

**Causalité incertaine et vraisemblance
en matière de responsabilité médicale
(Rapport allemand)**

**Jonas KNETSCH
Maître de conférences à
l'Université Panthéon-Assas (Paris II)**

La théorie générale de la preuve est doublement mise à l'épreuve en matière de responsabilité médicale. De manière générale, le rapport procédural entre le médecin et son patient est marqué par un déséquilibre significatif au détriment du malade. Celui-ci fait régulièrement face à des difficultés pour établir l'ensemble des conditions de la responsabilité. En effet, le patient ne dispose souvent pas des compétences requises pour comprendre le déroulement d'un acte de soins et encore pour moins pour y déceler une faute médicale.

Plus spécifiquement, la preuve du lien de causalité entre la faute médicale et le dommage est sujette à l'aléa qui est intrinsèque à tout acte médical. Le médecin intervient sur un organisme vivant dont les réactions biologiques ne sont jamais totalement prévisibles. L'administration de la preuve du lien de causalité est d'autant plus difficile qu'il n'est jamais absolument sûr qu'un comportement fautif du médecin – fût-il avéré – ait été à l'origine du dommage médical. L'origine du préjudice peut tout aussi bien être une complication inattendue ou une dégradation inéluctable de l'état de santé, lesquelles traduisent davantage le destin (*Schicksal*) du malade que la responsabilité d'un professionnel de santé¹.

En vertu du droit commun de la procédure civile, c'est au demandeur à l'action en responsabilité médicale d'apporter la preuve des conditions de son droit à réparation. La Cour fédérale de justice insiste sur la validité de principe de cette règle générale d'attribution de la charge de la preuve². Ainsi, pour engager une action sur le terrain contractuel, le patient devra apporter la preuve d'une violation d'un devoir contractuel (*vertragliche Pflichtverletzung*), d'un préjudice ainsi que du lien causal entre ces deux éléments. Cependant, le patient peut également choisir de fonder son action sur la responsabilité extracontractuelle, car – contrairement au droit français – le droit allemand admet l'option entre ces deux fondements juridiques. Dans ce cas,

¹ Insistant sur ce point H. Prütting, « Beweisprobleme im Arzthaftungsprozess », in : *Festschrift zum 150-jährigen Bestehen des Landgerichts Saarbrücken*, 1985, p. 257, spéc. p. 259.

² Cf. en dernier lieu BGH, 21 décembre 2010, *GesR* 2011, p. 153. Sur ce point cf. C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, p. 420 et s. ainsi que, plus récemment, A. Walter, « Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechtegesetz », *GesR* 2013, p. 129, spéc. p. 130.

le demandeur devra prouver l'atteinte à son intégrité corporelle³ à la suite d'un acte du défendeur (*Verletzungshandlung*), l'illicéité objective (*Rechtswidrigkeit*) et l'imputabilité subjective (*Verschulden*) de cet acte ainsi qu'un lien causal entre l'acte et la lésion (*haftungsbegründende Kausalität*), d'une part, et entre l'atteinte et le préjudice (*haftungsausfüllende Kausalität*), d'autre part.

La relative complexité de la structure de la responsabilité délictuelle du droit allemand⁴ conduit alors à situer avec précision la question de la causalité en matière médicale. En effet, qu'il s'agisse d'une action en responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, les principaux problèmes probatoires en matière médicale touche l'établissement du lien causal entre l'acte du médecin et le préjudice dont se prévaut le demandeur⁵.

Afin de garantir un procès équitable et de tenir compte de la situation structurellement désavantagée du malade, le droit allemand a élaboré, au fil des années, un système complexe d'aménagements probatoires qu'il conviendra par la suite de retracer dans les grandes lignes. Ce système repose principalement sur le renversement de la charge de la preuve en présence d'une faute médicale grave (*Beweislastumkehr bei Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers*), figure qui a fait son entrée dans le Code civil allemand en 2013⁶.

A côté de cette notion importante, le droit processuel allemand connaît d'autres instruments juridiques qui permettent d'alléger le fardeau de la preuve qui pèse sur le demandeur. Toutefois, l'importance de ces moyens alternatifs ne doit pas être surestimée. C'est surtout sous l'angle du droit prospectif et devant les critiques doctrinales de l'état du droit actuel que la preuve *prima-facie* (*Anscheinsbeweis*) et la réduction du degré probatoire (*Beweismaßreduktion*) méritent d'être signalés.

Pour présenter les solutions du droit allemand sur la question de la causalité en matière de responsabilité médicale, il faudra alors étudier d'abord la figure juridique du renversement de la charge de la preuve en présence d'une faute médicale grave (I.), puis les autres instruments juridiques qui sont susceptibles d'être utilisées pour aménager la preuve de la causalité (II.)

³ Cette atteinte traduit la lésion de l'un des ses intérêts juridiques (*Rechtsgutsverletzung*) énumérés par le § 823 al. 1^{er} BGB.

⁴ Sur la structure de la responsabilité civile en droit allemand, cf. en langue française R. Serick, « La responsabilité civile en droit allemand », *Rev. int. dr. comp.* 1955, p. 560 et s.

⁵ A propos de la question de la présomption de l'imputabilité subjective (*Verschulden*) en matière médicale en vertu du § 280 al. 1^{er} phrase 2 BGB, cf. A. Laufs/C. Katzenmeier/V. Lipp, *Arztrecht*, 6^e éd. 2009, ch. XI, nos 118 et s.

⁶ Cf. à ce sujet les développements sommaires dans le rapport allemand consacré à « L'obligation de soins du médecin ».

I. Le renversement de la charge de la preuve de la causalité en présence d'une faute médicale grave

Schématiquement, la règle jurisprudentielle développée par la Cour fédérale de justice impose au médecin ayant commis une faute médicale grave (*grober Behandlungsfehler*) propre à causer un dommage du même type que celui dont se prévaut la victime, d'apporter la preuve que sa faute n'a pas été à l'origine du dommage. Autrement dit, il appartiendra au médecin d'établir que l'accident médical serait survenu même en l'absence d'un comportement fautif de sa part⁷.

Pour bénéficier du renversement de la charge de la preuve, le malade doit dans un premier temps prouver une faute médicale grave du professionnel de santé. Tel est le cas lorsque le tribunal est convaincu de la réalité d'un comportement du médecin qui « d'un point de vue objectif et au regard d'un standard de formation et de connaissances applicable à un médecin, n'apparaît plus comme compréhensible ou responsable »⁸. Il ne suffit donc pas de faire état d'une défaillance (*Versagen*) du médecin qui peut être constitutive d'une faute simple, car une telle défaillance « peut arriver » même au médecin compétent et responsable. Il faut prouver une faute d'une particulière gravité.

L'aménagement des règles de la preuve en présence d'une faute médicale grave ne signifie pas pour autant que *toute* faute médicale grave fait bénéficier au patient un renversement de la charge probatoire. La jurisprudence insiste sur la limitation de cette solution aux cas de figure dans lesquels la faute constatée était propre (*geeignet*) à causer un dommage médical du même type que celui qu'a subi le malade⁹. Cette exigence ne doit pourtant pas être interprétée trop strictement : il suffit que la faute soit *susceptible* d'avoir causé le dommage. En dépit de plusieurs voix doctrinales allant dans ce sens¹⁰, la Cour fédérale de justice s'est toujours opposée à exiger un degré de probabilité entre la faute et le dommage pour admettre le renversement de la charge de la preuve¹¹.

Selon la jurisprudence de la Cour, le renversement de la charge de la preuve ne s'applique qu'au seul lien causal entre l'acte imputable au médecin et l'atteinte à

⁷ Pour une application récente de cette solution, cf. BGH, 27 avril 2004, *NJW* 2004, p. 2345, note A. Spickhoff ainsi que 8 janvier 2008, *NJW* 2008, p. 1304.

⁸ Cette définition a été élaborée par BGH, 10 mai 1983, *NJW* 1983, p. 2080, spéc. p. 2081. Elle a été réitérée, depuis lors, à plusieurs reprises. En allemand, on parle d'un « medizinisches Fehlverhalten, das aus objektiver ärztlicher Sicht bei Anlegung des für einen Arzt geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt aus dieser Sicht schlechterdings nicht unterlaufen darf ».

⁹ Cf. en dernier lieu BGH, 8 janvier 2008, *NJW* 2008, p. 1304.

¹⁰ En ce sens H.-J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, 1975, p. 145 et s.

¹¹ Jurisprudence constante depuis BGH, 21 septembre 1982, *NJW* 1983, p. 333, spéc. p. 334.

l'intégrité corporelle du malade, c'est-à-dire à ce que la terminologie allemande appelle, en matière de responsabilité délictuelle, la « *haftungsbegründende Kausalität* ». Par conséquent, l'aménagement de la preuve n'affecte pas le lien causal entre l'atteinte et d'éventuels préjudices consécutifs (*Sekundärschäden*), c'est-à-dire la « *haftungsausfüllende Kausalität* »¹². Cette restriction s'explique, selon la jurisprudence, par des considérations d'équité processuelle. Selon la Cour fédérale de justice, le renversement de la charge de la preuve ne se fonderait que sur les difficultés probatoires directement liées à la faute médicale grave et ne devrait donc pas s'étendre au-delà du lien entre cette faute et les atteintes directes aux intérêts juridiques du malade (*Primärschäden*)¹³.

Avec la réforme de la loi du 20 février 2013, le législateur fédéral allemand a codifié au § 630h BGB différents aménagements probatoires qui avaient été développés par la Cour fédérale de justice¹⁴. Parmi ceux-ci, le renversement de la charge de la preuve en cas de faute médicale grave a été consacré à l'alinéa 5 phrase 1 de ce texte. Désormais, « dès lors qu'une faute médicale grave est en principe susceptible d'entraîner une atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou à la santé de la même nature que l'atteinte réellement survenue, il est présumé que cette faute constitue la cause de l'atteinte »¹⁵. On peut observer que le législateur s'est abstenu de définir la notion de faute médicale grave (*grober Behandlungsfehler*) et que le texte, applicable aux seules actions engagées sur le terrain contractuel, se veut une fidèle représentation de l'état de la jurisprudence antérieure. C'est d'ailleurs ce qui ressort également de l'exposé des motifs de la loi sur ce point¹⁶.

Malgré sa codification, la figure juridique de la faute médicale grave entraînant un renversement de la charge de la preuve continue à être l'objet d'une critique doctrinale accrue. En particulier, l'absence d'une justification théorique (*dogmatische Begründung*) de cette dérogation est critiquée dans la littérature juridique¹⁷. En dépit

¹² BGH, 27 avril 2004, *JZ* 2004, p. 1030, note C. Katzenmeier et 16 novembre 2004, *MedR* 2005, p. 226, spéc. p. 227. Sur cette solution, cf. A. Laufs/C. Katzenmeier/V. Lipp, *Arztrecht*, 6^e éd. 2009, ch. XI, nos 21 et s.

¹³ BGH, 9 mai 1978, *JR* 1979, p. 111, note A. Wittmann.

¹⁴ Pour un aperçu des autres cas de figure prévus par la loi, qui tiennent principalement à la preuve d'une faute médicale, cf. A. Spickhoff, « Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus », *VersR* 2013, p. 267, spéc. p. 278 et s.

¹⁵ Dans l'original : « Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. » – La deuxième phrase de § 630h al. 5 étend le renversement de la charge de la faute aux cas de non-respect de l'obligation de documentation. Sur ce dernier aspect, cf. A. Walter, « Das Beweisrecht der Behandlungsfehlerhaftung nach dem Patientenrechtegesetz », *GesR* 2013, p. 129, spéc. p. 132.

¹⁶ BT-Dr. 17/10488, p. 30 et s.

¹⁷ Parmi une bibliographie abondante sur ce point, cf. not. C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, p. 454 et s. ; G. Schiemann, « Kausalitätsprobleme bei Arzthaftung », in : *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*,

de nombreuses tentatives doctrinales, on n'a jamais réussi à expliquer la légitimité d'une telle dérogation aux principes fondamentaux du droit de la preuve autrement que par des considérations d'équité. Pour beaucoup d'auteurs, de telles considérations, régulièrement mises en avant par la Cour fédérale de justice¹⁸, ne sauraient cependant être suffisantes, à elles seules, pour justifier un tel allègement de la charge probatoire¹⁹.

Aussi ne s'étonnera-t-on guère que la doctrine préconise parfois le recours à d'autres instruments juridiques afin d'aménager la preuve de la causalité.

II. Les autres instruments juridiques pour aménager la preuve de la causalité

La preuve du lien de causalité entre la faute médicale et l'atteinte à l'intégrité physique peut tout d'abord être facilitée par les règles sur la preuve *prima-facie* (*Anscheinsbeweis*)²⁰. Cette notion juridique doit être rapprochée des présomptions du fait de l'homme, car il s'agit pour le juge de déduire d'éléments connexes établis par le demandeur, l'existence d'un autre fait, plus difficile à prouver, mais déterminant pour le succès de l'action²¹.

Pour que le juge puisse s'appuyer sur son expérience de vie (*Lebenserfahrung*) et se fonder sur le cours normal des choses pour admettre une preuve *prima-facie*, il doit être en présence d'un ensemble de faits tellement marqué par sa typicité que les circonstances individuelles du cas d'espèce s'effacent. Pour le dire autrement, il faut qu'il y ait une situation-type qui s'est déroulée selon un schéma habituel²². C'est cette dernière exigence qui explique la rareté de la preuve *prima-facie* en matière de responsabilité médicale. Généralement, la « typicité » (*Typizität*) fait défaut de sorte que les juridictions refusent plus souvent une telle preuve qu'elles ne l'admettent²³. C'est

2007, p. 1161, spéc. p. 1166 et s. ainsi que U. Foerste, « Beweiserleichterung nach groben und einfachen Behandlungsfehlern », in : *Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, 2009, p. 165 et s.

¹⁸ Emblématique BGH, 11 avril 1967, *NJW* 1967, p. 1508 (le médecin serait mieux placé [« *näher dran* »] pour supporter le risque de la preuve que le patient qui n'est guère en mesure de contribuer à l'établissement de la vérité).

¹⁹ E. Deutsch/K.-H. Matthies, *Arzthaftungsrecht*, 3^e éd. 1988, p. 61 (selon ces auteurs, les fondements de cette jurisprudence se perdraient « selon toute probabilité, dans un "droit de l'équité" [*Billigkeitsrecht*] »). Cf. aussi A. Laufs/B.-R. Kern, *Handbuch des Arztrechtes*, 4^e éd. 2010, § 110, n° 5.

²⁰ Sur cette notion, cf. en langue française F. Ferrand, *v° Preuve*, *Rép. proc. civ.*, n° 100.

²¹ Cf. L. Rosenberg/K. Schwab/P. Gottwald, *Zivilprozeßrecht*, 17^e éd. 2010, § 113 III 1 et G. Baumgärtel/H.-W. Laumen/H. Prütting, *Handbuch der Beweislast*, t. 1 : *Grundlagen*, 2^e éd. 2009, § 12, n° 8.

²² Dans ce sens BGH, 3 juillet 1990, *NJW* 1991, p. 230, spéc. p. 231.

²³ Cf. les références dans K. Geiß/H.-P. Greiner, *Arzthaftpflichtrecht*, 6^e éd. 2009, nos B 232 et s.

seulement pour des dommages consécutifs à des injections ou à des transfusions de sang que la jurisprudence allemande recourt à la preuve *prima-facie*²⁴.

Consciente des limites de ce type de preuve, la littérature juridique préconise depuis fort longtemps un aménagement du degré de la preuve requis en matière de responsabilité médicale. S'agissant de la force probante, le droit allemand est assez éloigné de la construction française car toute preuve doit faire l'objet d'une appréciation de sa vraisemblance par le juge, lequel dispose à cet égard d'un libre pouvoir d'appréciation²⁵. En dépit d'une réglementation en apparence assez libérale, la Cour fédérale de justice décide, à l'heure actuelle, que le juge du fond doit être « pleinement convaincu » (*volle Überzeugung*) que les conditions de la responsabilité, y compris le lien causal entre faute et dommage, sont réunies²⁶.

Partant de là, une partie de la doctrine suggère de réduire le degré probatoire (*Beweismaß*) requis pour proposer une solution alternative à la figure contestée du renversement de la charge de la preuve en présence d'une faute médicale grave²⁷. Selon ces auteurs, le juge devrait tenir pour établi un fait qui s'est produit selon une probabilité dominante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) et non plus seulement en présence d'une certitude (*Gewissheit*) de celui-ci²⁸.

Force est cependant de constater que les textes actuels du Code de la procédure civile n'autorisent probablement pas une telle dérogation aux standards de la preuve²⁹. Si, dans la prospective, la discussion est plus ouverte, la majorité de la doctrine allemande paraît cependant s'opposer à un tel durcissement de la responsabilité médicale qui serait constitutif, selon certains, d'une discrimination envers les professions de santé³⁰ et se fonderaient, en dernier lieu, – comme le renversement de la charge de la preuve – sur des considérations d'équité³¹.

²⁴ Pour un aperçu de la jurisprudence, cf. A. Laufs/C. Katzenmeier/V. Lipp, *Arztrecht*, 6^e éd. 2009, ch. XI, nos 58 et s. ainsi que L. Jaeger, « Anscheinsbeweis bei Injektionsschäden », *VersR* 1989, p. 994.

²⁵ Cf. § 286 al. 1^{er} du Code de procédure civile allemand (ZPO) : « Le tribunal doit, en tenant compte de l'ensemble des débats et du résultat d'une éventuelle administration de la preuve, décider selon sa libre conviction [*nach freier Überzeugung*], si une affirmation de fait doit être considérée comme vraie ou fautive. Le jugement doit contenir les motifs qui ont guidé la conviction du juge. » – La traduction provient de F. Ferrand, *v° Preuve, Rép. proc. civ.*, n° 46.

²⁶ BGH, 24 juin 1986, *NJW* 1987, p. 705, spéc. p. 706 ainsi qu'en dernier lieu BGH, 14 octobre 2008, *MedR* 2009, p. 661, spéc. p. 662, note W. Frahm/A. Walter.

²⁷ Sur celle-ci, cf. *supra* sous I.

²⁸ Parmi les contributions les plus récentes, cf. G. Wiese, « Wahrscheinlichkeitshaftung », *ZRP* 1998, p. 27 et s. ; G. Brüggemeier, *Haftungsrecht*, 2006, p. 615 et s. ainsi que G. Wagner, in : *Münchener Kommentar*, t. 5 : §§ 705-853, 5^e éd. 2009, § 823, n° 814.

²⁹ A. Laufs/C. Katzenmeier/V. Lipp, *Arztrecht*, 6^e éd. 2009, ch. XI, nos 142 et s.

³⁰ C. Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, p. 532 et s.

³¹ Cf. en ce sens par exemple D. Leipold, « Wahrheit und Beweis im Zivilprozeß », in : *Festschrift für Hideo Nakamura*, 1996, p. 301, spéc. p. 313.