



Chapitre de livre

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les causes du dommage : entre incertitudes et évolution

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. Les causes du dommage : entre incertitudes et évolution. In: Les causes du dommage : Journée de la responsabilité civile 2006. Chappuis, Christine & Winiger, Bénédicte (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2007. p. 295–302. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8429>

Les causes du dommage : entre incertitudes et évolution

CHRISTINE CHAPPUIS*

Table des matières

I. Terminologie	296
II. Causalité naturelle et adéquate	296
III. Preuve de la causalité naturelle	299
IV. Et la perte d'une chance ?	300
V. Autres difficultés	301

La causalité, pas plus que les autres conditions de la responsabilité, n'échappe pas à l'évolution que connaît le droit de la responsabilité civile en Suisse comme à l'étranger. En raison de son lien avec la logique et les sciences, elle revêt pourtant les apparences d'une condition objective échappant dans une large mesure à un jugement de valeur. Un fait (comportement ou situation à risque) est la cause d'un dommage ou il ne l'est pas. Si l'on ajoute à cette affirmation incantatoire le principe – qui l'est tout autant – de la réparation intégrale du dommage, les conditions d'un système garantissant la sécurité juridique semblent réunies.

Ce système radical du « tout ou rien » n'est pourtant souhaité par aucun des participants à la Journée de la responsabilité civile 2006, qui tous, à un titre ou à un autre, plaident pour la flexibilité, voire le considèrent comme dépassé. Le droit actuel connaît une souplesse certaine, mais qui concerne essentiellement la fixation de l'indemnité. Disposition sous-employée¹, l'art. 43 al. 1 CO permet certes de tenir compte des circonstances pour déterminer l'étendue de la réparation, alors que les faits dont la victime est responsable peuvent conduire à une réduction de l'indemnité en vertu de l'art. 44 al. 1 CO auquel les tribunaux n'hésitent pas à recourir. Toutefois, les conditions mêmes de la responsabilité prévues par l'art. 41 al. 1 CO ne profitent pas d'une souplesse semblable².

* Professeure à l'Université de Genève.

1 Voir la contribution d'Alain HIRSCH au présent ouvrage.

2 La causalité, de même que l'illicéité, existe ou elle n'existe pas. En revanche, le dommage est davantage susceptible de modulations.

Les contributions réunies dans le présent volume et les débats lors du colloque m'incitent à montrer les incertitudes actuelles en matière de causalité plutôt qu'à proposer des solutions définitives.

I. Terminologie

La première incertitude est d'ordre terminologique, voire conceptuel. Les notions développées par la doctrine³, sur la définition et la portée desquelles ne règne d'ailleurs pas l'unanimité⁴, ne sont pas appliquées directement par le Tribunal fédéral, même si une certaine évolution n'est pas à exclure⁵. Avant toute discussion, une clarification des notions utilisées (causalité naturelle, adéquate, dépassée, dépassante, outrepassante, hypothétique, psychologique, alternative, cumulative, partielle, proportionnelle, incertaine, etc.) est indispensable.

II. Causalité naturelle et adéquate

La distinction entre causalité naturelle et adéquate chère aux juristes suisses (et allemands), mais dont se passent les Principes de droit européen de la responsabilité civile (PETL)⁶ et d'autres systèmes juridiques⁷, conduit à des difficultés connues de délimitations. Touchant notamment à la preuve et, partant, au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral saisi d'un recours, elle est d'une importance pratique indéniable.

3 Voir la contribution de Thomas PROBST au présent ouvrage.

4 On se demande ainsi si la notion de causalité hypothétique correspond à celle de causalité dépassée (WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2005, N 183) ou dépassante (BREHM Roland, *Berner Kommentar ad Art. 41-61 OR*, 3^e éd., Berne 2006, CO 41 N 149, distingue les notions; HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2005, § 3 N 50, ne les distingue pas) et si elle intervient au stade des conditions de la responsabilité ou seulement lors du calcul du dommage (BREHM, CO 41 N 149a ss; SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2006, N 21.05, calcul du dommage). Sur la causalité dépassée et dépassante, voir la contribution de Thomas PROBST au présent ouvrage, III.B et H. Quant à la jurisprudence, elle conçoit en principe la notion de causalité hypothétique de manière plus étroite comme le lien existant entre une omission et un dommage (ATF 133 III 715 c. 2.3-2.4). Sur les difficultés terminologiques, voir aussi, CHAPPUIS Benoît, *Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage*, Zurich et al. 2007, N 251 ss, 254.

5 Voir la contribution de Florence AUBRY GIRARDIN au présent ouvrage, I. et II.

6 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Vienne 2005, art. 3:101 à 3:201.

7 ZIMMERMANN Rolf, *in Digest of European Tort Law*, B. Winiger, H. Koziol, B. A. Koch, R. Zimmermann (édit.), vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Vienne 2007, 1/29 N 4.

Absence de consentement du patient

La difficulté de distinguer les deux aspects de la causalité est particulièrement frappante en matière médicale. Ainsi, lorsque le juge examine la relation de causalité entre l'absence de consentement éclairé du patient et le dommage subi par celui-ci, il ne distingue pas clairement ces deux aspects⁸. En réalité, la condition de causalité entre l'acte du médecin et le dommage n'est pas réellement exigée, puisqu'il suffit que le médecin n'ait pas correctement informé le patient pour répondre d'un acte médical même accompli dans les règles de l'art. La portée de la distinction entre causalité naturelle et adéquate est ainsi singulièrement restreinte lorsqu'il s'agit d'établir un lien entre le défaut d'information et l'intervention du médecin, puis entre l'intervention du médecin et le dommage.

Omission

De manière plus générale, la distinction doit être fortement relativisée dans l'appréciation de la relation de causalité entre une omission⁹ et un dommage. En effet, le juge doit souvent raisonner de manière probabiliste et sur la base de l'expérience générale de la vie au stade de la causalité naturelle déjà, pour décider si l'acte omis – médical ou autre – aurait empêché la survenance du dommage. Il doit construire un enchaînement hypothétique de causalité en partant d'une omission, au lieu d'examiner le déroulement effectif des faits.

Responsabilité des administrateurs

C'est souvent une omission qui est reprochée aux administrateurs (défaut d'organisation, dépôt tardif du bilan, non paiement des cotisations sociales¹⁰, indications trompeuses et incomplètes dans un prospectus d'émission¹¹), ce qui explique peut-être la confusion entre la causalité naturelle et la causalité adéquate observée dans un certain nombre de décisions¹². Henry PETER signale un double danger : le risque, d'une part, que la causalité ne devienne le *talon d'Achille* de l'action en responsabilité contre les administrateurs par une interprétation trop restrictive de cette notion, d'autre part, que la causalité ne soit admise de manière excessivement généreuse pour la victime¹³.

8 Voir la contribution de Philippe DUCOR au présent ouvrage, IV.B.

9 Voir les contributions de Thomas PROBST, III.I, et de Philippe DUCOR au présent ouvrage, IV.C. ATF 132 III 715 c. 2.3.

10 Exemples développés par Henry PETER dans sa contribution au présent ouvrage, IV, V.B-C, VI.

11 ATF 132 III 715 (causalité naturelle niée).

12 Confusion signalée par Henry PETER dans sa contribution au présent ouvrage, III.B et n. 21.

13 Cf. la contribution d'Henry PETER au présent ouvrage, VI.C et Conclusion.

Le rôle de l'expert médical

En matière médicale, on observe parfois un glissement de la causalité naturelle, qui seule devrait faire l'objet de l'expertise, vers la causalité adéquate. Tel est le cas lorsque l'expert – peut-être induit en erreur par l'acte de mission ou ne maîtrisant pas les subtilités juridiques de la distinction – se prononce sur des questions relevant en réalité d'une appréciation juridique de l'enchaînement des faits¹⁴.

Le comportement de substitution licite

L'objection du comportement de substitution licite est une figure juridique connue du droit suisse¹⁵, mais son nom savant est emprunté à la doctrine allemande. La question controversée de savoir si cette objection relève de la causalité naturelle ou adéquate n'est pas clairement tranchée par la jurisprudence fédérale, ce qui pose d'épineux problèmes de preuve¹⁶.

La causalité psychologique

Animal non désigné comme tel mais connu du droit suisse (par exemple, art. 50 al. 1 CO), la «causalité psychologique» est un phénomène analysé dans nombre d'ordres juridiques¹⁷. Sous l'angle dogmatique, elle trouve difficilement sa place entre la causalité naturelle et la causalité adéquate.

Identité ou multiplicité des définitions

L'un des débats actuels porte sur l'absence d'uniformité de la notion de causalité en droit de la responsabilité civile et des assurances sociales. Les deux intervenants qui abordent ce thème, quoiqu'ils divergent sur la manière d'appréhender les lésions cervicales non objectivables, sont d'accord sur la nécessité d'adopter une seule et même définition de la causalité dans les deux domaines du droit¹⁸, ce qui ne correspond toutefois pas à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral et du Tribunal fédéral des assurances.

¹⁴ Voir la contribution de Philippe DUCOR au présent ouvrage, III.A et B.

¹⁵ Par exemple, art. 55 al. 1 et 56 al. 1 CO *in fine*.

¹⁶ Voir la contribution de Franz WERRO au présent ouvrage, I.2.d et III.2, et *infra*, IV.

¹⁷ Voir la contribution de Bénédict WINIGER au présent ouvrage. Voir aussi les rapports nationaux et autres (allemand, grec, français, italien, portugais, polonais, etc.) *in* Digest of European Tort Law, B. Winiger, H. Koziol, B. A. Koch, R. Zimmermann (édit.), vol. 1, Essential Cases on Natural Causation, Vienne 2007, 4/2-28.

¹⁸ Voir les contributions d'Alexandre GUYAZ, V.A, et de Vincent BRULHART, III.B et V, au présent ouvrage.

III. Preuve de la causalité naturelle

Il appartient au lésé de prouver la causalité naturelle, c'est-à-dire de convaincre le juge de ce que le fait incriminé est effectivement la *condictio sine qua non* du dommage par l'apport, en principe, de la preuve stricte de cette condition. Selon la sévérité des exigences de preuve posées par le juge, les prétentions en indemnisation sont plus ou moins facilement admises. La preuve est susceptible de jouer un rôle de régulateur, en quantité et en étendue, des indemnisations accordées par les tribunaux¹⁹.

Allègement du fardeau de la preuve

De manière générale, le Tribunal fédéral admet que le demandeur n'a pas à apporter la preuve stricte d'un fait lorsqu'il existe un « état de nécessité en matière de preuve » (*Beweisnot*)²⁰. Tel est le cas lorsque la « preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices »²¹. Le juge se contente alors d'une vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) qui « suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération »²². Quant au degré de preuve requis, la vraisemblance prépondérante se situe à mi-chemin entre la preuve stricte (*striker Beweis*) et la simple vraisemblance (*Glaubhaftmachung*).

Le Tribunal fédéral admet un tel « état de nécessité en matière de preuve » s'agissant de la causalité hypothétique, *i.e.* la relation de causalité entre une omission et un dommage²³. Il semble également l'admettre de manière plus générale en matière de causalité naturelle²⁴. La partie lésée n'aura donc pas à apporter la preuve stricte que le fait incriminé est la *condictio sine qua non* du dommage, mais pourra se contenter d'établir la relation de causalité naturelle avec une vraisemblance prépondérante. A noter que l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile, prenant acte de la jurisprudence²⁵, retient

19 L'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile reconnaît l'importance de la question à l'art. 56d.

20 ATF 133 III 81 c. 4.2.2; 132 III 715 c. 3.2.1; 130 III 321 c. 3.2.

21 ATF 133 III 81 c. 4.2.2 p. 88.

22 ATF 133 III 81 c. 4.2.2 p. 89.

23 ATF 133 III 81 c. 4.2.2 p. 88.

24 ATF 132 III 715 c. 3.2.1 p. 720.

25 Voir, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, p. 241 ss.

le critère de la « vraisemblance convaincante » ; il habilite en outre le juge « à fixer l'étendue de la réparation d'après le degré de la vraisemblance » (art. 56d al. 2).

Renversement du fardeau de la preuve ?

La thèse du renversement du fardeau de la preuve soutenue par une partie de la doctrine et invoquée par les parties lésées dans une action en responsabilité pour un prospectus d'émission (art. 752 CO) n'a pas été retenue par le Tribunal fédéral²⁶. Le fardeau de la preuve de la causalité naturelle est certes allégé dans le sens de la vraisemblance prépondérante, mais non renversé au profit de la partie lésée par la jurisprudence.

Comportement de substitution licite

Franz WERRO relève certaines contradictions de la jurisprudence quant à la répartition du fardeau de la preuve de la causalité lorsque l'objection du comportement de substitution licite est soulevée. Il propose de les résoudre au moyen d'une présomption de causalité lorsque telle est la solution légale (par exemple, aux art. 55 al. 1, 56 al. 1 et 103 al. 2 CO), d'une présomption de l'homme dans certains autres cas, ainsi lorsque le manquement et le dommage sont clairement établis²⁷.

IV. Et la perte d'une chance ?

La théorie de la perte d'une chance, développée en droit comparé par Thomas KADNER, a été abondamment discutée, trouvant la faveur de la plupart des intervenants²⁸. S'agit-il d'une manière d'éviter la causalité lorsque celle-ci est incertaine ou d'une nouvelle méthode de calcul du dommage, celui-ci consistant dans la perte d'une chance (d'améliorer sa situation juridique ou d'éviter la péjoration de celle-ci) ? La question est fondamentale, notamment pour la responsabilité du médecin ou de l'avocat. La réponse est en construction.

Après un examen des arguments pour et contre l'indemnisation des chances perdues, Thomas KADNER propose une réponse nuancée fondée sur la différence entre la responsabilité contractuelle et délictuelle. Lorsque l'objet d'un contrat consiste précisément à sauvegarder les chances de l'autre partie,

²⁶ ATF 132 III 715 c. 3.2.2.

²⁷ Voir la contribution de Franz WERRO au présent ouvrage, I.3 et III.2.

²⁸ Outre la contribution de Thomas KADNER, voir celles d'Alain HIRSCH, de Laurent HIRSCH et de Philippe DUCOR, V, au présent ouvrage.

il s'agirait d'un problème de calcul du dommage. En matière délictuelle, les chances perdues, appréciées en fonction du bien juridique protégé, seraient qualifiées comme une question de causalité. Quelle que soit la méthode retenue, la théorie de la perte d'une chance permet de sortir du système drastique du « tout ou rien » qui ne satisfait plus.

Dans une affaire récente relative à la responsabilité de l'état pour des médecins²⁹, le Tribunal fédéral a considéré que l'autorité cantonale n'avait pas manifestement méconnu les notions juridiques de causalité et de dommage en refusant d'appliquer la théorie de la perte d'une chance. Rendue sous l'angle restreint de l'arbitraire, la décision examine pourtant de manière approfondie l'état de la question dans la jurisprudence et la doctrine suisses. Il ne serait sans doute pas non plus arbitraire, de la part d'une cour cantonale, d'appliquer cette théorie, tant il est vrai que la définition des notions de causalité et de dommage sont susceptibles d'évoluer. L'on est d'autant plus curieux de savoir dans quel sens la jurisprudence (cantonale et fédérale) va évoluer.

V. Autres difficultés

La causalité dans le temps

L'établissement de la causalité peut poser de délicats problèmes lorsqu'un certain temps s'écoule entre le fait incriminé et la survenance d'un dommage, comme le montre l'exemple développé par Henry PETER³⁰. Soit une société dans un état de surendettement exigeant le dépôt du bilan (art. 725 al. 2 CO), comment, traiter sous l'angle de la causalité, la situation dans laquelle un redressement – provisoire ou définitif – a lieu ? Partant d'un dommage, jusqu'où peut-on remonter dans le temps pour en trouver une cause ? En raisonnant à l'inverse, on se demandera, à partir de la violation du devoir de déposer le bilan, jusqu'à quel moment des conséquences dommageables peuvent être encore attribuées au non dépôt du bilan. Les mêmes problèmes se posent notamment en relation avec la responsabilité de l'auteur d'un prospectus d'émission (art. 752 CO). Comment apprécier la causalité lorsque la valeur des actions achetées sur la base d'un prospectus trompeur commence par augmenter avant que la faillite de la société ne soit prononcée³¹ ?

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A.61/2007, du 13 juin 2007 (destiné à publication), partiellement reproduit en annexe à la contribution d'Alain HIRSCH au présent ouvrage.

³⁰ Voir la contribution d'Henry PETER au présent ouvrage, VI.B.

³¹ Voir l'état de fait de l'ATF 132 III 715 et la contribution d'Henry PETER au présent ouvrage, n. 31 ss.

La question est étroitement liée à celle du dommage. A quel moment dans le temps convient-il de se placer pour déterminer le patrimoine hypothétique sans l'événement dommageable et le patrimoine actuel, dont la différence correspond au dommage³²? L'on retrouve le problème déjà signalé³³ de savoir si un fait doit être pris en compte au stade de l'établissement du lien de causalité ou à celui du calcul du dommage.

Concours de plusieurs causes au même dommage

Thème abordé en introduction du présent colloque³⁴, le concours de plusieurs causes au même dommage peut conduire à une responsabilité plurale (art. 50 et 51 CO), voire à un partage de responsabilités partielles. Il s'agira, dans ce domaine également, de rester attentif à l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence.

* * *

La condition de causalité – et, en particulier, la causalité naturelle – reste entourée de nombreuses incertitudes³⁵ comme l'ont montré les débats qui ont eu lieu lors de la quatrième Journée genevoise de responsabilité civile. Ces incertitudes laissent présager une évolution future qu'il conviendra de suivre avec attention.

³² Sur ce thème, voir l'étude de CHAPPUIS Benoît, op. cit. n. 4.

³³ Voir *supra*, n. 4.

³⁴ Voir la contribution de Thomas PROBST au présent ouvrage, II.E-G. Ce thème a également fait l'objet d'analyses de droit comparé dans le cadre des travaux qui ont conduit à l'élaboration des principes de droit européen de la responsabilité civile: HORTON ROGERS W.V (édit.), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, La Haye 2004.

³⁵ Thomas PROBST, dans la conclusion de sa contribution au présent ouvrage, préconise une analyse interdisciplinaire de la causalité faisant appel à des connaissances tant philosophiques que scientifiques.