

Florence G'sell-Macrez

Intervention du 17 novembre 2005

Groupe de travail « Incertitude et causalité »

Cour de cassation, Séminaire « risque, assurance, responsabilité »

INCERTITUDE ET CAUSALITE CONCRETE

J'avais prévu, pour ce soir, une toute autre entrée en matière, mais le titre d'un article paru dans le Monde daté d'aujourd'hui a retenu mon attention : « *Adeptes de la causalité flasque* ». Le fond de l'article -qui fustige la facilité avec laquelle les sociologues et les médias proposent des explications causales des phénomènes sociaux- ne nous concerne pas directement, mais son titre est évocateur. La question que je voudrais donc poser ce soir est la suivante : le droit peut-il donner effet à des relations causales incertaines sans tomber dans la causalité « flasque » et, si oui, dans quelle mesure et de quelle manière ?

Sur ce sujet, ma première remarque est de souligner que le terme « incertain » est souvent une manière négative d'exprimer l'idée de « probable ». Or tout jugement de causalité est indissociable d'une *logique du probable*. Telle est notre expérience de la causalité : si nous avons l'habitude de produire, par nos actions, des effets dans le monde, nous sommes également conscients de vivre dans une relative ignorance de l'avenir. Notre environnement n'est pas déterministe. Le jugement de causalité, écrivait Raymond Aron, ne peut que « restituer au passé l'incertitude de l'avenir »¹. La « causalité certaine » représente donc un *idéal* atteignable seulement dans un petit nombre de cas simples. Mais, dans la majorité des hypothèses, le juge est inéluctablement conduit à tenir compte de cette logique du probable, soit qu'il opte pour le scénario « le plus probable », soit qu'il répercute cette probabilité dans son jugement au travers de la technique de la perte de chance. Ce recours à la perte de chance ne constitue pas, à mes yeux, une solution injuste, mais permet d'opérer un compromis entre l'intérêt de la victime et celui du défendeur.

C'est en tout cas ce que je vais tenter de montrer en évoquant successivement les différents problèmes de causalité qui se posent au juge dans le contentieux de la responsabilité. A cet égard, je retiendrai l'exigence minimale retenue indiscutablement en droit positif, à savoir que la cause constitue une condition *sine qua non* du dommage.

Dans ce cadre, la première distinction est à effectuer selon que la causalité explique un fait matériel (I) ou un comportement humain (II).

¹. R. Aron, Introduction à la philosophie de l'histoire. pp. 181-182.

I La cause d'un fait matériel

Il y a deux moyens d'aborder un fait matériel. Soit on l'aborde de manière purement *singulière* et *concrète*. Soit de manière *théorique* et *générale*, en tant que terme d'une loi de la nature, donc d'une liaison causale générale. Un exemple du premier cas de figure est celui de l'incendie : un incendie s'est produit et on cherche les causes du sinistre. Pour ce faire, on pourra mobiliser des connaissances scientifiques et techniques d'ordre général, mais on s'interrogera de manière *singulière*, à propos de *tel* incendie, qui s'est produit *tel* jour, à *tel* endroit, dans *telle* circonstance. En revanche, lorsqu'on s'interroge sur l'aptitude du vaccin contre l'hépatite B à provoquer une sclérose en plaque, on s'interroge sur une relation causale générale.

Nous aborderons donc successivement l'explication causale d'un fait matériel individuel (A) et l'explication causale au travers d'une loi de la nature (B).

A La cause d'un fait matériel individuel

1) L'enchaînement causal est connu

Lorsque l'enchaînement des faits est entièrement connu, déterminer la cause suppose un raisonnement d'*inférence* permettant d'affirmer qu'en l'absence du fait générateur, le dommage ne se serait pas produit. Pour les événements que nous connaissons bien, cela peut être évident. Par exemple A a trop bu et a foncé dans un arbre. Il en va de même lorsqu'une victime est transfusée avec du sang contaminée et que l'on sait que le donneur était séropositif : le rapport causal entre la transfusion et la contamination de la victime va de soi.

Lorsque l'enchaînement causal est connu, de sorte que l'explication de ce qu'il s'est passé se fait sans difficulté, la seule sorte de question qui subsiste relève de la politique de la responsabilité, donc d'une logique d'*imputation*. Lorsqu'une personne est victime d'un accident de la circulation qui la conduit à l'hôpital où elle est victime d'une erreur médicale ou d'un accident thérapeutique, il n'y a aucun doute sur les circonstances ayant permis l'apparition du dommage. Il faut, en revanche, déterminer qui, de l'automobiliste ou de l'hôpital, doit réparer le dommage final subi par la victime. Cette question implique moins des arguments propres à la causalité que des considérations relatives à l'objectif de garantir à la victime une indemnisation rapide (laissant ouverte des recours entre coauteurs), ou au souhait de faire peser sur la mutualité des automobilistes le risque médical, en l'absence d'un mécanisme de prise en charge suffisante de ce risque (ce que la loi du 4 mars 2002 a d'ailleurs permis de pallier).

2) Tous les faits ne sont pas connus

Le problème de l'incertitude causale réapparaît toutefois lorsque tous les faits ne sont pas connus. On peut, à cet égard, distinguer selon que l'inconnu concerne un événement concret ou l'identité de l'auteur du dommage.

a) L'indétermination d'un fait

Il peut se trouver que la preuve d'un fait, parmi l'ensemble de ceux qui sont au support de l'inférence causale, fasse défaut. Tel est le cas pour les contaminations transfusionnelles, lorsqu'on ne sait pas si le lot transfusé était bel et bien contaminé. On peut comparer ce contentieux avec le cas récent d'un éboueur qui s'était piqué le doigt avec une aiguille dépassant d'une poubelle provenant d'un cabinet médical et avait été, deux mois plus tard, diagnostiqué séropositif². Lorsqu'on n'a aucun moyen de s'assurer que le lot transfusé était contaminé, ou que la seringue était infectée, seule la présomption permet de régler la question. Nous savons que des présomptions légales ont été mise en place pour les contaminations transfusionnelles. Dans l'affaire de l'éboueur, les juges du fond, approuvés par le Cour de cassation, ont recouru à une présomption de l'homme.

Dans ces affaires, l'argument permettant de présumer le caractère vicié du lot considéré ou de la seringue, consiste à relever l'*absence d'autre cause* permettant d'expliquer le dommage. On soulignera que cet argument est particulièrement convaincant lorsque le nombre de causes possibles est réduit. Les différents moyens d'être contaminé par le VIH sont *connus* (il n'y a pas d'incertitude scientifique sur ce sujet) et en nombre *limité* : dès lors que l'intéressé n'appartenait pas à un groupe « à risque » et que la contamination est survenu au moment de l'incident, on peut raisonnablement supposer que ledit incident est bel et bien à l'origine du dommage. En revanche, l'argument résultant de l'absence d'autre cause expliquant le dommage est beaucoup moins convaincant à propos de phénomènes dont les causes sont multiples et parfois inconnues, comme c'est le cas, par exemple, du cancer ou de la sclérose en plaque.

b) Indétermination de l'auteur du fait dommageable

L'exemple type est l'accident de chasse dans lequel deux chasseurs tirent en même temps en direction de la victime sans que l'on sache lequel l'a touchée. En droit français, plusieurs techniques ont été utilisées pour condamner les deux chasseurs *in solidum* (faute commune, garde commune et gerbe unique). L'avant projet de Code civil réuni par la Commission dirigée par P. Catala prévoit expressément cette solution dans un article 1348. Dans tous les cas, cette solution

² Cass. 2^e civ. 2 juin 2005, Revue Lamy droit civil, 2005, n°776.

est, en raison, justifiée : la victime est indemnisée et, au niveau de la contribution à la dette, le partage se fait à 50/50%, soit la probabilité que chaque chasseur a d'être à l'origine du dommage.

Cette solution probabiliste me paraît adaptée : je suis, pour cette raison, favorable à son introduction d'une manière générale. En particulier, le principe d'une répartition de la charge du dommage en fonction des *parts de marché* détenues par les différents fabricants du produit constitue une issue précieuse lorsque le fabricant ne peut être individuellement identifié par la victime.

Le critère des parts de marché. En effet, le critère des parts de marché se justifie en logique : on condamne le défendeur à proportion de la probabilité qu'il a d'avoir causé le dommage.

La jurisprudence *Sindell*³, -inaugurée en Californie en 1983, et aujourd'hui appliquée dans beaucoup d'Etats américains- est intervenue à propos des conséquences du DES (distilbène). Les victimes ayant été exposée *in utero* au DES ne parvenaient pas établir quel était le laboratoire précis ayant commercialisé le traitement pris par leur mère pendant sa grossesse. A l'occasion d'une large *class action*, les juges californiens condamnèrent chaque défendeur en proportion de la *part de marché* qu'il détenait, soit en proportion de la *probabilité* qu'ils avaient d'être à l'origine des dommages subis. Cette solution, lorsqu'on ne peut identifier individuellement chaque producteur, se justifie par la loi des grands nombres : si l'on réunit dans une masse l'ensemble des victimes, il est très probable que celui qui détient 60% de part de marché aura vendu son produit à environ 60% des victimes.

On objectera que cette solution est propre à un système juridique qui connaît l'action de groupe, ce qui n'est pas (encore) le cas du droit français. Mais rien n'empêche les tribunaux de faire usage de cette logique probabiliste à propos de litiges individuels (le résultat global sera, de toutes les façons, identique). A cet égard, le critère des parts de marché peut jouer à deux niveaux :

- Au niveau de l'*obligation à la dette*, en condamnant le défendeur pour la probabilité qu'il avait d'être à l'origine du dommage, grâce à l'emploi de la technique de la perte d'une chance. Si une entreprise X a 40% du marché, elle est condamnée à hauteur de 40% du dommage subi par la victime. Cela n'exclut pas que ladite victime assigne également les entreprises Y et Z qui ont respectivement 15% et 45% du marché.

- Au niveau de la *contribution à la dette*, en permettant à l'entreprise X qui a été condamnée au tout de recourir contre Y et Z, la répartition de la charge du dommage se faisant en fonction des parts de chacun. Compte-tenu des propositions émises par le rapport Catala, telle est plutôt la solution qui serait celle du droit français.

Au total, la solution probabiliste illustré par le critère des parts de marché permet d'éviter que les victimes se trouvent sans recours lorsqu'elles ne parviennent pas à prouver qu'elles ont consommé le produit de la marque X. Cette solution permet de protéger les victimes tout en faisant correspondre la condamnation des défendeurs à leur activité réelle.

B La cause d'un fait naturel

L'établissement d'un lien causal dans un litige donné peut impliquer des faits relevant d'une loi de la nature. Si je n'envisage ici que les hypothèses dans lesquelles une loi naturelle est scientifiquement avérée (le cas de l'incertitude scientifique sera envisagé plus tard par Mme Veillard), la question causale n'en est pas moins délicate.

Le problème dit de la « victime indéterminée ». Supposons que le dommage se présente non plus comme un fait concret et singulier dont il faut déterminer la cause, mais comme le terme d'une loi de la nature. Par exemple, la victime a développé une maladie, tel un cancer, dont on cherche la cause.

Le problème est ici que les lois scientifiques, en particulier en matière médicale et biologique, ne sont pas déterministes, mais *probabilistes*. Le plus souvent, on ne peut pas dire que la cause A engendre l'effet B dans 100% des cas, comme dans la loi de la gravitation universelle. En revanche, on sait que la prise d'un médicament entraîne un effet indésirable chez 40% des patients : le lien causal est indéniable, mais il n'est pas invariable. Bien souvent, le lien causal se traduit en termes d'augmentation des probabilités : on sait seulement dire que la cause A augmente de 30% la probabilité de l'effet B (A est une *circonstance favorisante*). Tel est le cas des causalités établies au moyen d'*études épidémiologiques* qui ont comparé une population témoin à une population exposée. Par exemple, on constate que le taux de cancer au sein d'un échantillon de personnes exposées à certaines radiations est de 30% supérieur à ce qu'il est dans l'échantillon témoin. Tout le problème est qu'au sein de l'échantillon exposé, il est impossible d'identifier les 30% qui doivent leur maladie à l'exposition et ceux qui aurait été malades dans tous les cas.

En effet, lorsque la loi scientifique se présente en termes probabilistes, voire en termes d'augmentation des probabilités, il est très difficile d'établir le *lien causal individuel*, propre au cas du demandeur. Par exemple, on sait que fumer provoque le cancer. Cela ne signifie pas que tout fumeur développe un cancer, ni que tout cancéreux est nécessairement fumeur. Il reste que le *taux de cancers* est significativement plus important au sein d'une population de fumeurs qu'au sein d'une population de non fumeurs. Mais, comme on trouve *toujours* des non fumeurs qui développent un cancer alors qu'ils n'ont jamais été exposés au tabac, comment être sûr, face à un fumeur victime du cancer, qu'il n'aurait pas été malade s'il n'avait pas fumé ? Certes, dans le cas

³ *Sindell v. Abbott Laboratories*, Cal. S. C. 1980.

de M. Gourlain⁴, gros fumeur, ayant déclenché un cancer de la langue et un du poumon, la causalité paraît évidente. Quid dans le cas d'un « petit » fumeur, qui déclenche un cancer du poumon ? La question est de même nature à propos du contentieux relatif aux effets du nuage de Tchernobyl, actuellement en cours d'instruction. Si l'on a noté, dans les régions exposées, une augmentation globale du nombre de cancers de la thyroïde, comment déterminer, parmi l'ensemble des malades, ceux qui doivent leur cancer à la catastrophe et ceux qui l'auraient développé de toutes les façons ?

Solution probabiliste. Là encore, une solution en termes de probabilité est envisageable. Un juriste américain⁵ a proposé de répartir entre la totalité des malades l'équivalent de la réparation correspondant à l'augmentation de cancers provoqué par l'exposition. Supposons que, pour Tchernobyl, il y ait eu 10% (chiffre hypothétique) de cancers de la thyroïde supplémentaires. On calculera donc la réparation pour ces 10% de malades en plus, et on la répartira entre tous, faute de savoir lesquels sont concernés.

Cette solution globale peut se traduire de manière individuelle. S'il y a eu 110 victimes au lieu de 100, cela signifie que seules 9% du nombre total de victimes doivent leur maladie à l'exposition. On indemniserait donc chacune des victimes à hauteur de 9% de son dommage, soit la probabilité que sa maladie résulte bien de l'exposition. Cela permet de ne pas écarter totalement la responsabilité, ce qui serait injuste pour les victimes comme pour le défendeur. En même temps, le défendeur ne paie pas plus que ce qu'il doit.

En matière de dommages de masse, on pourrait envisager la mise en place de fonds d'indemnisation qui auraient pour fonction d'indemniser la totalité des victimes et de recourir contre le défendeur pour l'augmentation de dommage provoquée par son fait. Le financement et la viabilité économique de tels fonds restent, toutefois, à examiner.

En conclusion sur cette question difficile engendrée par le caractère probabiliste des causalités naturelles, je dirai que la responsabilité doit être admise lorsque les circonstances de l'espèce laissent penser que l'on se trouve dans un cas manifestement concerné par la loi causale (cas Gourlain). En revanche, si le doute est trop grand, seule une indemnisation pour perte de chance paraît envisageable.

⁴ Cass. 2^e civ. 20 novembre 2003, D. 2004 somm. comm. p. 1346 obs. D. Mazeaud.

⁵ R. Delgado, « *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs* », 70, *California Law Review*, 881 (1982). A noter qu'il ne s'agit pas, à ce jour, d'une solution massivement appliquée par les tribunaux américains, contrairement à la jurisprudence relative aux parts de marché.

II La causalité d'un fait humain

Dans la responsabilité civile, la causalité ne permet pas seulement d'expliquer des faits matériels mais aussi des comportements humains. On se demande comment aurait agi telle ou telle personne en l'absence du fait du défendeur. Paradoxalement, le caractère seulement probable des jugements de causalité formulés est davantage reconnu par le droit positif qu'en matière de faits matériels, au travers de l'indemnisation pour perte de chance. Deux types de relations causales peuvent être distingués : d'un côté, le lien causal se traduit par la fourniture d'une raison d'agir ; d'un autre côté, par la fourniture d'une opportunité d'agir.

1) La raison d'agir

- **Information erronée ou omise.** Un cas courant est celui de l'obligation d'information médicale. On admet fréquemment ici de raisonner en termes de probabilités en estimant, par exemple, que Mme X avait x% de chances de refuser ou accepter une opération médicale risquée. Les éléments permettant au juge de fixer la probabilité relèvent à la fois d'un raisonnement *in abstracto* (prise en compte de ce qu'aurait fait une personne normalement raisonnable, ou d'éventuelles statistiques disponibles) et d'une analyse *in concreto* (circonstances particulières à la victime). En matière médicale, on remarquera que le contentieux de cette obligation d'information devrait s'amenuiser compte-tenu de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Restent les autres obligations d'information : celle de la caution par exemple, qui prétend que si elle avait été dûment informée de la situation financière de l'emprunteur, elle ne se serait pas engagée, ou celle des producteurs qui n'avertissent pas suffisamment le public des risques de leur produit.

- **Cause déclenchante d'un acte humain.** Un événement donné peut constituer la cause déclenchante d'un comportement humain. Les tribunaux français l'admettent sans difficulté. Une décision de la CAA de Paris⁶ a, par exemple, rattaché la décision de concevoir un enfant à un diagnostic erroné. De même, un arrêt récent a estimé qu'on pouvait rattacher une rupture sentimentale à un accident de voiture⁷. Un contentieux traditionnel et récurrent est relatif aux causes du suicide : dans ces hypothèses, la jurisprudence admet parfois de rattacher un suicide à un événement précis. Par exemple, on a pu estimer que le suicide d'un homme trois semaines après la mort de sa femme dans un accident lui était causalement relié⁸. En

⁶ CAA Paris, 24 juin 2003, D. 2004, jur. p. 9, p. 83, note A. Sériaux.

⁷ CA Lyon 24 septembre 2004, RCA 2004 comm. n°19 p. 21 obs. Ch. Radé.

⁸ Cass. crim. 24 novembre 1965, D. 1966 jur. p. 104.

revanche, on a exclu tout lien causal dans le cas d'un homme qui s'est suicidé lors de la réception d'un avis d'interdiction bancaire envoyé par erreur par la banque⁹.

2) Fourniture d'une opportunité d'agir

Le raisonnement probabiliste est plus directement palpable en cas de fourniture d'une opportunité d'agir. Souvent, on estime que l'acte dommageable a rompu le lien causal comme en matière de vol de voiture. Mais l'installateur d'un système d'alarme défectueux peut, par exemple, se voir condamné pour la perte d'une chance d'éviter le cambriolage qui a eu lieu¹⁰.

La plupart des questions évoquées montrent l'importance du raisonnement probabiliste dans la qualification du lien de causalité. Loin d'opérer un détournement des concepts de la responsabilité, le recours à la perte d'une chance permet de ménager les intérêts de la victime et du défendeur dans tous les cas où la causalité ne peut être certaine. Son emploi ne nous paraît en rien critiquable.

Lorsque, au XVIII^e siècle, Hume réfléchissait à la causalité, il notait l'importance des probabilités dans l'appréhension des causes. Mais ce caractère probabiliste de la causalité n'était, pour lui, que la marque de l'ignorance des hommes. Les sciences contemporaines montrent chaque jour que les processus aléatoires relèvent de la structure même du réel. Le droit doit, selon nous, davantage en tenir compte : à cet égard, l'exigence de causalité « certaine » doit pouvoir être assouplie.

⁹ Cass. com. 4 décembre 2001 Bull. civ. IV n°194.

¹⁰ Cass. 1^{re} civ. 6 octobre 1998, Bull. civ. I n°276.