

GRERCA, LOUVAIN-LA-NEUVE 2013
CAUSALITÉ INCERTAINE ET VRAISEMBLANCE
EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ MÉDICALE DROIT SUISSE
BÉNÉDICT WINIGER, UNIVERSITÉ DE GENÈVE

I. Les principes généraux en matière de causalité¹

a. Le texte de la loi

Selon l'art. 41 du Code des obligations suisse (CO), la responsabilité d'une personne est engagée, si cinq conditions sont réunies : il faut un dommage, un acte dommageable, un lien de causalité entre ces deux, un acte illicite et une faute :

Art. 41 CO: Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

Cette disposition mentionne sommairement la condition d'un lien causal entre dommage et acte dommageable, sans évoquer la nature de ce lien. En cela elle est une copie conforme du code civil français et prolonge une tradition romaine. Notons en passant que les analyses théoriques approfondies de la causalité font leur apparition seulement au cours du 19^e siècle.

b. La distinction jurisprudentielle et doctrinale entre causalité naturelle et adéquate

Comme la plupart des ordres juridiques européens, le droit suisse distingue entre deux formes de causalité : les causalités naturelle et adéquate.

(i) La causalité naturelle

Il s'agit d'une catégorie logique qui répond, dans la plupart des cas, à une condition simple généralement appelé la *conditio sine qua non*. Le juge se livre au test suivant : Il se demande si le dommage se serait produit² (ou s'il se serait produit de la même manière), si l'acte en question n'avait pas eu lieu. Si la réponse est négative, il existe un lien de causalité naturelle, si elle est positive, on nie dans la plupart des cas un tel lien.

La situation est inversée, s'il s'agit d'une omission. Le juge demande, si le dommage se serait produit, si l'acte avait eu lieu, par exemple, si le médecin était intervenu au lieu de s'abstenir. On admet alors un lien causal seulement, si la réponse est négative.

Le test de la condition *sine qua non* pose cependant certains problèmes, notamment dans les cas où plusieurs auteurs ont agi simultanément. Par exemple, si trois chasseurs ont tiré en temps sur le même gibier, et si un d'eux a blessé un passant, sans que l'on puisse déterminer l'auteurs de ce coup, le test est inopérant. Le juge est devant le choix difficile, soit de tenir les trois pour responsables – et de condamner deux chasseurs qui

¹ Pour une analyse plus complète voir Pierre Widmer et Bénédicte Winiger, Causal uncertainty and proportional liability in Switzerland, in Israel Gilead, Michael D. Green, Bernhard A. Koch (Hrsg.): *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives (Tort and Insurance Law, Vol. 33)*. Berlin: de Gruyter 2013 (Gilead etc, *Proportional liability*), 325-344.

² Notamment ATF 113 Ib 420, 424 c. 3.

n'ont pas causé le dommage, ou alors d'innocenter les trois – et de laisser partir le malfaiteur. En droit suisse, le chasseur non identifié échappe en principe aux obligations de réparation, à moins que le juge considère que les chasseurs aient causé le dommage ensemble, par exemple, parce qu'ils ont agi de concert (art. 50 CO). La causalité naturelle relève de l'ordre des faits et ne peut être revue par le Tribunal fédéral, dont le pouvoir d'examen se limite au droit (sauf si le juge inférieur s'est livré à une appréciation arbitraire).

(ii) La causalité adéquate

Malgré sa simplicité et sa rigueur, le test de la *conditio sine qua non* est imprécis, parce qu'il offre un choix beaucoup trop large d'auteurs potentiels. Par exemple, toute l'ascendance de l'auteur est une condition nécessaire au dommage, puisque sans ses parents l'auteur n'aurait pas existé et le dommage ne se serait pas produit. Pour affiner la sélection, jurisprudence et doctrine ont développé un critère supplémentaire, appelé en droit suisse la causalité adéquate. Cette dernière prend la forme suivante : Selon une formule consacrée, le juge demande si le comportement illicite était « propre, dans le cours ordinaire des choses et selon l'expérience générale de la vie, à produire ou à favoriser » le dommage en question. Le Tribunal fédéral précise par ailleurs, que la cause en question n'est pas nécessairement unique, mais que d'autres causes 'concurrentes' peuvent également avoir joué un rôle.³ La causalité adéquate relève de l'ordre du droit ; par conséquent, elle peut être soumise à l'examen du Tribunal fédéral.

Ajoutons que la doctrine suisse tend à remettre en question la terminologie de 'causalité adéquate'. Si l'examen en tant que tel reste incontesté, on constate qu'il porte en réalité plutôt sur la faute que sur la causalité.⁴

II. Causalité naturelle et adéquate en matière de responsabilité médicale

a. En général

La distinction entre les deux formes de causalité se fait aussi en droit médical. Il y a quelques années, le Tribunal fédéral a donné aux parties concernées une véritable leçon en la matière. Suite à un accident de la circulation routière survenu en 1990, la victime subit en 1998 une opération au genou. Quelques jours plus tard, un ophtalmologue constata chez la victime un accident vasculaire au nerf optique de l'œil droit. Les experts médicaux affirmaient que les risques de ce type de complications liées aux interventions chirurgicales étaient connus et ils excluaient tout doute sérieux concernant le lien causal entre l'opération orthopédique et l'accident vasculaire. Toutefois, ils soulignaient que le risque d'un tel accident était faible.

Concernant la causalité naturelle, le Tribunal fédéral écrit :

« 3.1 Un fait est la cause naturelle d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non (ATF 122 IV 17 consid. 2c/aa). Autrement dit, la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'événement en question sans que le

³ Etre autres ATF 101 IV 67 p. 70, cons. 2b. Pour la causalité adéquate en droit de l'assurance maladie et accidents (LAMA), voir ATF 113 V 321, 323ss cons. 2b.

⁴ Philippe Ducor, L'expert médical et la causalité, in Christine Chappuis et Bénédicte Winiger, Les causes du dommage. Journée de la responsabilité civile 2006, Genève etc. 2007, 179-216, 180.

résultat ne tombe aussi (ATF 95 IV 139 consid. 2a; 119 V 335 consid. 1). Cela signifie que si le fait a est cause du fait b et b cause du fait c, a est cause de c, étant entendu que b est aussi cause de c (Deschenaux/Steinauer, La responsabilité civile, 2e éd., 1982, n. 8 p. 54). »⁵ En désavouant les juges de l'instance précédente, qui avaient retenu la causalité dépassante, le Tribunal fédéral a admis un lien de causalité naturelle indirect entre l'accident de 1990 et celui de 1998.

En ce qui concerne la causalité adéquate, le Tribunal fédéral poursuit :

« 4.1 Le rapport de causalité est adéquat lorsque le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 123 III 110 consid. 3a; 122 IV 17 consid. 2c/bb; 112 II 439 consid. 1d). Pour savoir si un fait est la cause adéquate d'un préjudice, le juge procède à un pronostic rétrospectif objectif : se plaçant au terme de la chaîne des causes, il lui appartient de remonter du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoqué et de déterminer si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie humaine, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles, le cas échéant aux yeux d'un expert; à cet égard, ce n'est pas la prévisibilité subjective mais la prévisibilité objective du résultat qui compte (ATF 119 Ib 334 consid. 5b; 112 II 439 consid. 1d; 101 II 69 consid. 3a; Deschenaux/Steinauer, op. cit., n. 33 s. p. 58).

4.2 La jurisprudence a précisé que, pour qu'une cause soit généralement propre à avoir des effets du genre de ceux qui se sont produits, il n'est pas nécessaire qu'un tel résultat doive se produire régulièrement ou fréquemment. L'exigence du caractère adéquat ne doit pas conduire à ne prendre en considération que les conséquences d'un accident qui sont habituellement à prévoir d'après le déroulement de l'accident et ses effets sur le corps humain. Il convient bien plutôt de partir des conséquences effectives et de décider rétrospectivement si et dans quelle mesure l'accident apparaît encore comme leur cause essentielle. Si un événement est en soi propre à provoquer un effet du genre de celui qui s'est produit, même des conséquences singulières, c'est-à-dire extraordinaires, peuvent constituer des conséquences adéquates de l'accident (ATF 112 V 30 consid. 4b; 107 V 173 consid. 4b p. 177; 96 II 392 consid. 2 p. 396; 87 II 117 consid. 6c; 80 II 338 consid. 2b).»⁶ Sur la base de ces explications, le Tribunal fédéral considéra que l'accident vasculaire était une « conséquence adéquate » de l'accident de 1990. Le critère utilisé par le Tribunal fédéral pour évaluer la causalité adéquate, à savoir « le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles » au moment de l'acte dommageable, montre clairement la proximité avec l'évaluation de la faute. En effet, depuis l'Antiquité romaine, la faute est définie comme le fait de ne pas avoir prévu ce qu'un homme diligent aurait prévu ou de ne pas avoir agi en conséquence.⁷

b.L'omission

⁵ ATF 5C.125/2003, cons. 3.1

http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2003/Entscheide_5C_2003/5C.125_2003.html

⁶ ATF 5C.125/2003, cons. 4.1 et 4.2.

http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2003/Entscheide_5C_2003/5C.125_2003.html

⁷ Paulus, Digesta 9.2.31.

Il va sans dire que l'omission joue un rôle important dans la responsabilité médicale, puisque la *lex artis* prescrit au médecin de nombreux protocoles de travail, qui le lient souvent étroitement. En cas d'omission, il s'agit de comparer l'évolution effective de l'état de santé de la victime avec l'évolution hypothétique qui se serait produite, si le médecin était intervenu (selon les règles de l'art).⁸ Le déroulement hypothétique d'une maladie étant parfois difficile à prédire en raison des nombreuses impondérables, cet exercice peut toutefois s'avérer délicat sur le plan causal.

III. Degrés de probabilité de la causalité⁹

L'expérience de tous les jours nous enseigne que le rapport entre cause et effet n'est pas toujours certain à cent pourcents. Sur le plan juridique cela signifie, que les parties ne sont souvent pas en mesure d'apporter des preuves au sens strict et qu'elles doivent souvent se contenter d'un de vraisemblance moindre. La jurisprudence est ainsi amenée à formuler des exigences quant à la probabilité minimale de la preuve. Le Tribunal fédéral distingue entre trois degrés de certitude. (a) une preuve scientifique absolue, (b) une probabilité prépondérante et (c) une probabilité simple. La preuve scientifique répond aux standards les plus élevés où tout doute est exclu. On parle de vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*), lorsque le juge n'a plus de doute raisonnable concernant les faits présentés et que, objectivement, d'autres scénarios n'entrent plus en ligne de compte. Le degré le plus faible est la vraisemblance simple qui, toutefois, n'entre en ligne de compte que lorsque le demandeur n'a raisonnablement pas la possibilité de fournir une preuve formelle ('*Beweisnot*'). Il suffit alors de rendre les faits allégués crédibles ('*Glaubhaftmachung*'), même si le juge ne peut exclure d'autres liens de causalité.¹⁰ Dans le projet de révision du droit de la responsabilité de 2000, l'art 56d I fixe comme règle, que la preuve doit fournir une 'vraisemblance convaincante', si une preuve au sens strict ne peut pas être apportée.

IV. Le problème de la perte d'une chance en matière médicale

Le texte de la loi permettrait sans autres d'admettre la perte d'une chance. Comme nous l'avons vu, l'art. 41 CO ne définit pas la causalité et n'impose pas de plancher concernant la probabilité. Théoriquement le juge pourrait se contenter d'une probabilité de 1% pour admettre un lien causal entre un acte et un dommage. Par ailleurs, le législateur ne donne pas non plus de précision concernant la nature du dommage.

La perte d'une chance est actuellement largement controversée en droit suisse de la responsabilité et c'est dans le domaine médical qu'une décision importante a été rendue en 2007 par le Tribunal fédéral. En l'occurrence, la victime s'était présentée de nuit à l'hôpital, parce qu'elle souffrait de maux de tête violents, nausées, vomissements etc. Le

⁸ Philippe Ducor, *L'expert médical et la causalité*, in Christine Chappuis et Bénédicte Winiger, *Les causes du dommage. Journée de la responsabilité civile 2006*, Genève etc. 2007, 179-216, 183.

⁹ Pour plus de détails, voir Widmer/Winiger, *Causal uncertainty*, in [Gilead etc, Proportional liability](#), 331.

¹⁰ Voir Widmer/B Winiger, *Causal uncertainty*, in [Gilead etc, Proportional liability](#), 330 n 14ss.

médecin de garde diagnostiquait un état grippal et prescrivait un traitement. A sa demande, la victime rentrait à la maison pour retourner à l'hôpital quelques heures plus tard dans un état stuporeux. Le médecin constatait alors une méningite bactérienne à pneumocoques et administrait immédiatement un traitement adéquat. Après son rétablissement, la victime souffrait d'une surdité totale des deux oreilles. Selon l'expertise médicale (suisse), le premier diagnostique avait été erroné et avait retardé le traitement indiqué de plusieurs heures. Toutefois, ce retard ne se serait pas trouvé dans un lien de causalité avec les séquelles subies. La méningite constituant un risque important de mort ou de lésions, il était impossible pour l'expert d'affirmer qu'un traitement administré quelques heures plus tôt aurait permis d'éviter les lésions. Une autre expertise (française) arrivait à la conclusion contraire, selon laquelle le retard dans le traitement avait constitué pour la victime une perte de chance par une augmentation du risque de complications.

Pour trancher, le Tribunal fédéral s'intéressait successivement aux notions de causalité naturelle et de dommage. Concernant la causalité naturelle et après en avoir rappelé les règles générales, il nia un rapport causal en raison du fait que la méningite représentait une probabilité de mort de 75%. Par conséquent, le risque de mortalité était prépondérant. Autrement dit, la chance de survie était en de   de 50%. Or, selon une jurisprudence constante, un lien causal est en principe admis, si la probabilité est prépondérante (soit 50% ou plus).

En ce qui concerne la notion de dommage, le Tribunal fédéral en rappela d'abord la définition comme « une diminution involontaire de la fortune nette »¹¹, c'est-à-dire la différence entre la fortune actuelle et celle que la victime aurait eue sans l' v nement dommageable.

Selon le Tribunal fédéral, l'application de la théorie d'une perte de chance aurait supposé in casu, que la chance en tant que telle aurait été considérée comme une valeur. Dans ce cas, la victime aurait pu prétendre à un dédommagement à hauteur du degré de chance perdue par le retard dans le traitement. Or, dit le Tribunal fédéral, cela supposerait que la chance soit considérée comme un élément du patrimoine. Il fit alors une réflexion mémorable :

« L'assimilation d'une chance à un élément d'un patrimoine ne se conçoit toutefois pas aisément. Il ne suffit pas de poser qu'une chance a une valeur économique pour que tel soit le cas. La chance ne se trouve pas dans le patrimoine actuel dès lors qu'elle a été perdue. Mais elle ne figure pas non plus dans le patrimoine hypothétique car, soit elle se serait transformée en un accroissement de fortune, soit elle ne se serait pas réalisée pour des raisons inconnues. Par nature, la chance est provisoire et tend vers sa réalisation: elle se transmuera en un gain ou en rien. Vu son caractère dynamique ou évolutif, la chance n'est pas destinée à rester dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue (MÜLLER, op. cit. 2, p. 250; cf., en droit allemand, WALTER MÜLLER-STOY, Schadenersatz für verlorene Chancen, thèse Freiburg im Breisgau 1973, p. 200). ». Finalement, le Tribunal fédéral conclut : « Il résulte de ce qui précède que la réception en droit suisse de la théorie de la

¹¹ ATF 133 III 462, 471 cons. 4.4.2.

perte d'une chance développée notamment par la jurisprudence française est, à tout le moins, problématique »¹².

L'argumentation du Tribunal fédéral a des désavantages majeurs. Premièrement, l'idée, selon laquelle la chance serait un élément dynamique qui ne saurait entrer dans un patrimoine, tranche singulièrement avec la réalité économique. Au plus tard depuis la crise bancaire et les déboires d'innombrables malheureux, chaque épargnant sait que la valeur de son portefeuille d'actions est éminemment évolutive et soumise aux hasards de la vie économique. Deuxièmement et surtout, la véritable question est de savoir, si la théorie de la perte d'une chance permettrait de rendre plus justes les décisions de nos tribunaux et, si oui, quels seraient les remaniements nécessaires pour la rendre compatible avec l'ordre juridique suisse. La question est aujourd'hui largement discutée¹³ et la doctrine majoritaire est en faveur de cette théorie. Reste à savoir pourquoi il y aurait incompatibilité. Le Tribunal fédéral en laisse entrevoir la raison : La théorie de la différence, qu'elle résume brièvement dans sa décision (supra). Or, la théorie de la différence n'est pas ancrée dans la loi, mais un simple produit de la jurisprudence que le Tribunal fédéral peut modifier. Ensuite, cette théorie a déjà subi des tempéraments, lorsque l'évidence y contraignait nos juges. En particulier, celui qui demande à un jardinier d'abattre les arbres sur le terrain de son voisin, doit des dommages-intérêts à ce voisin, alors que la valeur du terrain n'a pas été modifiée par la coupe. Dans ce cas, le Tribunal fédéral recourt à un critère très particulier pour renoncer à la théorie de la différence : le lésé doit faire valoir un 'intérêt de maintien' de la chose' (Erhaltungsinteresse, sachliches Interesse).¹⁴ Si un propriétaire peut avoir un tel 'intérêt réel' à garder un arbre dans son jardin, a fortiori un patient peut avoir un réel intérêt à ne pas perdre son ouïe. Dès lors, dans ce type de cas un abandon de la théorie de la différence serait amplement justifié. Une bonne partie de la doctrine nourrit l'espoir que le Tribunal fédéral changera d'avis. Peut-être ces vœux seront exhaussés. Mais très probablement 'c'est pas demain la veille'.¹⁵

¹² ATF 133 III 462, 472 cons. 4.4.3.

¹³ Voir notamment Christine Chappuis, Responsabilité civile : entre audace et repli, in Olivier Guillod, Christoph Müller (éd.), in Pour un droit équitable, engagé et chaleureux. Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Bâle (Helbing Lichtenhahn), 2011, 98 ; Thomas Kadner Graziano, La « Perte d'une chance » en droit privé européen : « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine, in Chappuis/Winiger (éd.), Les causes du dommage, Genève etc (Schulthess) 2007, 217 ; aussi Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Bern (Stämpfli) 2012 (6. Auflage) 82 n 14.12ss, qui est critique par rapport à la perte d'une chance.

¹⁴ ATF 129 III 331, cons. 2.2.

¹⁵ Abrasracourcix, page 'Quelques Gaulois' dans tous les Asterix.