligente d'information) et le

³⁰ HOUSE OF LORDS, [2005] UKHL 2

³¹ En effet, quand la Chambre des Lords a considérée la demande il avait déjà plus de dix ans depuis le diagnostic médical négligent est le demandeur était toujours vivant ! Mais au lieu de rejeter la demande a cause de manque de préjudice actuel (ce qui est nécessaire dans le cas d'une action fondée sur négligence), la Chambre des Lords a préférée de décider l'affaire sur la question de causalité pour perte d'une chance, afin de confirmer que *Fairchild* n'a pas sapée *Hotson*. En revanche, le demandeur n'a pas poursuivi son docteur pour le préjudice moral causé par l'angoisse du diagnostic négligent et le peur de perte de la chance de guérison, c'est qui est une faute regrettable de ses avocats.

³² En banc de sept juges e non cinq comme normalement.

³³ Voir Chris Miller 'Loss of chance in personal injury: a review of recent developments', LAW PROBABILITY AND RISK 5: 63-73 (2006)

³⁴ 54 BMLR 104 (QUEEN'S BENCH DIVISION), Morland J

préjudice des victimes (perte de chance de ne pas développer la maladie), les victimes devaient seulement soutenir la probabilité d'un arrêt du traitement par leurs médecins, sans qu'il soit nécessaire de quantifier, comme dans l'affaire *Hotson*, le pourcentage nécessaire de la chance perdue. Le juge Morland a également décidé que les dommages-intérêts ne devaient pas être réduits selon le pourcentage de la chance perdue que les médecins cessent le traitement, même en étant prévenus par le ministère. Cette chance se différencie d'une chance perdue quantitative³⁵ consécutive à la maladie, qui pourrait être prise en compte dans le calcul des dommages-intérêts, par exemple la chance de faire carrière dans une profession lucrative. Une telle chance serait calculée en quantifiant les dommages-intérêts et réparée d'après son pourcentage (comme cela a d'ailleurs été fait dans l'affaire *Chaplin c/ Hicks*). Si la chance perdue de faire une carrière professionnelle était de 25 %, cela devrait se répercuter sur la somme allouée au titre des dommages-intérêts à la victime pour perte de revenus futurs.

III - CAUSALITE, IMPUTATION ET POLITIQUE JURIDIQUE

A La causalité au service de l'imputation

En écrivant sur le thème de la causalité et de la responsabilité, après les affaires controversées *Fairchild*, *Chester c/ Afshar*, et *Gregg c/ Scott*, Lord Hoffman, un des doyens de la Chambre des Lords, concluait : « *nous décidons, ce qui est une question de règle juridique, quel est le lien de causalité exigé par le droit puis nous décidons, comme question de fait, si le demandeur a satisfait ou non aux conditions imposées par le droit. Il n'y a rien d'autre à ajouter, à mon avis* »³⁶.

Il est très important de souligner, à cet égard, que la règle juridique et son contenu constituent, en l'absence de tout texte de loi, une question qui doit être résolue par les tribunaux. Lord Hoffman prétend ainsi que le juge doit toujours déterminer la règle, avant de statuer sur les faits. Cela signifie que la règle n'est pas figée, mais peut changer selon les circonstances, et ce, afin de satisfaire les exigences de politique juridique à chaque espèce. Citant l'œuvre séminale de Hart et Honore³⁷, Lord Hoffman affirme que « *la notion de lien de causalité en droit est au service de l'imputation de la responsabilité* » et que « *l'imputation de la responsabilité, par exemple dans le cas de fraude ou négligence, est souvent fondée sur la notion de moralité, qui ne conduit pas seulement à examiner quelle sorte de comportement doit contraindre le responsable à payer des dommages-intérêts, mais aussi à prendre en compte l'étendue du dommage dont l'auteur du comportement coupable peut être tenu pour responsable* ».³⁸

³⁵ Voir *supra*

³⁶ Leonard Hoffmann, 'Causation', *LAW QUARTERLY REVIEW* 2005, 121, 592, 603

³⁷ Hart and Honore, *CAUSATION IN THE LAW*, 2E ED. 1994

³⁸ *Ibid.*, *supra*, p. 594

C'est alors la politique juridique, qui est souvent, comme le dit Lord Hoffman, dictée par des notions de moralité³⁹, mais aussi par d'autres raisons pratiques, qui détermine la causalité en droit anglais. Ce n'est pas la nature ou la science. Les affaires récentes examinées démontrent comment la politique juridique est formée dans les jugements des tribunaux anglais. Le résultat est souvent le produit d'un effort du juge qui doit concilier droits subjectifs et intérêts en conflit.

B La causalité au service des droits fondamentaux dans le domaine du droit médical

Une analyse de la politique juridique dans l'affaire de *Chester c/ Afshar* révèle que la décision prise sur la cause juridique du dommage, en dépit de la logique de causalité naturelle, qui a imputé la paralysie du demandeur au manquement d'information donné par le médecin et non pas à l'opération médicale elle-même, était dictée par la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits subjectifs du médecin et du patient, et de les concilier avec l'intérêt général de la société qui n'est pas **seulement la protection de la santé et des droits subjectifs des personnes, mais aussi la protection de la solvabilité** du service national de la santé publique. La paralysie ne pouvait ainsi être imputée à l'opération, alors que celle-ci l'a réellement causée dans les faits, parce qu'il n'y avait pas eu négligence dans l'opération en elle-même, la politique juridique étant opposée à la responsabilité médicale sans faute. Une telle responsabilité ne serait pas admissible dans un pays où la majorité des services de santé sont offerts gratuitement par le Service national de santé, lui-même financé par l'autorité publique. Il est vrai que, en l'espèce, la patiente avait été traitée par le chirurgien dans sa clinique privée, et que l'opération avait été payée par la patiente, et non dans le cadre des services de santé publique. Mais, toujours pour des raisons de politique juridique, il n'est pas envisageable pour les juges de fixer à un niveau différent de la responsabilité un traitement privé et un traitement reçu dans le cadre du Service national de santé.

Et pourtant, la protection du droit d'autonomie et de l'autodétermination du patient est reconnue comme ayant une importance prédominante par la Chambre des Lords, surtout depuis l'introduction en droit anglais interne de la Convention européenne des droits de l'homme, avec le *Human Rights Act* de 1998⁴⁰. Le manque d'information sur le risque de paralysie constituait une violation inacceptable de ce droit, et devait être dénoncée par une action en responsabilité à l'encontre du médecin coupable de cette violation. En conséquence, la paralysie devait être imputée à l'absence d'information sur le risque encouru, en dépit de l'absence de lien de

³⁹ L'utilitarisme, c'est qui sert le bonheur de la majorité, étant souvent la théorie morale préférée du juge anglais.

⁴⁰ Voir aussi l'affaire de *Rees c Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, HOUSE OF LORDS, [2003] UKHL 52 (réparation équitable du préjudice de 'naissance injuste' - 'wrongful birth')

causalité factuelle⁴¹, même si la victime a honnêtement reconnu qu'elle n'aurait pas été dissuadée de subir l'opération si elle avait été pleinement informée.⁴²

Certes, la protection du droit d'autonomie et de l'autodétermination du patient est mieux assurée par le principe selon lequel tout traitement est illicite sans consentement éclairé obtenu avec des informations complètes. Si le droit anglais acceptait un tel principe⁴³, ce que fait le droit américain, le traitement de la patiente serait illicite, non seulement parce qu'il y a eu violation de son droit d'autonomie et d'autodétermination, mais aussi parce qu'il y a eu violation directe de son intégrité corporelle. Le droit anglais prohibe les actes de violence directe (*corpori corpore*), sur le corps d'autrui (*trespass to the person*), de tels actes ouvrant droit à réparation de tout préjudice moral ou corporel en résultant. Du point de vue de la doctrine juridique, le droit d'autonomie et d'autodétermination du patient serait mieux protégé si la Chambre des Lords acceptait que le consentement de la patiente n'était pas valide en l'espèce, en raison du manquement d'information sur le risque de paralysie et que, par conséquent, l'opération constituait une violation illicite directe de son intégrité corporelle. L'opération ayant sans doute causé la paralysie, il serait possible de réparer le préjudice de la patiente malgré l'absence de négligence pendant l'opération, parce que la faute médicale sanctionnée consisterait en l'absence d'information et donc de consentement valide. Cependant, le droit anglais refuse d'accepter une version si étendue du principe d'un consentement éclairé, **et n'exige pas** une information complète du patient par le médecin sur tous les aspects du traitement proposé. Il impose plutôt une obligation d'information faisant partie du devoir général de prudence du médecin raisonnable⁴⁴, ce devoir général étant fixé par référence à la pratique médicale actuelle adoptée par un groupe de spécialistes réputés dans chaque secteur médical⁴⁵, ce qui permet à la profession une certaine autorégulation⁴⁶. La raison principale est, à mon avis, toujours celle de la politique de protection du Service national de santé financé par l'autorité publique, qui serait sinon exposé à une responsabilité civile insoutenable, comme le montre l'expérience américaine⁴⁷. Je ne

⁴¹ Il est vrai, comme déjà note, que le risque était minuscule, seulement 2%. Dans l'affaire australien très similaire de *Chappell c Hart* (1998) 195 C.L.R. 232, deux juges de la cour suprême d'Australie ont pensé que ça pourrait impliquer que le risque serait encore plus minuscule si l'opération a été faite un autre moment, ou par un autre spécialiste : comme le dit le proverbe 'la foudre ne frappe jamais deux fois' (*lightning never strikes twice*). La Chambre des Lords a correctement rejeté cet argument comme une erreur logique.

⁴² Parce que sa condition était si grave qu'elle avait en tout cas besoin d'une telle opération, et le docteur Afshar était un grand spécialiste, qui avait pionné cette opération avec grand succès, elle a seulement dit, comme déjà noté, que si elle était informée sur le risque de paralysie elle prendrait un peu plus de temps, ou peut-être elle chercherait une deuxième opinion ou choisirait un autre spécialiste. Mais, comme le juge du fond a établi, le risque de paralysie dans l'opération était de toute façon inévitable, n'importe quel serait le temps de l'opération, et malgré toute compétence médicale.

⁴³ Voir le rejet de ce principe dans l'affaire de *Sidaway v Bethlem Royal Hospital Governors and others*, HOUSE OF LORDS, [1985] 1 AC 871

⁴⁴ Voir *Sidaway*, *supra*.

⁴⁵ Voir *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, QUEEN'S BENCH DIVISION [1957] 1 W.L.R. 582, et *Bolitho (administratrix of the estate of Bolitho (deceased)) v City and Hackney Health Authority*, HOUSE OF LORDS, [1998] AC 232

⁴⁶ La cour peut seulement interroger un médecin qui suivi une pratique adoptée par un group des spécialistes réputés dans son champs si cette pratique apparaît irrationnelle : voir *Bolitho*

⁴⁷ Ou, maintenant, plusieurs états préparent législation afin d'arrêter la crise de responsabilité médicale qui pose des questions très urgentes pour les fournisseurs de services de santé : cf 'Medical Malpractice Tort Reform', <http://www.ncsl.org/standcomm/sclaw/medmaloverview.htm>, le site internet officiel des législatures étatiques américains. (visité le 17 juin 2007)

suis pas convaincu par le raisonnement des Lords dans l'affaire *Sideway*, qui rejettent le principe du consentement éclairé en évoquant d'abord la protection du patient, alors qu'il peut être dissuadé d'accepter un traitement nécessaire en raison d'un volume excessif d'informations, même des risques mineurs, et que le médecin serait obligé de pratiquer une médecine défensive. A mon avis, les juges sont réticents à évoquer directement la nécessité de protéger les finances du Service national de santé publique comme politique juridique déterminant le droit de réparation du préjudice médical : l'opinion publique n'accepterait pas que l'intérêt public fiscal puisse l'emporter sur les droits subjectifs fondamentaux des personnes. En outre, la tendance de la jurisprudence est d'exiger une faute de négligence dans tous les cas de préjudice corporel non-intentionnel, même si le médecin responsable a pratiqué une violation physique et directe du corps⁴⁸. Il s'agit, plus généralement, de limiter le champ de la responsabilité civile pour dommages corporels afin de sauvegarder une répartition réaliste de la prise en charge du risque entre le responsable (et, souvent, son assureur), et la victime.

Par son raisonnement étonnant dans l'affaire *Chester c/ Afshar*, fondé sur une causalité normative totalement distincte de la causalité naturelle, la Chambre des Lords a empêché l'introduction du principe du consentement éclairé en droit anglais, mais n'a pu éviter toutes ses conséquences indésirables. Le devoir d'information du médecin sur le traitement proposé fait toujours partie de son devoir général d'agir avec prudence et il est, par conséquent, toujours déterminé par référence au standard objectif d'un spécialiste raisonnable. Mais après l'arrêt *Chester*, le devoir d'information peut s'étendre au-delà de la pratique médicale raisonnable, si le résultat du manquement d'information sur un risque est considéré par le juge comme une violation grave du droit à l'autodétermination du patient. Il sera difficile pour les médecins de prévoir, au moment de la consultation, l'évaluation judiciaire *ex post facto* résultant des manquements d'information, ce qui posera des problèmes au regard de la médecine défensive et des informations trop détaillées et trop inquiétantes pour le patient.

C Réparation sans causalité - Justice distributive

La justice distributive en tant que fonction propre du droit de la responsabilité civile est une notion assez controversée et rappelle le débat sur l'emploi du droit de la responsabilité civile comme droit public du marché⁴⁹. Les économistes considèrent que la justice distributive est mieux assurée par le droit public proprement dit, par le droit fiscal par exemple⁵⁰. Mais, en pratique, il est fréquent que les tribunaux ne puissent résister à l'emploi du droit de la responsabilité civile comme instrument de justice distributive, et ce, par des distorsions des principes de la causalité juridique.

Un exemple classique est donné par l'affaire *Meah c/ McCreamer*⁵¹. Il s'agissait d'un homme condamné pénalement pour avoir violé brutalement trois femmes. Il avait été établi par des experts médicaux, devant le juge civil, que sa

⁴⁸ Voir *Letang c Cooper*, COURT OF APPEAL, [1965] 1 QB 232

⁴⁹ Voir Allen M. Linden, 'VIVA TORTS!', 5 JOURNAL OF HIGH TECHNOLOGY LAW 139 (2005)

⁵⁰ Voir David A. Weisbach, 'Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income?' 70 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 439 (2003)

⁵¹ QUEEN'S BENCH DIVISION, [1985] 1 All ER 367

personnalité avait subi des changements à la suite d'une fracture crânienne causée par un accident de circulation, cet homme étant devenu agressif et violent. Au moment de l'accident, il était passager d'une voiture conduite par un ami ivre et très négligent, et qui n'avait jamais été appréhendé par la police. Il soutenait donc que son emprisonnement constituait un préjudice réparable par le conducteur et son assureur, parce que les changements de personnalité dont il souffrait depuis l'accident étaient la cause de sa peine d'emprisonnement imposée par le juge pénal pour ses crimes violents. La Cour suprême de Londres a validé ce raisonnement et a accordé des dommages-intérêts pour un montant de 60 000 livres sterling à la charge de l'assureur, les réduisant seulement de 25 % pour tenir compte de la faute du demandeur (faute de la victime)⁵² d'avoir accepté de monter dans la voiture de son ami alors qu'il était manifestement ivre au moment de l'accident. Le juge civil a, en conséquence, imputé la peine subie pour les crimes du demandeur à l'acte de négligence du conducteur, tandis que le juge pénal avait imposé une peine d'emprisonnement au demandeur pour ses crimes résultants d'actes propres, libres et intentionnels. La juridiction civile ne pouvait à nouveau juger l'affaire au pénal, et ne pouvait (et certainement aussi ne voulait pas !) réduire la peine d'emprisonnement, ce qui, d'ailleurs, aurait réduit d'autant le préjudice réparable ! En réalité, en acceptant l'existence d'un préjudice à réparer en raison de l'emprisonnement légal du demandeur, le juge civil a également accepté l'imputation par le jugement pénal des crimes à l'acte intentionnel du demandeur, considéré comme causé par le changement de personnalité après l'accident. Dans une chronique consacrée à cette affaire⁵³, j'avais parlé du conflit pas seulement systématique⁵⁴, mais aussi logique et même plutôt philosophique, entre les jugements rendus en matière civile et en matière pénale⁵⁵.

Dans cette affaire, la juridiction civile a semble-t-il sacrifié la cohérence logique dans le domaine de la causalité juridique à l'impératif de justice distributive⁵⁶, mais a eu aussi comme objectif de dissuader économiquement le fait de conduire en état d'ivresse et d'accepter de monter dans une voiture conduite par une personne ivre (en réduisant les dommages-intérêts dus au demandeur de 25 %).

Par contraste avec l'affaire *Meah c McCremer*, la justice distributive apparaît être la seule motivation de la Chambre des Lords dans l'affaire *Fairchild*. L'explication avancée par Lord Hoffmann, à savoir une solution de bon sens apportée

⁵² D'après la loi *Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945*.

⁵³ E K Banakas, 'Tort Damages and the Decline of Fault Liability: Plato overruled but Full Marks to Aristotle!', *CAMBRIDGE LAW JOURNAL*, 1985, 195-199; mes observations étaient approuvées par la cour d'appel de British Columbia a Canada dans *Zastowny v. MacDougall and British Columbia*, 2006 BCCA 221 (CanLII); voir aussi *X v. R.D.M. et al*, 2004 BCSC 1273 (CanLII).

⁵⁴ Un conflit que pourrait être évité si le droit anglais acceptait le principe de l'autorité de la chose jugée en pénal, ce qui pourrait, aussi, cependant, créer plus de problèmes sur le plan logique, si la Cour civile insisterait dans une solution de justice distributive !

⁵⁵ *Op. cit., supra*, note 52. La cour pénale démontre un monisme aristotélicien à son évaluation de la relation entre corps et esprit (personnalité), tandis que la cour civile un dualisme platonicien.

⁵⁶ Mais la même cour civile s'était arrêtée dans le cas de *Meah c McCremer no 2*, *QUEEN'S BENCH DIVISION*, [1986] 1 All ER 943, en rejetant la demande de dommages-intérêts du même demandeur-violeur contre l'assureur, pour indemniser son préjudice économique de la réparation qu'il devrait faire à ses victimes pour leur dommages, causés par les viols. Certes, la justice distributive du premier jugement accordant au violeur réparation de son préjudice envisageait aussi les victimes, qui pourraient maintenant poursuivre leur violeur pour dommages-intérêts celui-ci étant, après son succès contre l'assureur, solvable !

à un vieux problème de causalité, déjà connu en droit romain⁵⁷, d'un dommage causé par un agent indéterminé dans un groupe de personnes déterminées, ne peut justifier le caractère exceptionnel de la responsabilité qui se limite⁵⁸ aux dommages causés par exposition à l'amiante, ou à une autre substance similaire et dangereuse, pendant son travail.

Lord Reid, juge important dans l'histoire récente du droit anglais, a déclaré à propos de l'affaire *McGhee* que « *la notion juridique de causalité n'est pas fondée sur la logique ou la philosophie. Elle se fonde sur le raisonnement d'un homme ordinaire confronté aux questions pratiques de la vie quotidienne* »⁵⁹.

Peut-être... mais les affaires examinées dans cet article nous orientent vers une conclusion un peu différente, plus sinistre et plus intéressante : la causalité juridique n'est pas une causalité dans le sens naturel ou scientifique du mot. C'est une technique d'imputation juridique, selon la nécessité de politique juridique, qui peut servir la moralité, la dissuasion et la justice distributive⁶⁰.

⁵⁷ Et aussi par le droit français d'accidents de la chasse: voir aussi l'avant projet Catala, *supra*, sous 2 B.

⁵⁸ Voir le *Civil Liability Act* 2006.

⁵⁹ *McGhee c National Coal Board*, HOUSE OF LORDS, [1972] 3 All ER 1008, 1011

⁶⁰ La politique de la protection financière du service National de santé tombe aussi sous cette catégorie.