

Quelques considérations à propos de la perte d'une chance et de la causalité

DOMMAGE
CORPOREL

« Mal nommer les choses ajoute aux malheurs du monde »
D'après Albert Camus¹

La question de la perte d'une chance soumet la logique juridique à de fortes turbulences. De confusion en confusion, de la perte d'une chance à la responsabilité proportionnelle, le raisonnement le plus souvent proposé aboutit à un paradigme calculatoire générant un décalage factice dans une situation particulière. Comment y remédier ?

I. Perte d'une chance et causalité : le défi de la rigueur

1. La perte d'une chance² est un concept très controversé en ce moment³.

A. La chance et le risque : deux notions à ne pas confondre

2. La chance est à distinguer du risque.

La chance est la probabilité d'un événement favorable.

Le risque est un danger potentiel auquel on est exposé. Il est constitué par la probabilité d'un événement défavorable⁴.

« Lorsqu'une personne perd une chance par la faute d'un autre, cela signifie qu'elle avait, avant l'intervention fautive, une chance objective qui est désormais perdue. Lorsqu'en revanche, un individu est exposé à un risque par la faute d'un autre, il ne disposait d'aucune chance précise, c'est-à-dire d'aucune probabilité quantifiable, d'obtenir un gain »⁵.

Le dictionnaire Larousse définit le mot « perte » comme « le fait d'être privé de quelque chose qu'on possédait », « le fait de disparaître ou d'être détruit ». L'un des synonymes du mot « perte » est « anéantissement ». Le professeur Fagnart écrit « toute perte est un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil »⁶. La perte d'une chance est dès lors un dommage ayant un objet incertain⁷.

La création d'un risque est une faute. Le risque n'est qu'un dommage potentiel qui ne deviendra peut-être jamais à la réalité. Toutefois, si le risque se réalise, le dommage sera entier⁸. « Lorsqu'une personne expose fautivement une autre à un risque ou lui tait fautivement l'existence d'un risque, elle doit réparer intégralement le dommage subi, mais uniquement en cas de réalisation du risque. En effet, si le risque ne se réalise pas, c'est qu'il n'y a pas de dommage et aucune réparation n'est donc due »⁹.

Prenons l'exemple d'un patient devant bénéficier d'une transfusion. Le médecin traitant, après vérification du groupe sanguin, prescrit le nombre d'unités de sang devant être transfusées. L'infirmière remplit le bon de commande et l'adresse au laboratoire. Le laborantin reçoit la commande à un moment d'intense activité. Tout en discutant avec ses collègues, il se dirige vers le lieu de stockage, saisit les unités de sang demandées. Il envoie le sang dans le service de soins où séjourne le patient devant bénéficier de la transfusion. Les poches de sang sont stockées au frigo. L'infirmier chargé de la transfusion prépare son « chariot » et se dirige vers la chambre du patient. Au moment où il branche l'unité de sang, il prend conscience que le sang n'est pas compatible avec le groupe sanguin du patient. Il reprend la poche de sang et repasse commande...

Y a-t-il eu une erreur de transcription de l'ordre médical ? Cet ordre était-il lisible ? Le laborantin surchargé a-t-il interverti deux commandes ou y a-t-il eu un échange de poches de sang au moment du dispatching dans les unités ? Sans autres précisions, nous pouvons constater que, dans cette chaîne humaine (médecin, infirmier, laborantin, dispatching...), un moment d'inattention, d'imprudence ou de négligence a surpris l'un ou plusieurs des intervenants, exposant le patient à un risque (le danger potentiel d'un choc transfusionnel). Ces incidents sont restés sans conséquences dommageables puisque le dernier intervenant a décelé l'incompatibilité précitée et a interrompu *in extremis* le processus morbide. Pas de dommage, pas de réparation et pas de responsabilité juridique.

B. La conception restrictive de la perte d'une chance

3. La théorie de la perte d'une chance permet la réparation du dommage qui consiste dans la perte certaine d'un avantage probable¹⁰. Il y a lieu de distinguer « hypothèse » et « chance ». Seule constitue une perte de chance réparable

- 1 Cette citation est attribuée à Albert Camus. Même si je considère que cette phrase illustre bien mon propos, le lecteur averti sait que celle-ci n'est pas (exactement) de la plume de cet auteur. Dans un essai de 1944, paru dans *Poésie 44*, Albert Camus écrivait : « Mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde » (A. CAMUS, « Sur une philosophie de l'expression », *Poésie 44*, Paris, Gallimard, 1944, n°17, p. 22).
- 2 À propos de la perte d'une chance, voy. Q. ALALUF *et al.*, « Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil. Commentaires », disponible sur www.droitbelge.be, 2018, pp. 47-51; P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur », in *Droit médical & dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 211 et s.; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, pp. 489 et s.; I. BOONE, « Het 'verlies van een kans' bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, pp. 94 et s.; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in *Droit des obligations. Développements récents et pistes nouvelles*, Limal, Anthemis, 2007, pp. 37 et s.; N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales ? », *J.T.*, 2005, p. 359; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echter-nach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *R.C.J.B.*, 2013, pp. 605 et s.; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *La réparation du dommage. Questions particulières*, Limal, Anthemis, 2006, pp. 73 et s.; D. PHILIPPE, « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », *R.D.C.*, 2013, p. 1004; A. PUTZ et E. MONTERO, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire ? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1089; A. PUTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable ! », note sous Cass. (1^{re} ch.), 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 31; I. DURANT, « À propos de ce lien qui unit la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité. Morceaux*

choisis, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 34 ; B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, p. 750 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 124.

- 3 Voy. à ce propos, dans sa version du 22 août 2018 : Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, disponible sur www.justice.belgium.be/fr/bwcc, p. 8.
- 4 À propos de la perte de la chance d'éviter un préjudice, voy. e.a. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 147, n°292 et pp. 151-157. Présenter risque et chance comme les deux facettes d'une idée unique procède d'un raisonnement erroné. La perte d'une chance d'un événement favorable est un dommage alors que la création d'un risque est une faute. Ainsi, lorsqu'un chirurgien présentant les effets d'une prise excessive d'alcool opère, il met en danger, sans nécessité, son patient.
- 5 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2 : *Responsabilité civile et quasi-contracts*, Paris, Les PUF, 2007, p. 120 ; voy. aussi R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.*, 1970, p. 124.
- 6 J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu de la jurisprudence belge », in *Leçons du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 314.
- 7 J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, pp. 73 et s.
- 8 J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. dr. santé*, 2008-09, liv. 2, pp. 122-127.
- 9 M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 120.
- 10 Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298 ; Cass. fr., 9 octobre 1975, *Gaz. Pal.*, 1976, I, 4 ; Cass. fr., 4 décembre 1996, *Bull. crim.*, 1996, n°445. La Cour de cassation de France y définit la perte d'une chance en ces termes : « l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet de l'infraction, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine ».
- 11 J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 148 ; D. PHILIPPE, « Perte d'une chance et détermination du dommage », *DAOR*, 2014, liv. 111, p. 64 ; P. JOURDAIN, « La perte d'une chance en droit Français », in *Le préjudice : entre tradition et modernité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 113 ; Cass. (3^e ch.), 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 831 ; Bruxelles (2^e ch.), 25 mai 2000, *J.T.*, 2001, p. 925.
- 12 R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, vol. 2 : *Le lien de causalité ; le dommage et sa réparation*, 2^e éd., Bruxelles,

la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable¹¹.

La perte d'une chance est un dommage autonome : il doit se distinguer du dommage réellement subi. Une chance réelle existait et elle a été perdue.

L'indemnisation de la perte d'une chance correspond à la valeur économique de la chance perdue. Elle ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée¹². Ainsi, lorsque la faute a fait obstacle à un prérequis indispensable à l'avantage espéré, la réparation doit être proportionnelle¹³ : « le dommage est généralement fixé à un pourcentage du préjudice finalement subi auquel la chance perdue se rapporte, pourcentage qui se rapporte à la quantité de chance perdue. Toutefois, il est souvent procédé à une évaluation *ex æquo et bono* »¹⁴.

Il en est ainsi du cheval n'ayant pu prendre part à la course suite à un retard imputable au transporteur du justiciable privé, par la faute de l'huissier, ou encore suite à la possibilité d'intenter une action judiciaire...

4. Toutefois, l'équation selon laquelle l'obstacle à un prérequis indispensable à l'obtention de l'avantage espéré conduit nécessairement à une réparation proportionnelle est fautive : il importe en effet d'analyser attentivement les circonstances de la cause avant de qualifier hâtivement le dommage subi d'une perte de chance.

5. Rappelons-nous les faits soumis à la Cour d'appel de Limoges à la fin du XIX^e siècle. Une compagnie de chemin de fer devait transporter un cheval en vue d'une participation à une course. Le cheval était arrivé en retard et ce retard était imputable à la compagnie de chemin de fer.

Dans un célèbre arrêt du 24 mars 1896¹⁵, la même cour a cependant considéré que quelque prix qu'eût remporté ce cheval précédemment, il n'y avait pas de certitude quant à sa victoire dans la course en question. Le raisonnement ainsi tenu par la Cour de Limoges était sans doute justifié par les performances du cheval qui fut privé de ladite course.

6. Mais si ce cheval avait été Éclipse, cheval de course imbattable, ce raisonnement eut été inexact. En effet, Éclipse a commencé sa carrière à l'âge de 5 ans, le 3 mai 1769, à Epsom Downs. Il n'a jamais connu la défaite. Ainsi, il remporta ses dix-huit courses en écrasant la concurrence. Il était à ce point performant qu'il fut contraint de prendre sa retraite en 1771, faute de concurrents, plus personne n'osant l'affronter.

Ainsi, si Éclipse n'avait pu, à la suite de la faute d'un transporteur, prendre part à sa dix-huitième course, il n'aurait pas (seulement) perdu une chance de gagner la course : la faute du transporteur l'aurait empêché de gagner la course. En l'absence de toute incertitude quant à l'impact de la faute du transporteur dans la réalisation du dommage¹⁶, le préjudice subi doit être intégralement réparé et ne peut pas être assimilé à la perte d'une chance.

7. Plus récemment, un curateur de la faillite d'une entreprise procéda au recouvrement de factures impayées. Le maître d'ouvrage ainsi poursuivi invoqua diverses malfaçons et fit appel à un avocat. Ce dernier omit assez fâcheusement de déposer des conclusions et ensuite une requête d'appel. Le maître d'ouvrage condamné engagea une action en responsabilité à l'encontre de son ancien conseil.

Dans un arrêt du 20 novembre 2017, la Cour d'appel de Liège considéra qu'il résultait de l'ensemble des éléments lui étant soumis que le maître d'ouvrage « démonstr[ait] à suffisance que sans les fautes de maître X, un dommage du chef de malfaçons lui aurait été nécessairement reconnu par le tribunal saisi par le curateur d'une demande principale en paiement de factures ou par la cour, en cas d'appel »¹⁷. La cour procéda à l'évaluation du dommage ainsi circonscrit.

C. La conception extensive de la théorie de la perte d'une chance et la responsabilité proportionnelle : les deux facettes d'une même erreur de raisonnement

8. Selon la conception extensive de la théorie de la perte d'une chance, « la victime pourrait obtenir une indemnisation alors qu'elle subit un dommage résultant d'un risque qui s'est déjà produit mais auquel elle aurait eu une chance d'échapper si la faute n'avait pas été commise »¹⁸. Le responsable est celui qui a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter.

Aussi, autrement exprimé, la victime est, par application de cette conception extensive, indemnisée de la perte d'une chance d'éviter un dommage ou d'échapper à un mal qui s'est produit. Ainsi, « la perte d'une chance réelle de guérison ou de survie est prise en considération pour l'indemnisation si la faute est la condition *sine qua non* de la perte de cette chance »¹⁹. Cette conception extensive rejette la distinction

qui « est opérée par une partie de la doctrine entre les cas où le dommage final s'est produit et ceux où il ne s'est pas produit »²⁰, même si cette perte de chance n'est indemnisable que si le dommage final s'est produit²¹.

9. Une telle conception extensive de la théorie de la perte d'une chance *aurait* trouvé un accueil favorable auprès des auteurs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil.

Ainsi, l'article 5.168 de cet avant-projet de loi est libellé comme suit : « Si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la partie lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait »²².

L'exposé des motifs précise ceci : « La théorie de la perte de chance qui vise à résoudre certains cas d'incertitude causale mais qui a suscité beaucoup de critiques en raison de son caractère artificiel est remplacée par une causalité proportionnelle, ce qui ne change rien à ses conséquences. Il paraît en effet à la fois plus clair et plus réaliste de consacrer par voie directe la possibilité pour la victime d'obtenir réparation du dommage en proportion de la probabilité que la faute ou le fait générateur de responsabilité soit la cause du dommage, sans passer par la création d'un préjudice spécifique et artificiel »²³.

De cet extrait, nous pouvons déduire que les auteurs de l'avant-projet de loi, emboîtant le pas aux partisans de cette conception extensive de la perte d'une chance, cherchent à pallier l'écueil du raisonnement trop fréquemment rencontré lors de l'analyse de la relation causale. Ils tentent d'asseoir la causalité proportionnelle et, consécutivement, la responsabilité proportionnelle.

La thèse de la responsabilité proportionnelle définit la responsabilité comme étant proportionnelle à la probabilité qu'une faute déterminée ait causé le dommage²⁴ et aurait pour conséquence la répartition de la charge du dommage « entre les auteurs potentiels et la personne lésée »²⁵.

La responsabilité proportionnelle ainsi prônée apparaît comme un paradigme calculatoire générant un décalage factice dans une situation particulière qui, pourtant, s'est extraite de toute probabilité. Cette voie n'est donc pas à suivre. Nous nous en expliquons.

10. Comme précisé ci-dessus, la probabilité d'un événement défavorable s'appelle un risque.

La création d'un risque n'est pas à confondre avec la perte d'une chance. La faute consiste à avoir exposé la victime à un risque de réalisation du dommage.

Si le risque auquel l'auteur de la faute a exposé la victime potentielle s'est réalisé, il est justifié d'attribuer à l'auteur le dommage subi²⁶. Lorsque la création d'un risque est établie, la responsabilité de l'auteur de ce risque est à analyser au regard du triptyque classique de la responsabilité : la faute, le dommage et le lien de causalité. C'est dès lors le dommage réellement subi qui doit être réparé²⁷.

11. Prenons un exemple. Une dame âgée de 85 ans vit seule. Comme cela lui arrive régulièrement, elle se lève au cours de la nuit et se rend dans la cuisine pour grignoter un biscuit et boire un peu d'eau. Quelques heures plus tard, elle « se réveille », face contre le sol carrelé de sa cuisine. Elle ressent des douleurs au niveau de la nuque. Se redressant tant bien que mal, elle parvient à appeler une ambulance. Arrivée aux urgences, elle raconte son « réveil » et précise souffrir notamment d'arthrose et de deux hernies discales. Un médecin l'examine ne relevant ni déficit, ni paralysie, ni trouble cognitif, ni température. La patiente présente une douleur plus vive lors de la palpation de la colonne cervicale.

Confrontée à une patiente âgée présentant des douleurs cervicales localisées au niveau de la nuque, sans autres signes cliniques, le médecin doit établir un diagnostic différentiel. Établir un diagnostic différentiel est une démarche méthodologique permettant de différencier une affection d'autres pathologies qui présentent des symptômes identiques, proches ou similaires. Autrement dit, pour pouvoir apporter le traitement adéquat à sa patiente, le médecin doit identifier la cause de ce symptôme (douleurs cervicales).

Les pathologies susceptibles d'expliquer des cervicalgies chez une personne âgée sont diverses et variées. Citons, entre autres, l'arthrose, une hernie discale, une spondylodiscite, un tassement (lié par exemple à l'ostéoporose), une myélopathie cervicarthrosique, une polyarthrite, une meningoradiculite infectieuse, une métastase tumorale, un myélome, un traumatisme, une entorse cervicale...

En se fondant sur les données de la science médicale, un classement probabiliste peut même être établi. La probabilité²⁸ de générer des cervicalgies chez nos aînés est d'au moins 70 % pour les pathologies dégénératives (dégénérescence discale, arthrose), de 5 % pour les

Larcier, 1964, n°2481 ; P.A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », in *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 27 ; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echter-nach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 622 ; Cass. (1^{re} ch.), 17 décembre 2009, *N.J.W.*, 2010, p. 660, note I. BOONE ; *R.G.A.R.*, 2010, n°14.633 ; *T.B.H.*, 2010, p. 278 ; Cass. (3^e ch.), 23 septembre 2013, *R.G.* n°C.13.0214.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass. (1^{re} ch.), 15 mai 2015, *Arr. Cass.*, 2015, n°311.

- 13 Voy. B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, n°6273, p. 489, n°s 9 et s. et les références citées.
- 14 Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, disponible sur www.justice.belgium.be/fr/bwcc, p. 166.
- 15 Limoges, 24 mars 1896, *D.*, 1898, II, p. 259.
- 16 La preuve du lien de causalité requiert un haut degré de probabilité qui ne laisse plus aucun doute sérieux.
- 17 Liège (3^e ch.), 20 novembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15493.
- 18 P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur », *op. cit.*, p. 220.
- 19 Voy. notamment Cass. (3^e ch.), 15 mars 2010, *N.J.W.*, 2010, p. 660, note I. BOONE.
- 20 Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, disponible sur www.justice.belgium.be/fr/bwcc, p. 118 ; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, p. 489, note 69 ; S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-07, p. 268, n°23 ; M. QUICKENBORNE, « Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade », *Recht & Praktijk*, Malines, Kluwer, 2007, p. 82.
- 21 Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, p. 122.
- 22 Voy. à propos de cet article 5.168 de l'avant-projet de loi, la remarquable étude de Quentin Alaluf in Q. ALALUF *et al.*, « Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil. Commentaires », *op. cit.*, pp. 47-51.

- 23 Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, p. 8.
- 24 Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil, *ibid.*, p. 113.
- 25 *ibid.*
- 26 I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, p. 77, n°57 ; Cass. fr., 16 juin 1998, *Bull.*, 1998, n°216, p. 149 : « le risque fut-il certain ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance (...) le préjudice en résultant étant purement éventuel ».
- 27 Cass. (1^{re} ch.), 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170 ; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu de la jurisprudence belge », *op. cit.*, p. 323 ; G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *J.L.M.B.*, 2009, p. 1168.
- 28 La probabilité est la fréquence d'un événement par rapport à l'ensemble des cas possibles.
- 29 J. MORISOD et M. COUTAZ, « Chutes de la personne âgée : penser aux fractures cervicales ! », *Rev. méd. suisse*, 2009, vol. 5, pp. 2195-2199 ; voy. aussi INSERM, « Chutes et traumatismes chez la personne âgée », *Ostéoporose - Prévention et traitement*, disponible sur www.ipubli.inserm.fr.
- 30 Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 5 : « Le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite. » (nous soulignons).
- 31 J. MORISOD et M. COUTAZ, « Chutes de la personne âgée : penser aux fractures cervicales ! », *op. cit.*, pp. 2195-2199 ; INSERM, « Chutes et traumatismes chez la personne âgée », *op. cit.*
- 32 M.D. RYAN et J.J. HENDERSON, « The epidemiology of fractures and fracture-dislocations of the cervical spine », *Injury*, 1992, 23, pp. 38-40.
- 33 Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass. (ch. réun.), 1^{er} avril 2004, disponible sur justice.belgium.be.
- 34 *ibid.*
- 35 Av. gén. D. VANDERMEERSCH, concl. préc. Cass. (2^e ch.), 29 octobre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n°15.813.
- 36 *ibid.*
- 37 Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil, *op. cit.*, pp. 112 et 120.

fractures liées à une chute²⁹ et de 25 % pour les autres pathologies.

Imaginons deux hypothèses.

Hypothèse n°1 : prenant en considération les probabilités précisées ci-dessus, le médecin pose, sans autre investigation, le diagnostic de cervicalgies banales sur arthrose, pathologie dont la patiente souffre par ailleurs. La patiente, munie d'une prescription d'antalgiques et de kinésithérapie, est invitée à regagner son domicile.

Hypothèse n°2 : prenant en considération que ces cervicalgies surviennent manifestement à la suite d'une chute (patiente s'étant réveillée allongée sur le sol de sa cuisine), le médecin réalise un bilan radiologique révélant une double fracture cervicale (C1 et C2). Le traitement de telles fractures est le plus souvent médical comprenant une immobilisation prolongée par le port d'une minerve rigide afin d'éviter toute complication (comme le déplacement d'un fragment osseux) et toute consolidation vicieuse. Toute manipulation de la colonne cervicale est proscrite.

Le médecin ayant assuré la prise en charge de cette dame diagnostiqua des douleurs liées à l'arthrose cervicale. Quelques mois plus tard, cette dame ne pouvait plus tenir sa tête droite et souffrait toujours d'importantes douleurs cervicales. Un bilan radiologique pratiqué à ce moment mit en évidence des séquelles d'un traumatisme cervical, à savoir les signes de fractures au niveau des vertèbres C1 et C2, présentant une consolidation vicieuse.

Dans la situation présentée par cette dame, la conception extensive de la perte d'une chance nous explique que le risque de manquer le diagnostic de cervicalgies liées à la fracture de vertèbres cervicales et, partant, d'exposer la patiente à des complications liées au traumatisme des vertèbres cervicales était de 5 % et que, dès lors, la chance perdue d'éviter de telles complications est de 5 %.

Dès lors, la « responsabilité proportionnelle » ou la « causalité proportionnelle » des différentes pathologies dans la survenance de cervicalgies chez une personne âgée est un paradigme calculatoire qui est en décalage avec la situation particulière – *la seule pertinente* – de cette personne nécessitant une prise en charge médicale adaptée. Une telle prise en charge médicale, adaptée aux besoins du patient³⁰, explique le rôle essentiel tenu par le diagnostic différentiel dans toute démarche médicale.

Dans notre exemple, au-delà des données statistiques, la littérature médicale précise aussi

qu'il y a lieu de rechercher une fracture cervicale avec assiduité chez toute personne âgée se plaignant de douleurs cervicales après une chute^{31,32}, même si l'arthrose cervicale peut expliquer les douleurs ressenties.

« La faute médicale créant un danger évident pour la santé et la sécurité du patient, si ce danger se réalise, dès lors qu'il est dans l'ordre des choses qu'une déficience dans les soins administrés fasse obstacle à la guérison ou même provoque une aggravation de la maladie, le lien de causalité doit être déclaré certain. Cela signifie que la déficience dans les soins administrés (la faute) doit être une condition *sine qua non* soit de l'absence de guérison soit de l'aggravation du dommage »³³.

Ainsi, les complications présentées par cette dame (telles que la consolidation vicieuse entraînant l'antéflexion de la colonne cervicale et, dès lors, un visage en permanence rivé vers le sol ainsi que les douleurs liées entre autres à cette position vicieuse) et faisant suite à l'absence d'une thérapeutique adéquate, sont imputables à l'absence d'investigation et au mauvais diagnostic posé par l'urgentiste.

Retenons dès lors que notre analyse doit nécessairement porter sur l'aptitude qu'avait l'acte médical fautivement omis de prévenir le dommage réalisé³⁴. L'avocat général Vandermeersch a rappelé à bon escient que « sous peine de rabaisser la médecine à une science dont l'efficacité serait hypothétique et aléatoire, il y a lieu de considérer que l'application à un patient d'un traitement dont les effets salvateurs sont unanimement reconnus, sans pour autant que le succès puisse être garanti à 100 %, ne constitue pas une chance supplémentaire offerte à ce patient pour échapper aux conséquences de sa maladie mais bien un moyen indispensable pour contrer les effets néfastes de celle-ci »³⁵.

« Pour constater l'existence d'un lien de causalité entre la faute établie et le dommage, il revient au juge de vérifier *in concreto* si l'administration du traitement avait des chances suffisantes de succès. Il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage lorsque l'abstention coupable de ne pas administrer, en temps utile, un traitement adéquat dont l'efficacité est reconnue apparaît comme un élément déterminant dans le développement du processus morbide, dès lors que ce traitement pouvait le contrer »³⁶.

12. Au-delà de la méprise quant à la portée des concepts de chance et de risque, la théorie de la responsabilité proportionnelle – décrite comme une méthode de répartition de la charge de la dette³⁷ – est bâtie sur la confusion entre la

contribution à la survenance du dommage (la causalité), l'obligation de le réparer (l'obligation à la dette) et la contribution à la réparation du dommage (la contribution à la dette)³⁸.

« Le rapport de cause à effet entre deux évènements est une relation telle que, sans le premier évènement, le second ne se serait pas produit »³⁹. Malgré quelques tendances doctrinales à préconiser d'autres manières d'appréhender la causalité⁴⁰, la Cour de cassation « s'entient fermement à la théorie de l'équivalence des conditions »^{41 42}. Est dès lors une cause du dommage chaque circonstance sans laquelle le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit⁴³. Nous évoquons ainsi la causalité ou la contribution à la survenance du dommage.

Le lien de causalité entre la faute et le dommage ne peut être exclu que si le juge constate que le dommage, tel qu'il s'est produit concrètement, serait survenu de la même manière sans cette faute. Il ne peut être déduit de la seule circonstance que la faute s'est ensuite suivie de la faute d'une autre partie, qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la première faute et le dommage.

Prenons l'exemple d'une contamination transfusionnelle par le virus du sida consécutive à un accident de la circulation. La contamination ne se serait pas produite sans cet accident, de sorte qu'elle doit être considérée comme une conséquence de celui-ci⁴⁴.

Envisageons maintenant l'obligation à la dette. Si, parmi les différentes conditions nécessaires à la survenance du dommage, plusieurs d'entre elles sont de nature à engager la responsabilité de leurs auteurs, chacun pourra être tenu d'indemniser la victime pour l'intégralité de son dommage. Ainsi, la victime de l'accident de la circulation qui est contaminée par le virus du sida par suite de transfusions sanguines effectuées à l'hôpital peut exiger des dommages-intérêts, pour cette contamination, du responsable de l'accident et de son assureur automobile.

La charge de l'indemnisation due à la victime pourra être répartie entre les coobligés (dans notre exemple : l'automobiliste, l'hôpital, le centre de transfusion...) en proportion probabiliste de la prépondérance causale de leurs faits respectifs. C'est dès lors à ce stade de la contribution à la dette des différents auteurs et *uniquement à celui-ci* que l'on est autorisé à aborder la responsabilité proportionnelle répondant à la contribution à la dette.

La responsabilité proportionnelle au stade de l'obligation à la dette est une fausse équation⁴⁵.

II. La causalité différentielle et l'ancrage causal

13. Le droit de la responsabilité n'est pas un droit des probabilités.

À l'instar du diagnostic différentiel caractérisant la démarche médicale, la « causalité différentielle » est au juge saisi *in rem* une méthode lui permettant, dans un contexte factuel particulier – le seul pertinent –, de différencier la(les) cause(s) intervenue(s) dans la situation examinée des autres conditions de nature à générer un dommage identique, proche ou semblable mais néanmoins non déterminant sur la situation examinée.

Recourant à la méthode de la causalité différentielle, le juge procède à l'ancrage causal du litige qui lui est soumis. Par « ancrage causal », j'entends l'accès à un contexte pertinent permettant de connecter les événements litigieux par une analyse *in concreto* dans laquelle il importe d'éliminer l'usage probabiliste abusif.

« Le raisonnement sera toujours juste quand il s'exercera sur des notions exactes et des faits précis ; mais il ne pourra conduire qu'à l'erreur toutes les fois que les notions ou les faits sur lesquels il s'appuie seront primitivement entachés d'erreur ou d'inexactitude »⁴⁶.

Isabelle LUTTE
Avocate
Cabinet Thelius

- 38 À propos de cette confusion, voy. I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime : vraie question ou faux débat ? », in *Droit médical & dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 204-205.
- 39 H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *La responsabilité civile*, Berne, Staempfli, 1982, p. 54, n°7.
- 40 I. DURANT, *op. cit.*, p. 37 ; D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 1004 ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 489.
- 41 Cette expression est empruntée au professeur P. VAN OMMESLAGHE (« Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur », *op. cit.*, p. 217).
- 42 Voy. notamment Cass. (3^e ch.), 8 janvier 2018, R.G. n°C.17.0075.F, disponible sur www.juridat.be ; Cass. (1^{re} ch.), 14 décembre 2006, *Arr. Cass.*, 2006, liv. 12, p. 2605, concl. Av. gén. J.-M. GENICOT ; *Pas.*, 2006, liv. 12, p. 2667, concl. Av. gén. J.-M. GENICOT ; Cass. (1^{re} ch.), 29 octobre 2014, *Arr. Cass.*, 2014, liv. 10, p. 2374 ; *Pas.* 2014, liv. 10, p. 2364, concl. D. VANDERSMEERSCH ; *R.G.A.R.*, 2015, liv. 5, n°15183 ; Cass. (1^{re} ch.), 7 mars 2013, R.G. n°C.10.0741.F, *Arr. Cass.*, 2013, liv. 3, p. 598 ; *Pas.*, 2013, liv. 3, p. 565 ; *R.G.A.R.*, 2013, liv. 8, n°15008 ; *R.W.*, 2014-15, liv. 2, p. 60 ; F. GLANSDORFF, « Troubles de voisinage et responsabilité civile : faut-il tenir compte de la réceptivité anormale de l'immeuble endommagé ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 15 novembre 2013, *R.C.J.B.*, 2016, n°1, pp. 5-27 ; Cass. (1^{re} ch.), 12 janvier 2007, *Arr. Cass.*, 2007, liv. 1, p. 60 ; *N.J.W.*, 2007, liv. 171, p. 845, note G. JOCCQUE ; *Pas.*, 2007, liv. 1, p. 62 ; *Entr. et dr.*, 2007, liv. 2, p. 172 ; *R.D.C.*, 2007, liv. 8, p. 786, note C. VAN SCHOUWBROECK ; *T.B.O.*, 2007, liv. 4, p. 143 ; Cass. (2^e ch.), 21 septembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, p. 61 ; *Bull.*, 1984, p. 63 ; *Pas.*, 1984, I, p. 63.
- 43 Cass. (2^e ch.), 4 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201 ; Cass. (ch. réun.), 1^{er} avril 2014, *J.T.*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE ; Cass. (1^{re} ch.), 31 mai 2013, R.G. n°C.12.0399.N, disponible sur www.juridat.be.
- 44 Voy. en ce sens : Gand, 24 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 57, note J. TER HEERDT ; R.O. DALCO, note sous Cass. (2^e ch.), 4 mai 1994, *R.G.A.R.*, n° 12671 : « Nous pensons que le lien de causalité entre la faute de l'automobiliste et les complications que la victime connaît dans le traitement qui est rendu nécessaire par l'accident, est suffisamment certain pour qu'une action en réparation de tout le dommage soit fondée contre l'automobiliste responsable de l'accident ».
- 45 Voy. à ce propos : Cass., 17 décembre 2018, C.18.0137.N/1, disponible sur www.juridat.be.
- 46 Cl. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 2^e éd., Paris, Flammarion, 1993.