

Le préjudice réparable : la perte de chance

Alain BÉRY*

8 rue Théodule Ribot, 75017 Paris, France

MOTS CLÉS :

Perte de chance /
Préjudice

KEYWORDS:

Loss of chance /
Damages

RÉSUMÉ – La chance est la probabilité que quelque chose se produise et, en ce sens, la perte de chance** peut se définir comme le préjudice résultant de la disparition de la probabilité d'un événement favorable (*a contrario*, la non-réalisation du risque***). C'est un préjudice autonome, qu'il convient de distinguer du préjudice final. Le préjudice moral est une notion très proche de la perte de chance bien que reposant sur l'indemnisation d'un préjudice final d'affection.

ABSTRACT – *Reversible damages: loss of chance.* Chance is the probability that a particular event may or may not occur and, in this sense, a loss of chance** can be defined as the missed opportunities resulting from the loss of the possibility that a favorable event will occur (*a contrario*, the failure to take risks)***. This is a self-imposed liability that should be distinguished from the final damage. Moral damage is a notion that is very close to loss of chance although it is based on indemnification from the final damage of an affliction or malady.

La perte de chance de guérison ou de survie

C'est une évidence que la responsabilité¹ ne peut être retenue que si le dommage dont on demande réparation a été causé de manière certaine par le fait dommageable invoqué². Cependant, l'utilisation, par la jurisprudence, de la notion de perte de chances de guérison ou de survie conduit à tempérer cette affirmation.

* Auteur pour correspondance : alain.bery@wanadoo.fr

** <http://www.jurisques.com/sante.htm>. Mise à jour le 1er juin 2002.

*** <http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/FSNSM/information/fond-jur2.html>.

¹ <http://www.conseil-national.medecin.fr/CNOM/GuideEP>.

² C. cass. Ch. crim., 7 janvier 1980, pourvoi n° 79-92.098 : Les articles 319 et 320 du Code pénal n'exigent pas, pour recevoir application, qu'un lien de causalité directe et immédiate existe entre la faute du prévenu et le décès ou les blessures de la victime. Mais l'existence d'un lien de causalité doit être certaine. Encourt, dès lors, la cassation l'arrêt qui ne constate pas l'existence de ce lien.

Depuis 1965³, en effet, la jurisprudence décide de manière constante que le médecin qui, par sa faute, fait perdre à son patient une chance de survie ou de guérison, engage sa responsabilité ; l'obligation de réparer qui en résulte n'est cependant que partielle par rapport au préjudice final, dans la mesure où on ne prétend pas réparer celui-ci, mais seulement réparer le préjudice constitué par la perte de chance elle-même. En réalité, cette jurisprudence traduit l'hésitation fréquente du juge sur l'existence du lien de causalité. Dans les hypothèses fréquentes où un doute subsiste sur celui-ci (est-ce la faute ou l'évolution propre de la maladie qui est l'origine du dommage ?), mais lorsqu'il apparaît que la faute n'a sans doute pas été sans conséquences sur l'apparition du dommage, le juge déclare que cette faute a fait perdre au patient une chance (de guérison ou de

³ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 14 décembre 1965, pourvoi n° 64-13.851 : Que d'autre part, selon le pourvoi, l'arrêt attaqué ne pouvait sans se contredire, décider que les erreurs commises par le docteur P. avaient eu pour effet de priver l'enfant des chances de guérison... Et attendu qu'ayant à apprécier les chances de guérison dont a été privé le blessé...

survie), et il accorde une réparation partielle du préjudice final en prétendant indemniser cette chance perdue.

La perte de chance et le défaut d'information

Sur un plan strictement juridique, il est constant que pour engager sa responsabilité le dommage allégué par le patient doit être lié au défaut d'information du médecin.

La notion de perte de chance⁴ est créée pour s'affranchir de l'absence de causalité qu'il y avait *a priori* entre un défaut d'information et un préjudice. On considère alors que, à cause du manque d'information, le patient a perdu une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé, de ne pas subir le préjudice, car l'information donnée l'aurait peut-être conduit à renoncer à l'intervention ou au traitement à l'origine du dommage.

Le lien entre l'obligation d'information et le consentement éclairé du patient apparaît encore nettement puisque l'on dit que le défaut d'information cause une perte de chance pour le patient de prendre une décision mieux éclairée (et donc éventuellement différente).

Lorsque l'acte médical était indispensable pour la survie du malade, mais n'a pas donné les résultats escomptés, il n'est pas besoin d'être juriste pour comprendre qu'il n'y a pas eu de préjudice causé par l'absence d'information.

C'est pourquoi, certaines décisions pleines de bon sens ne retiennent la responsabilité du médecin pour défaut d'information que si celui-ci avait eu une « solution alternative » à proposer à son patient⁵.

Le problème est plus délicat si plusieurs traitements pouvaient être proposés, et si un choix avait été laissé au malade⁶.

Mais, même dans ce cas, peut-on légitimement laisser le malade seul juge du traitement qui lui était le plus adapté ?

⁴ <http://www.smlc.asso.fr/smlc/dmla/droitethic/enseignement/triboulet.html>.

⁵ T.G.I. Lyon, 4e Ch., 26 juin 2000, n° R.G. 1998/14942.

⁶ C. appel, Grenoble, Ch. 1, 3 octobre 2000, Juris-Data n° 150040 : Engage sa responsabilité professionnelle pour manquement au devoir d'information, le chirurgien-dentiste spécialisé en implantologie qui n'a pas informé son patient des risques d'échec du traitement choisi et du manque de fiabilité des implants ostéointégrés au maxillaire ; il a fait perdre à son patient le choix d'une prothèse amovible ; il y a lieu à 30000 francs de dommages et intérêts.

C'est pourquoi, après quelques errements, la Cour de cassation admet que le médecin peut limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou un pronostic grave, pour des raisons légitimes et dans l'intérêt du malade, conformément à l'article 42 du Code de déontologie médicale.

Cet intérêt doit être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade^{7,8}.

Le préjudice indemnisable est fonction de la chance qu'aurait eue le patient de refuser l'acte de soin ou d'investigation à l'origine d'un dommage.

La réparation qui sera accordée au patient insuffisamment renseigné sur les risques⁹ présentés par son traitement ou moyen de diagnostic consistera donc, essentiellement, en une perte de chance d'avoir refusé ceux-ci.

Conjuguée parfois avec la théorie de l'insuffisance d'information préalable du patient, la perte de chance peut être simplement un « expédient »

⁷ Cass. Civ. I, 23 mai 2000, pourvoi n° 98-18.513 : Mais attendu, d'abord, que l'article 42 du Code de déontologie médicale issue du décret n° 79-506 du 28 juin 1979, applicable en la cause autorise le médecin à limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou un pronostic grave ; que si une telle limitation doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade, la cour d'appel a, sans dénaturer, procédé à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir omise.

⁸ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 98-23.046 ; F. Chabas. Responsabilité médicale. Sanction du défaut d'information. Droit et patrimoine. Décembre 2000 ; 88 : 73-74 : Le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte. Il est, dès lors, de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient, ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles les investigations ou les soins à risque lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus.

⁹ C. appel, Lyon, Ch 1, 14 février 2002, Juris-Data n° 170709 : Le chirurgien-dentiste, qui a pratiqué une intervention chirurgicale d'extraction de dents de sagesse sous anesthésie générale, sans donner à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques et inconvénients afférents à l'intervention chirurgicale, à savoir, les risques d'hypoesthésie labiale inférieure avec dysesthésie muqueuse, a manqué à son devoir d'information et a privé son patient d'une chance d'échapper à un risque qui s'est finalement réalisé. Il devra en conséquence être condamné à réparer son préjudice par l'allocation d'une somme de 50000 francs à titre de dommages et intérêts.

permettant l'indemnisation en cas de doute sur la causalité ou les éléments du préjudice [10].

Cette perte de chance ne se recoupe donc pas exactement avec le préjudice en droit commun, mais est appréciée souverainement par le juge du fond.

Le défaut d'information prive le patient de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à l'acte médical qui lui est proposé.

Dès lors, le juge doit apprécier le préjudice en fonction des effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou son refus (état de santé du patient, évolution prévisible, personnalité, raison et opportunité du traitement proposé, alternative possible, chance qu'avait le malade de le refuser ou de l'accepter...).

Alors qu'un patient présentait une hérédité et des troubles intestinaux susceptibles de lui faire craindre un cancer du colon, la Cour de cassation¹⁰ approuve une cour d'appel d'avoir estimé que, même s'il avait été informé du risque, il n'aurait refusé ni l'examen endoscopique, ni l'exérèse du polype à l'origine de la perforation.

La perte de chance, le raisonnement juridique

La tendance [9] plus actuelle de la jurisprudence consiste à condamner le médecin à réparer le préjudice en recourant à la théorie de la perte d'une chance [4]. Le raisonnement juridique consiste à affirmer que le défaut d'information a privé le patient d'une chance de refuser l'intervention et donc d'échapper aux lésions corporelles subies. Il est encore décidé que le manquement à l'obligation d'information sur l'état du patient a privé celui-ci d'une chance de solliciter une intervention et donc de mettre un terme à son mal ou son état. La Cour de cassation l'a affirmé car l'abstention fautive, en l'espèce une information suffisante sur les risques finalement réalisés, avait causé à la victime un préjudice en la privant des éléments d'appréciation nécessaires à une décision éclairée¹¹. En effet, par cette faute,

¹⁰ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 98-23.046 ; D.2000, I.R., p. 198, note ; Argus, 11 Août 2000, p. 22 ; Dalloz 2000, I.R. 471, note P. Jourdain : Que c'est par une appréciation souveraine tirée de ces constatations que la cour d'appel a estimé qu'informé du risque de perforation, M. Hédreul n'aurait refusé ni l'examen, ni l'exérèse du polype, de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable.

¹¹ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 17 novembre 1969, pourvoi n° 68-12.225 : Mais attendu que l'arrêt attaqué a justement décidé

le chirurgien avait simplement privé sa patiente d'un élément d'appréciation quant à l'opportunité de se faire opérer. Le seul préjudice était donc seulement la perte d'une chance de renoncer à l'opération qui devait se révéler désastreuse [7]. La Cour de cassation a expressément fait référence à cette théorie et a précisé la nature du préjudice résultant de la perte d'une chance. Dans ce cas, il conviendra pour évaluer ce préjudice spécifique, de mesurer à la fois les chances perdues et la gravité du préjudice final réalisé¹². L'application de la théorie de la perte d'une chance aboutit donc, en fait, à une réparation partielle du préjudice corporel final. Depuis, la théorie de la perte d'une chance a fait l'objet de nombreuses applications jurisprudentielles, tant à propos de l'information avant l'intervention projetée, qu'à propos de l'information sur les résultats de l'intervention ou sur l'état du patient (elle est fréquemment appliquée en obstétrique).

La notion de perte de chance¹³ paraît souvent discutable

Pour certains, elle permet d'indemniser les victimes en l'absence de lien de causalité entre la faute et le dommage subi par le patient, et transforme de ce fait l'obligation du médecin en obligation de résultat ; ainsi serait consacré le principe de l'indemnisation sans faute.

Pour d'autres, le dommage est constitué par la perte de chance elle-même, cette notion ne jouant qu'au niveau de l'indemnisation des conséquences d'une faute préexistante et prouvée.

que si les risques dont il s'agit se réalisent rarement, ils n'en sont pas moins graves et obligent le chirurgien à en prévenir l'intéressé pour que celui-ci soit en mesure de se décider en pleine connaissance de cause ; que cette obligation était d'autant plus impérieuse en l'espèce qu'il ne s'agissait pas de donner des soins à un malade mais de remédier à une légère imperfection physique chez une femme âgée de 66 ans ; Bull. civ. I, n° 347, Gaz. Pal. 1970, I, 49 ; RTDC 1970, 580, obs. G. Durry ; JCP 1970, II, 16507, note R. Savatier.

¹² C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 88-11.675 : Attendu cependant que dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade une chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper, en tout ou en partie, à une infirmité, le dommage qui résulte pour lui de cette perte est fonction de la gravité de son état réel, de sorte que l'étendue du dommage ainsi subi par M. Parisi pouvait se trouver modifiée par l'aggravation de son incapacité, et que sa demande de réparation complémentaire était en conséquence recevable ; Gaz. Pal. 17 juillet 1990, n° 198, p. 1, note F. Chabas ; Bull. civ. I n° 230.

¹³ <http://www.msport.net/text/F/F7/F7001b.htm>.

Dès lors, l'absolue nécessité de la détermination du lien de causalité entre la faute et le dommage perdure.

L'indemnisation du défaut d'information sur le terrain de la perte d'une chance est généralement critiquée par les commentateurs, pour des raisons semble-t-il différentes.

Pour le Professeur J. Penneau, la notion d'une perte d'une chance est étrangère à la responsabilité médicale, car elle introduit une confusion entre l'analyse de la causalité et la réparation du dommage¹⁴.

Pour le Président J. Guigue, c'est l'insuffisance de la réparation obtenue en matière d'une perte d'une chance qui est en question : l'application de ce concept conduirait à une indemnisation minorée, non conforme à l'équité¹⁵.

Pour le Professeur J-F. Barbieri, la notion de perte de chance ne semble pas incompatible avec la responsabilité des médecins [19]. Il apparaît, en particulier, que dans toutes les hypothèses où un choix aurait dû être présenté au patient (au titre de son information obligatoire) entre une intervention et une absence d'intervention, ou entre plusieurs types d'interventions ou d'actes médicaux, le défaut (ou l'insuffisance) d'information le prive indiscutablement de la faculté de choisir, et donc de la chance d'échapper au dommage final.

Le défaut d'information [5] de la part du médecin sur le risque d'infection nosocomiale fait perdre au patient une chance d'éviter les dommages consécutifs à cette infection¹⁶. Pour le Professeur F. Chabas, le défaut d'information ne fait pas perdre au patient une simple chance. Même si on admet (ce qui est fort discuté) que la perte d'une chance ne se limite pas à la disparition d'une éventualité bénéfique

¹⁴ D. 1991, somm. 183 ; D. 1991, somm. 357-358 ; D. 1993, somm. 26.

¹⁵ Gaz. Pal. 27 février 1994, p. 15, p. 19.

¹⁶ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14.254 : dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résulte pour lui est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant ;...sa réparation ne se limite pas au préjudice moral, mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subis, de sorte qu'au titre des prestations qu'ils ont versées en relation directe avec le fait dommageable, les tiers payeurs peuvent exercer leur recours sur la somme allouée à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel.

(guérison, survie), mais peut consister dans la perte des possibilités d'éviter un mal, le raisonnement ne tient pas. Les chances sont un potentiel objectivement quantifiable. Le patient a *x* chances sur cent de survie ; *y* chances sur cent de guérir d'une infirmité. La faute du médecin les lui fait perdre. La perte de chances, c'est cela. Or comment quantifier les chances qu'a une personne de refuser un traitement ? Cela dépend d'elle seule, de ses convictions, de sa culture, de sa bravoure. Si la Cour de cassation a eu des velléités (vagues) de placer déjà le débat sur le terrain de la perte d'une chance¹⁷, elle a nettement jugé que la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime¹⁸.

La perte de chance, lien de causalité

En matière médicale [17], il est de nombreux cas où le lien de causalité entre la faute et le dommage n'est pas certain. On est donc en présence d'une situation particulière où il y a bien faute, mais où l'incertitude sur le lien de causalité direct et certain, entre cette faute et le préjudice, se double d'une certitude sur le fait qu'il est impossible d'exclure que sans la faute le dommage ne se serait pas produit.

La théorie de la perte d'une chance règle la difficulté, car elle modifie l'objet du lien de causalité. Il ne s'agit plus pour la victime de prouver que la faute établie du praticien est bien la cause certaine et directe du dommage du patient, mais seulement d'établir que cette faute l'a privé d'une chance de guérir¹⁹, d'éviter des séquelles ou de mourir^{20,21}. Le lien

¹⁷ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14.797, D. 1990, p. 61 : en ne laissant pas au patient la possibilité de refuser l'intervention a entraîné un risque qui s'est réalisé.

¹⁸ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 2 octobre 1984, pourvoi n° 83-14595 ; Gaz. Pal. 1985, pan., p. 60.

¹⁹ C. appel, Rennes, Ch. 7, 8 mars 2000, Juris-Data n° 11569 : En présence de soins attentifs et conformes aux données de la science apportés par le chirurgien-dentiste dans la reconstruction d'une dent de sagesse et en l'absence de manquement à son devoir d'information d'un risque exceptionnel d'atteinte du nerf mandibulaire, il est tenu de réparer la perte de chance de guérison qu'il a fait subir à son patient en ayant tardé 4 mois à lui proposer une consultation chez un spécialiste de la chirurgie bucco-dentaire alors qu'il était impuissant à déceler l'origine des douleurs de la victime.

²⁰ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-18.113 : Les médecins étaient responsables, en raison de leur persistance dans un diagnostic erroné, d'une perte de chance pour le malade de subir des séquelles moindres.

²¹ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-17.076 : dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade

de causalité, qui doit bien entendu toujours être certain et direct²², se situe entre la faute et la perte de chance. Dès lors qu'une chance existait bien, il peut y avoir réparation ; par contre, si aucun élément ne permet d'étayer l'existence d'une telle chance, il ne peut y avoir réparation.

Le défaut d'information, cause du dommage final ou de la perte d'une chance ?

Il semble que l'indemnisation du dommage résultant d'un manquement du médecin à son devoir d'informer ait connu une évolution, consécutive à un revirement de jurisprudence opéré par la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation²³ en 1990.

Depuis cet arrêt du 7 février 1990 [18]²⁴, la Cour de cassation estime que le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération. Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler une perte de chance. Sous réserve de quelques hésitations chez les juges du fond, la haute juridiction avait en effet, en censurant un arrêt qui avait limité, au motif maladroit de la simple perte de chance, la réparation due à la moitié du préjudice final, paru admettre une indemnisation intégrale de ce dommage final, au moins dans l'hypothèse où l'intervention médicale n'était pas indispensable²⁵.

la chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une infirmité, le dommage qui résulte pour lui de cette perte de chance est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant.

²² C. cass. Ch. crim., 10 mai 1989, pourvoi n° 88-82.144 : Perte d'une chance, aucun document probant et précis, antérieur à l'accident ne permet ici d'apprécier cette demande, qu'il convient de rejeter comme l'a fait le tribunal.

²³ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14.797 ; Bull. civ. I, n° 39, p. 30 ; D. 1991, somm. 183, obs. J. Penneau ; Gaz. Pal. 7 août 1990.

²⁴ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14.797 ; Bull. civ. I, n° 39.

²⁵ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 11 février 1986, pourvoi n° 84-10.845 ; Bull. civ. I, n° 24, p. 21 ; JCP. 1987. II. 20775, note A. Dorsner-Dolivet ; cet arrêt a cassé celui de la C. appel de Paris, 17 novembre 1983 : Et alors que les juges d'appel, constatant eux-mêmes que l'opération envisagée avait seulement un but

Cette jurisprudence avait incité certains auteurs à proposer une distinction entre les interventions médicales ayant un caractère inéluctable, et les autres [11] : l'indemnisation pour défaut d'information pourrait couvrir l'intégralité du préjudice final lorsque l'intervention n'avait pas un caractère inéluctable, le patient ou sa famille disposant d'un choix que l'absence d'information satisfaisante a interdit d'opérer.

La jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation en 1990 remet en cause la possibilité d'obtenir réparation intégrale du préjudice final à partir d'un simple défaut d'information.

Désormais pour la haute juridiction, il convient de considérer que le manquement à l'obligation d'éclairer le patient a seulement privé ce dernier d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles.

Cette solution nouvelle paraît particulièrement applicable à l'hypothèse où l'intervention n'était pas inéluctable ou indispensable, et laisse donc le choix entre diverses voies entre lesquelles le patient n'a pu se décider, faute d'information suffisante. Certes, l'arrêt du 7 février 1990 ne le précise pas clairement, mais il laisse penser que cette hypothèse était spécialement visée. Il a été généralement suivi par les juges du fond, pour lesquels le défaut d'information prive, en ce cas, le patient d'une chance d'échapper, par une décision plus judicieuse, aux conséquences préjudiciables de l'intervention pratiquée²⁶.

En toute hypothèse, les magistrats refusent d'admettre qu'un manquement à l'obligation d'informer une femme enceinte sur les risques de malformation de l'enfant à naître puisse être la cause des

esthétique et était destinée à délivrer l'enfant de la gêne résultant pour elle du port d'un appareil qui corrigeait parfaitement sa surdité, devaient apprécier avec une particulière sévérité la responsabilité des médecins dont l'obligation d'information était particulièrement rigoureuse.

²⁶ TGI, Paris, 17 janvier 1994, Juris-Data n° 005269 : En manquant ainsi à son obligation d'éclairer sa patiente sur les conséquences éventuelles de l'opération pratiquée, le médecin a privé sa patiente d'une chance d'échapper par une décision plus judicieuse aux conséquences préjudiciables de l'intervention pratiquée ; Gaz. Pal. 27 février 1994, p. 13, note critique J. Guigue ; v. cependant, admettant la réclamation de l'entier préjudice souffert par le patient : Versailles, 20 novembre 1991 in D. 1993, somm. 29-30 obs. J. Penneau ; Poitiers, 8 avril 1992 in D. 1993, somm. 27, obs. J. Penneau.

conséquences dommageables de la naissance pour l'enfant et pour sa famille. Tout au plus, en ce cas, acceptent-ils d'indemniser la perte d'une chance d'avorter à temps, et les souffrances morales infligées aux parents²⁷, éventuellement la perte d'une chance, pour l'enfant, de naître indemne de tout handicap²⁸.

La perte de chance, sanction du défaut d'information

(Arrêts de la Cour de cassation du 7 février 1990²⁹ et du 8 juillet 1997³⁰)

Le juge doit déterminer le préjudice subi par le patient en raison de l'absence d'information.

La jurisprudence judiciaire considérait avec raison que le seul préjudice subi était la perte de chance de se soustraire au risque finalement réalisé. L'indemnisation correspondait alors à ce seul préjudice. Les juges administratifs, pour leur part, confrontés à un défaut d'information, accordaient la réparation intégrale du préjudice subi, au même titre que s'il s'était agi d'une faute médicale dans la réalisation de l'opération. Fort heureusement, depuis l'arrêt

²⁷ Paris 17 décembre 1993 ; Versailles 8 juillet 1993 in Gaz. Pal. 27 février 1994, p. 8, note J. Guigüe, p. 18.

²⁸ Pau, 8 mars 1990 in D. 1991, somm. 357, obs. J. Penneau ; C. cass., 1^{re} Ch. civ., 16 juillet 1991, pourvoi n° 90-14645 : En ne procédant pas aux examens susceptibles d'informer des époux des risques que présentait l'état de grossesse de l'épouse, les médecins n'ont pas rempli l'obligation de renseignement dont ils étaient tenus à l'égard de leur patiente et qui aurait permis à celle-ci de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique ; JCP 1992, II, 21947, note A. Dorsner-Dolivet.

²⁹ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14.797 : Mais attendu qu'en manquant à son obligation d'éclairer M. Jugnet sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, M. Hérard a seulement privé ce malade d'une chance d'échapper, par une décision plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles qui seules ont fait l'objet de la demande de réparation de M. Jugnet.

³⁰ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-17.076 : Attendu, cependant, que, dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade la chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une infirmité, le dommage qui résulte pour lui de cette perte de chance est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant ; qu'il incombe seulement à la victime de préciser à quel montant elle évalue ses différents préjudices, l'office du juge consistant alors à en apprécier le bien fondé et à déterminer, par une appréciation souveraine, la fraction de ces préjudices correspondant à la perte de chance de les éviter si le médecin n'avait pas commis une faute.

Guilbot³¹, la réparation ne doit concerner désormais que le préjudice résultant de la perte de chance. Le montant de l'indemnisation s'en trouve à l'évidence fortement réduit.

Cependant, pour le défaut d'information d'un hôpital³², si aucune autre alternative n'était possible : la faute de l'hôpital n'a pu entraîner de perte de chance et aucune indemnisation n'est due.

Une formule [1] qui paraît avoir valeur de principe revient fréquemment aujourd'hui, à quelques variantes près, dans les décisions rendues en la matière : dans l'exécution de son obligation contractuelle de moyens, le médecin a un devoir d'information et de conseil envers son patient afin de lui permettre de comparer les avantages et les risques encourus et de décider en connaissance de cause³³. La faute médicale réside ici dans le fait pour le médecin, de ne pas avoir correctement exécuté son obligation d'informer.

La perte de chance et le préjudice

Le préjudice réside donc dans la privation de ce choix et dans la perte de chance qui en résulte,

³¹ C. adm. Appel, Paris, 9 juin 1998, n° 95PA033660 : L'intervention chirurgicale pratiquée sur M. Guilbot, atteint d'angiome hémorragique, était destinée à traiter une fistule artérioveineuse par occlusion. La paraplégie survenue à cette occasion constitue un risque exceptionnel mais grave connu du type d'intervention pratiquée. L'absence d'information du malade constitue une faute de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier. Le préjudice subi par M. Guilbot consiste dans la perte d'une chance sérieuse de se soustraire au risque inhérent à l'intervention. Cette perte de chance constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'intervention.

³² C.E. 15 janvier 2001, 184386 ; Dalloz 2001, I.R. p.526, note : Décès à la suite d'une intervention chirurgicale. Le défaut d'information du patient quant aux risques encourus constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du centre hospitalier. L'état de santé de l'intéressé nécessitait toutefois de manière vitale une intervention visant à désobstruer ses coronaires. D'autre part, il n'y avait pas d'alternative thérapeutique moins risquée que l'opération réalisée. Par la suite, la faute commise par le centre hospitalier n'a pas entraîné, dans les circonstances de l'espèce, de perte de chance pour le patient, de se soustraire au risque qui s'est réalisé. Aucune indemnisation n'est, par conséquent, due à ce titre.

³³ C. appel, Paris, 17 décembre 1993, Juris-Data n° 005260. Gaz. Pal., 27 février 1994, p. 8, note J. Guigüe : Il s'ensuit que le médecin traitant n'a pas donné à la mère tous les soins attentifs et diligents que celle-ci était en droit d'attendre et n'a pas rempli son devoir d'information et de conseil devant permettre à sa patiente de prendre une décision éclairée alors qu'elle était confrontée à une situation particulièrement grave et difficile.

puisque l'on ignore si, convenablement éclairée, la décision du patient eût été plus judicieuse³⁴. Ce préjudice particulier, distinct du dommage final, suppose une réparation spécifique, dont le quantum est malheureusement laissé à l'arbitraire des tribunaux³⁵. Tel est bien le cas du défaut d'information de la femme enceinte sur le risque de malformation de l'enfant à naître. Tel est aussi le cas en matière de recherches biomédicales, en matière de prélèvements d'organe, etc.

En revanche, dans l'ensemble des hypothèses où le patient ne dispose d'aucun choix, car l'intervention ou l'acte médical est inéluctable, le traitement de la pathologie dont il souffre est indispensable, une défaillance dans son information (hors toute faute technique) ne peut occasionner qu'un préjudice moral. Telle est l'opinion de la doctrine, selon laquelle le préjudice réside alors dans l'impossibilité (où le défaut d'information met le patient) de se préparer à surmonter l'épreuve psychologique résultant de la survenance du dommage [12].

Lorsque l'information due au patient [8] n'a pas été valablement donnée, le préjudice s'analyse en évaluant la perte de chance qu'il aurait eue s'il avait été mieux informé et avait refusé de courir les risques liés à l'investigation ou au traitement qu'il a subi³⁶. Autrement dit, le risque d'être condamné à indemniser un patient pour un préjudice attribué

à un défaut d'information est d'autant plus élevé que l'acte diagnostic ou thérapeutique à l'origine du préjudice n'était pas indispensable. Mais si l'intervention était indispensable et que, sans elle, l'état du patient aurait été plus mauvais que l'état dans lequel il se trouve à la suite de la réalisation du risque non révélé, le patient ne peut justifier d'aucun préjudice résultant de la faculté, qu'il aurait eue s'il avait été informé, de refuser l'intervention [18].

La réparation d'une perte de chance³⁷, préjudice spécifique

La perte d'une chance de bénéficier d'un élément favorable ou d'éviter un événement défavorable constitue un préjudice spécifique.

Une définition [16] de la Chambre criminelle de la Cour de cassation³⁸ peut être transposée, *mutatis mutandis*, au domaine médical : 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 du délit, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine.

Ainsi la perte de chance est indépendante du préjudice final³⁹. Sous peine d'être censuré par la Cour de Cassation, les juges ont même l'obligation de préciser que l'indemnisation accordée correspond effectivement à une perte de chance.

Cette notion doit être distinguée également de la notion d'un risque potentiel qui vise une situation grave créée volontairement ou par négligence⁴⁰.

patiente une chance de refuser ou de retarder le nouveau traitement qui avait conduit à des extractions multiples au maxillaire.

³⁷ http://www.contrexpert.com/la_reparation_d_une_perte_de_chance.htm, 16 février 2001.

³⁸ C. cass. Ch. crim., 17 mai 1995, pourvoi n° 94-82.923.

³⁹ C. appel, Paris, Ch. 1 sect. B, 14 mars 1997, Juris-Data n° 020812 : La faute du médecin a entraîné pour la patiente une perte de chance d'éviter la réalisation des risques de complication auxquels elle était simplement exposée et qui se sont réalisés. En conséquence, le médecin doit répondre, non de l'intégralité du dommage, mais uniquement de la perte de chance de ne pas voir se réaliser les risques d'aggravation. Le préjudice résultant d'une telle perte de chance est fonction de la gravité de l'état réel de la victime et si l'étendue du dommage peut se trouver modifiée par l'aggravation de son incapacité, celui-ci n'en constitue pas moins un préjudice autonome qui ne se confond pas avec le préjudice initial et trouve sa mesure dans les perspectives réelles mais cependant limitées de ne pas devoir subir de complications si un diagnostic précoce initial avait été posé.

⁴⁰ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 17 février 1998, pourvoi n° 96-10.339 : Alors que, d'une part, encore que par définition, la perte d'une

³⁴ C. appel, Rennes, Ch. 7, 7 avril 1999, Juris-Data n° 041261 : Engage sa responsabilité professionnelle pour manquement à son devoir d'information, le chirurgien-dentiste qui n'a pas renseigné sa patiente des risques de lésion du nerf lingual entraînant un hypoesthésie labio-mentonnaire à la suite de l'extraction d'une dent de sagesse. L'option de l'intervention par un malade est, bien entendu, différente selon que celle-ci est de nature à traiter une maladie mortelle ou invalidante ou est qu'elle est destinée à éviter un inconfort. L'option en l'espèce était largement ouverte s'agissant du choix entre subir un traitement antibiotique trois fois tous les deux ans ou l'inconfort permanent d'une hypoesthésie labiale. La probabilité de voir la malade reporter son extraction dentaire est fixée à 70.

³⁵ C. appel, Paris, 13 novembre 1998, Juris-Data n° 023887 : En manquant à son devoir d'information quant aux risques d'un traitement, le chirurgien-dentiste a fait perdre à sa patiente une chance de refuser le traitement entrepris. Toutefois en refusant ce traitement, adapté à l'état de sa denture, elle prenait le risque d'une fracture des dents cariées. Le préjudice résultant du défaut d'information sera indemnisé par une somme de 15000 francs.

³⁶ C. appel, Paris, 27 novembre 1998, Juris-Data n° 023872 : En s'abstenant de porter à la connaissance de la patiente, l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient de réaliser le plan de traitement initialement établi, deux chirurgiens-dentistes ont manqué à leur devoir d'information. ce faisant, ils ont fait perdre à leur

Mais un risque suffisamment certain n'est pas suffisant à lui seul pour caractériser la perte de chance, pas plus qu'un préjudice final hypothétique.

L'indemnisation de la chance perdue sera d'autant plus importante que la probabilité sera forte que se produise l'événement espéré ou à redouter. Ainsi il s'agit de la réalisation fortement prévisible d'un dommage présent ou futur.

Si la réalisation d'une chance n'est jamais certaine, le préjudice doit être certain, actuel ou futur. L'exemple type concerne l'étudiant qui ne peut passer son examen, l'accident privant une personne de sa carrière, un appel d'un avocat ou d'un avoué hors délai, etc.

Le juge doit donc apprécier l'espoir déçu par le fait générateur de la responsabilité. L'utilisation de statistiques permet d'évaluer l'existence de la perte de chance. Mais un lien avec le préjudice final peut être retenu en l'absence de lien de causalité entre le fait générateur et le dommage (cela s'est surtout développé dans le domaine médical : omission, défaut d'information ou de conseil, retard à appliquer les bons soins...). Ainsi, le fait que la faute a une influence certaine suffit ainsi à engager la responsabilité sur le fondement de la perte de chance en présence de probabilité forte que le dommage ne se serait pas produit.

Mais la perte de chance fait le plus souvent l'objet d'une réparation partielle égale à un pourcentage de la valeur de la chance perdue.

Perte de chance et réparation du dommage

Le problème [13] est de savoir lorsqu'un accident médical survient (toute faute technique étant par hypothèse exclue) si cet accident est la conséquence du défaut d'information éventuellement relevé à la charge du médecin en cause. La réponse généralement donnée est que la solution relève de l'application de la théorie de la perte de chances de guérison ou de survie : le défaut d'information n'a, en toute hypothèse, fait perdre au patient qu'une chance d'éviter le risque auquel il a été soumis et le dommage qui en résulte [15]. Pour J. Penneau, la

chance ne soit jamais certaine, le préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constaté la disparition, par l'effet d'une négligence médicale, de la probabilité d'un événement favorable, tel celui de voir diagnostiquer sans retard l'existence d'une tumeur maligne.

solution doit résulter de la distinction des actes médicaux indispensables (inéluçtables) et de ceux qui ne présentent pas ce caractère. Lorsqu'un acte médical est inéluçtable, il est à penser que, même dûment informé, le patient s'y serait soumis ; dans ces conditions, il n'existe certainement aucun dommage réparable (sauf dans certaines hypothèses particulières de préjudice moral ou d'incapacité temporaire non prévue du fait du défaut d'information). En revanche, lorsque l'information n'a rien d'inéluçtable, le patient est privé, du fait du défaut d'information, de toute possibilité de choix, et c'est l'entier dommage qu'il faut réparer, en raison de cette privation totale de tout choix.

Lorsque le médecin [6] n'a pas respecté son obligation d'information relative aux risques inhérents à l'intervention ou au traitement et que ce risque s'est réalisé, le médecin doit-il être tenu pour responsable de l'intégralité du préjudice subi ? La jurisprudence ne semble pas fixée. Certaines décisions considèrent que le défaut d'information doit donner lieu à réparation de l'entier dommage⁴¹. D'autres arrêts, en revanche, estiment que le défaut d'information a seulement privé le malade d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé. Seule cette perte de chance, qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles, doit être réparée⁴². Deux arrêts du 8 juillet 1997⁴³

⁴¹ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 11 février 1986, pourvoi n° 84-10.845 : JCP éd G 1987, II, n° 20775, note A. Dorsner-Dolivet ; voir également C. cass. 1^{re} Ch. civ., 25 juin 1991, pourvoi n° 90-12.584 : Qu'elle a donc pu en déduire que M. Farnier était tenu d'en informer sa patiente ; Attendu ensuite qu'ayant constaté que cette complication avait son origine dans l'opération elle-même et ne constituait pas la réalisation d'un risque préexistant, la cour d'appel a pu retenir que M. Farnier, qui avait créé ce risque sans recueillir le consentement éclairé de Mme Coste, devait en assumer seul toutes les conséquences ; Resp. civ. et ass. 1991, n° 344 ; C. cass. 1^{re} Ch. civ., 11 février 1986, pourvoi n° 90-12.657 : Mais attendu qu'ayant constaté que Mme Brochet n'avait pas été victime de la réalisation d'un risque ayant son origine dans l'affection dont elle souffrait, la cour d'appel a pu retenir que M. Gilbert, qui avait créé ce risque sans recueillir le consentement libre et éclairé de sa patiente, devait en assumer seul toutes les conséquences.

⁴² C. cass. 1^{re} Ch. civ., 17 novembre 1969, pourvoi n° 68-12.225 : JCP éd. G 1970, II, n° 16507, note R. Savatier ; C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 février 1990, pourvoi n° 88-14.797 : D. 1991, somm., p. 183, obs. J. Penneau ; TGI Niort, 3 décembre 1990 in D. 1991, somm., p. 335, obs. J. Penneau.

⁴³ C. cass. 1^{re} Ch. civ., pourvoi n° 95-18.113 : Alors que, d'autre part, la perte d'une chance, qui existe chaque fois qu'il est constaté que par l'effet de la faute a disparu la probabilité d'un

ont nettement confirmé que la réparation d'une perte de chance ne pouvait représenter qu'une fraction des différents dommages, afférents à son intégrité physique, subis par le patient. Les juges du fond apprécient souverainement, c'est-à-dire sans contrôle de la Cour de cassation, le quantum de la perte de chance.

Le recours au concept de création fautive d'un risque pour condamner le médecin à l'entière réparation du préjudice subi par le patient, a été effectivement préconisé par la doctrine lorsqu'il existe un doute sur la réalité de la relation causale entre la faute commise et ce préjudice. Ainsi par un arrêt du 17 novembre 1970 [3], la première chambre civile de la Cour de cassation approuve l'arrêt d'appel qui, tout en reconnaissant qu'il n'était pas établi que la faute du chirurgien eût été la cause des dommages du patient, avait admis que cette faute avait privé le patient d'une chance de survie, ce qui justifiait une indemnisation⁴⁴. La solution paraît en revanche

événement favorable, telle une guérison, se distingue de l'aggravation du dommage, laquelle présente un caractère certain et non aléatoire ; qu'en n'allouant à l'exposant qu'une indemnisation partielle au prétexte que les praticiens devaient être déclarés responsables non de l'intégralité du dommage, déjà réalisé pour partie lors de l'hospitalisation, mais seulement d'une perte de chance de subir des séquelles moindres, bien qu'il résultât de ses propres constatations que les fautes des médecins avaient entraîné non une perte de chance, événement aléatoire, mais une aggravation, événement certain, la cour d'appel a violé l'article 1147 du Code civil ; C. cass. 1^{re} Ch. civ., pourvoi n° 95-17.076 : Attendu, cependant, que, dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade la chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à une infirmité, le dommage qui résulte pour lui de cette perte de chance est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant ; Bull. civ. I, n° 238 et 239 et rapport publié au JCP 1997. II. 22921.

⁴⁴ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 14 décembre 1965, pourvoi n° 64-13.851 JCP éd. G 1966, II, n° 14753, note R. Savatier ; C. cass. 1^{re} Ch. civ., 25 mai 1971, pourvoi n° 69-14.266 : Qu'ayant ainsi pu relever une faute du praticien, l'arrêt attaqué a pu décider, sans contradiction, que cette faute avait fait perdre à la Dame Perret une chance de survie et légalement justifié dès lors sa décision ; RTD civ. 1972, p. 408, obs. G. Durry ; C. cass. 1^{re} Ch. civ. 27 mars 1973, pourvoi n° 71-14.587 : Attendu que s'étant fondés sur une perte de chances de survie, ce qui ne pouvait donner lieu à la réparation totale du dommage résultant du décès d'Andry, les juges du second degré, en ne précisant pas qu'ils n'entendaient indemniser que pour partie ce préjudice, n'ont pas donné de base légale à leur décision ; D. 1973, p. 595, note J. Penneau ; C. cass. 1^{re} Ch. civ., 9 mai 1973, pourvoi n° 71-13.594 : Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la perte de chances qu'ils avaient retenue ne pouvait donner lieu à la réparation totale du dommage résultant de l'état de l'enfant, les juges du second degré se sont contredits et dès lors n'ont pas satisfait

sévère lorsque la faute consiste en un défaut d'information, alors que l'on ne peut affirmer que, même dûment informé, le patient aurait renoncé à l'intervention. La réparation de la seule perte de chance paraît peut-être plus appropriée. Les solutions jurisprudentielles sur cette question ne paraissent pas satisfaisantes à la doctrine qui propose de leur en substituer une autre, plus nuancée, fondée sur la distinction entre les interventions inéluctables et celles non inéluctables. La Cour de cassation⁴⁵ pose en principe que le défaut d'information doit, pour engager la responsabilité du médecin, avoir eu une incidence sur le consentement du patient. Les juges du fond⁴⁶ sont donc tenus de rechercher les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant au consentement ou au refus, en tenant compte de l'état de santé du patient et son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles les investigations ou les soins à risque lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins ou de ces risques. Si le juge estime souverainement, au vu de ces éléments, que le patient, même dûment informé, aurait consenti à l'acte médical, celui-ci ne peut prétendre à aucune indemnisation.

La perte de chance n'existe que si l'information donnée aurait sérieusement pu conduire le patient à se soustraire au risque annoncé : ce n'est pas le cas quand l'intervention en cause présente un intérêt vital. Ce point est illustré par un arrêt récent du Conseil d'Etat⁴⁷ :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction, d'une part, que l'état de santé de M.X nécessitait de manière vitale une intervention visant à désobstruer ses coronaires et, d'autre part, qu'il n'y avait pas d'alternative thérapeutique moins risquée que l'opération réalisée ; que, par suite, la faute commise par le CHR (absence d'information sur les risques d'une angioplastie) n'a pas entraîné, dans les circonstances de l'espèce, de perte de chance pour M.X de se soustraire au risque qui s'est réalisé. » (aucune indemnisation).

aux exigences du texte susvisé ; JCP éd. G 1974, II, n° 17643 ; C. appel, Paris, Ch. 1, sect. B, 7 juin 1996, Juris-Data n° 022164 : Toutefois, l'époux ne peut prétendre à la réparation de l'intégralité du préjudice par lui invoqué mais seulement à la perte de chance de survie.

⁴⁵ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 20 juin 2000, pourvoi n° 98-23.046.

⁴⁶ C. appel d'Angers, 11 septembre 1998 in D. 1999, p. 46, note J. Penneau.

⁴⁷ C. E., 15 janvier 2001, n° 184386.

L'arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 2000⁴⁸ précise que le préjudice de perte de chance ne doit pas être indemnisé de façon forfaitaire mais doit être décomposé suivant les différents postes de préjudices. Cet arrêt rappelle que ce préjudice représente une fraction du préjudice lié au dommage lui-même.

« L'indemnité de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité, ne saurait présenter un caractère forfaitaire (...) cette indemnité doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par la victime. »

L'indemnité de réparation d'une perte de chance ne saurait présenter un caractère forfaitaire, notamment afin de permettre aux tiers payeurs⁴⁹ d'exercer leur recours sur la part du préjudice non personnel^{50,51}.

Il appartient au juge⁵² :

- d'évaluer les différents postes de préjudice,

⁴⁸ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-20.430.

⁴⁹ <http://www.jurisques.com/jfc0300.htm#MEDICALE>.

⁵⁰ C. appel, Paris, Ch. 1 sect. B, 14 mars 1997, Juris-Data n° 020812 : Il y a lieu de faire droit au recours exercé par la sécurité sociale contre le médecin, auteur d'une faute professionnelle. La somme allouée pour perte de chance de sauvegarde de l'intégrité physique est nécessairement soumise au recours, à l'exception de l'indemnité relative au préjudice de caractère personnel.

⁵¹ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14.254 ; D. 1999, jurisprudence, p. 559 : Dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résulte pour lui est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant. Sa réparation ne se limite pas au préjudice moral mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subis, de sorte qu'au titre des prestations qu'ils ont versées en relation directe avec le fait dommageable les tiers payeurs peuvent exercer leur recours sur la somme allouée à la victime en réparation de la perte de chance d'éviter une atteinte à son intégrité physique, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel.

⁵² C. cass. 1^{re} Ch. civ., 18 juillet 2000 ; pourvoi n° 98-20.430 ; D.2000, I.R. p.219 - R.C. et Assurances, décembre 2000, p.17, : Sur l'indemnité de réparation de la perte de chance, les tiers payeurs disposent, à l'exclusion de la part réparant le préjudice personnel de la victime, d'un recours à la mesure des prestations qu'ils ont versées à celle-ci et qui sont en relation directe avec le fait dommageable. Les juges du fond doivent dès lors, d'une part, évaluer les différents chefs de préjudice invoqués par la victime, d'autre part, apprécier à quelle fraction de ces préjudices doit être évaluée la perte de chance indemnisée, et, enfin, fixer la part de cette indemnité correspondant au préjudice personnel de la victime et sur laquelle le recours des tiers payeurs ne peut s'exercer.

- d'apprécier la fraction de ces préjudices imputable à la perte de chance,
- de fixer la part de préjudice personnel sur laquelle le recours des tiers payeurs ne peut s'exercer.

La perte de chance constitue, pour le juge judiciaire, le fondement sur lequel repose l'indemnisation du patient en cas d'impossibilité pour le médecin d'apporter la preuve de l'existence de l'information du patient. À l'hôpital, certaines juridictions fondent également l'indemnisation d'un défaut d'information sur la notion de perte de chance (ex. : Cour administrative d'appel de Paris, 9 juin 1998, M. Guilbot, op. cit.). Mais ce n'est pas (encore ?) le cas du Conseil d'État.

Pour être indemnisé, le patient devra d'une part, prouver que ce défaut d'information est à l'origine d'un préjudice et, d'autre part, évaluer ce préjudice. Selon la Cour de cassation, le « dommage qui résulte pour lui de cette perte de chance est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant » (Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 juillet 1997, Bull. n° 239, p. 160, op. cit.). Les magistrats apprécient alors souverainement « la fraction des préjudices correspondant à la perte de chance de les éviter si le médecin n'avait pas commis une faute » (Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 8 juillet 1997, op. cit.).

La perte de chance repose donc ici sur l'idée que si le patient avait été informé (en pratique : si le médecin avait pu prouver avoir assuré cette information), il aurait peut-être renoncé à l'acte médical.

La perte de chance est appréciée souverainement par les magistrats et peut conduire à refuser toute indemnisation du patient. Ainsi, dans l'affaire du 25 février 1997, la Cour de cassation (après avoir cassé l'arrêt qui lui était soumis) a renvoyé l'affaire devant la cour d'appel d'Angers. Cette dernière, le 11 septembre 1998, a entériné la décision de la Cour de cassation confirmant que la charge de la preuve de l'information incombe au médecin. Toutefois, bien que retenant l'existence d'une faute du praticien pour défaut d'information, elle a débouté le patient de sa demande d'indemnisation (en clair, le médecin n'est pas condamné). Selon elle en effet, l'indication médicale de la coloscopie était indiscutable. Elle a estimé en particulier que « le choix d'une solution négative (c'est-à-dire un refus de l'intervention de la part du patient) était improbable et

la chance perdue illusoire dès lors que l'information aurait dû mettre en parallèle les risques encourus (...) et l'évolution prévisible de l'état de santé de l'intéressé ».

Notons que la Cour de cassation⁵³ considère qu'un patient ne peut justifier d'aucun préjudice indemnisable dans l'hypothèse où les troubles résultant de l'intervention sont « moindres » que ceux qui découlent de sa « non-réalisation ».

Précisons enfin qu'il ne peut y avoir lieu à condamnation pénale à raison d'une perte de chance. En cas de relaxe d'un médecin, le patient a alors la possibilité de s'adresser au juge civil pour demander, en l'absence de faute pénale, une indemnisation sur le fondement de la perte de chance⁵⁴.

Cependant, il convient de noter que : est à bon droit retenue, à la charge du médecin qui, en créant imprudemment un risque mortel et en négligeant d'en empêcher les effets, a privé une parturiente de toute possibilité de survie, une faute constitutive du

⁵³ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 7 octobre 1998, pourvoi n° 97-12.185 : Mais attendu que la cour d'appel, statuant par motifs propres ou adoptés, a constaté, d'une part, qu'eu égard au caractère évolutif de la gonarthrose du genou dont était atteint M. Rozec et à l'échec de tous les traitements antérieurs, l'opération qu'il avait subie était indispensable et seule de nature à améliorer son état, d'autre part, que cette intervention avait effectivement abouti à l'amélioration escomptée et que M. Rozec, qui avait récupéré l'usage de son genou et pouvait exercer des activités professionnelles et récréatives, telles que le cyclisme et la chasse, auxquelles il s'adonnait avant l'intervention, ne souffrait en définitive, du fait du syndrome de loge, que de troubles sensitifs moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale ; que l'absence de préjudice résultant pour M. Rozec de la perte de la faculté qu'il aurait eue, s'il avait été informé, de refuser l'intervention, étant ainsi caractérisée, l'arrêt est légalement justifié par ces seules énonciations, abstraction faite du motif erroné mais surabondant suivant lequel un risque n'avait pas à être révélé au patient en raison du seul fait que sa réalisation était exceptionnelle.

⁵⁴ C. cass., 1^{re} Ch. civ., 24 mars 1981, pourvoi n° 79-16.118 : Doit être cassé l'arrêt qui écarte la responsabilité d'un médecin à la suite du décès d'un malade après plusieurs interventions chirurgicales, sans s'expliquer sur le moyen faisant valoir que les fautes commises par le praticien avaient au moins fait perdre au malade une chance de survie, et que cette seule constatation devait entraîner la responsabilité contractuelle du médecin. En effet, la Cour d'appel n'a pas écarté ce moyen en se fondant sur l'autorité au civil de la décision de relaxe intervenue au pénal à défaut de preuve d'un lien de causalité certain, la juridiction pénale ayant seulement eu à rechercher s'il existait un lien de causalité entre les fautes commises par le médecin et le décès du patient. Et dans le sens de la chose jugée et de l'autorité du pénal : C. cass. 2^e Ch. civ., 5 janvier 1978, pourvoi n° 76-12.800.

délit d'homicide involontaire en relation de causalité avec le décès de celle-ci⁵⁵.

Mais que doit-on penser de la perte de chance [2] ?

Cette expression a une consonance mathématique. Sans pédantisme, on peut écrire qu'elle relève du calcul des probabilités. Le mot probabilité correspond à un degré de confiance dans la réalisation d'un événement. Si l'événement est certain, la probabilité est proche de l'unité. La Cour d'appel de Paris précise dans son arrêt du 7 juin 1996 que la perte de chance était directe et certaine⁵⁶. La probabilité de dommages était donc sans appel. La causalité entre la faute du médecin et le dommage allégué est établie. Cependant, l'application de la théorie de la perte de chance à l'évaluation de dommages dentaires esthétiques⁵⁷ peut surprendre. La perte de chance peut constituer une excellente méthode à condition que l'on puisse fixer le nombre exact qui mesure le dommage. Pour obtenir un résultat rigoureux, il convient de recenser un grand nombre de cas. C'est en fonction de tables de probabilités, semblables à celles des actuaires, que la perte de chance conservera toute sa valeur.

La Cour de cassation [14] a condamné fermement, notamment dans son arrêt de la 1^{re} Chambre du 17 novembre 1982⁵⁸, le recours à la notion de

⁵⁵ C. cass. Ch. crim., 9 juin 1977, pourvoi n° 75-90597.

⁵⁶ C. appel de Paris, Ch. 1 sect. B, 7 juin 1996, Juris-Data n° 022084 : Considérant que si la technique d'intubation employée présentait, comme l'a relevé l'expert, certains risques encore renforcés par l'anatomie, l'arthrose cervicale et l'état dentaire de Mme D., la faute du docteur C., qui ne lui a pas permis de mesurer pleinement les difficultés de mise en œuvre de l'intubation, a causé à la malade une perte de chance directe et certaine d'éviter la réalisation des dommages dentaires qu'elle a subis ; que le jugement déferé mérite donc pleine confirmation en ce qu'il a retenu la responsabilité du médecin.

⁵⁷ Cette approche de J. Bonneau semble un peu réductrice, car c'est donner à la fonction dentaire une connotation uniquement esthétique.

⁵⁸ C. cass. 1^{re} Ch. civ., 17 novembre 1982, pourvoi n° 81-13.530 : Aux motifs que la perte d'une chance implique l'existence préalable d'un risque susceptible d'être augmenté par l'action incriminée... Le docteur G. a commis une imprudence et augmenté les chances de son malade d'être exposé à la complication survenue. En ayant recours à la notion de perte d'une chance pour déclarer un médecin partiellement responsable de la réalisation d'un risque, alors que cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice, la cour d'appel qui constate l'absence de preuve d'une relation de cause à effet entre

perte de chance pour établir une relation de causalité douteuse, mais cette notion demeure souvent utilisée dans le domaine de la responsabilité médicale sous une forme qui n'est pas éloignée d'un raisonnement basé sur la présomption selon laquelle si une faute a été commise, il est très probable (certain ?) qu'elle a eu un impact sur l'évolution naturelle du malade et qu'il doit donc y avoir indemnisation (certes partielle) du préjudice final. La perte de chance n'est théoriquement pas un moyen d'indemniser partiellement ce préjudice final du malade. Mais, dans la réalité, rares sont les décisions qui peuvent s'appuyer sur les éléments précis, de nature scientifique, permettant d'établir que la faute a été la cause d'une perte de chance à hauteur d'un pourcentage déterminé d'échapper à tel ou tel préjudice que le malade risquait de voir se réaliser et que la faute a rendu irrémédiable. Par conséquent, il est usuel que soit pris en compte en fait le préjudice final pour apprécier le montant des dommages et intérêts alloués avec comme correctif un abattement pour tenir compte du fait que la faute n'est pas en relation avec la totalité du préjudice... mais on retombe là dans un certain doute sur l'existence d'une relation de causalité qui est présumée pour les besoins du raisonnement.

La perte de chance et l'ODF

Consécutivement à l'analyse qui vient d'être faite, il convient de s'interroger si l'on peut envisager de retenir la notion de la perte de chance dans le cadre plus particulier de l'orthopédie dento-faciale.

Madame Nathalie Y... épouse D... a consulté en 1992 le Dr Jean-Pierre X... pour un traitement d'orthodontie qui a commencé le 8 septembre 1992. Ce traitement a duré jusqu'en 1999 et n'a pas donné satisfaction à la patiente qui a ensuite engagé une action en responsabilité civile contre ce médecin et son assureur. Pour la cour d'appel d'Aix-en-Provence⁵⁹, le préjudice résultant du défaut d'information et de consentement éclairé du patient ne peut consister en une perte de chance pour celui-ci d'avoir pu refuser le traitement, s'il avait été correctement informé. La réparation d'une perte de chance doit être mesurée

la faute retenue par son arrêt, c'est-à-dire l'utilisation de la technique d'insufflation d'air dans les sinus malgré une manifestation hémorragique, et la réalisation du dommage, c'est-à-dire d'une embolie gazeuse, viole l'article 1147 du Code civil.

⁵⁹ Cour d'appel d'Aix-en-Provence audience publique du 16 décembre 2008 N° de RG : 08/11590.

à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. La réparation du dommage résultant pour le patient de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisée doit donc être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subi.

Pour la Cour de cassation⁶⁰, la perte de chance présentant un caractère direct et certain chaque fois qu'est constaté la disparition d'une éventualité favorable, l'établissement du caractère fautif de l'absence de contention, après traitement d'orthodontie, par un chirurgien-dentiste, implique nécessairement que cette contention aurait pu, si elle avait été mise en place, avoir une influence favorable sur l'évolution de la pathologie, ce qui caractérise l'existence d'une perte de chance.

Sur un plan strictement juridique, il est constant que pour engager sa responsabilité le dommage allégué par le patient doit être lié au défaut d'information du médecin. La notion de perte de chance est créée pour s'affranchir de l'absence de causalité qu'il y avait *a priori* entre un défaut d'information et un préjudice. On considère alors que, à cause du manque d'information, le patient a perdu une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé, de ne pas subir le préjudice, car l'information donnée l'aurait peut-être conduit à accepter un traitement qui aurait évité le dommage. La notion de perte de chance est créée pour s'affranchir de l'absence de causalité qu'il y avait *a priori* entre un défaut d'information et un préjudice. On considère alors que, à cause du manque d'information, le patient a perdu une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé, de ne pas subir le préjudice, car l'information donnée l'aurait peut-être conduit à accepter un traitement qui aurait évité le dommage.

En conséquence de quoi, engage sa responsabilité professionnelle pour manquement au devoir d'information, le chirurgien-dentiste qui n'a pas informé son patient des risques de fractures dentaires potentielles et inhérentes à sa pathologie ; il a fait perdre à son patient le choix d'un traitement orthodontique précoce ce qui caractérise la perte de chance ; en conséquence de quoi, il y a lieu à dommages et intérêts. Et ce d'autant plus que suivant l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique le

⁶⁰ Cour de cassation chambre civile 1 audience publique du 22 mars 2012, N° de pourvoi : 11-10935 11-11 237.

praticien se doit d'informer le patient de toutes les possibilités thérapeutiques.

Bibliographie

- [1] Barbieri J-F. Défaut d'information et responsabilité médicale : les principes de droit privé. Petites Affiches, 4 janvier 1995, n° 2.
- [2] Bonneau J. Note sous arrêt C. appel de Paris, 1^{re} Ch. B, 7 juin 1996, Gaz. Pal., 24 octobre 1997, jurisprudence, n° 298, p. 71.
- [3] Bull. civ. I, n° 301.
- [4] Chabas F. La perte d'une chance en droit français, in Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile, publication du centre d'Études Européennes, Genève, 1991, p. 131.
- [5] Chabas F. Défaut d'information, perte d'une chance. Droit et patrimoine, octobre 1999, n° 75, p. 107-109.
- [6] Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies. Responsabilité médicale. 1^{er} octobre 2001, p. 2174-2176, n° 89, 90, 96.
- [7] Durry G. RTDC 1970, 580.
- [8] Gerson C. Les conséquences d'un défaut d'information. Quotidien du médecin, 13 janvier 2000, p. 24.
- [9] Hocquet-Berg S. Les sanctions du défaut d'information en matière médicale. Gaz. Pal. 10 septembre 1998, p. 1121-1129.
- [10] Mémeteau G. Perte de chances et responsabilité médicale. Gaz. Pal. 24 octobre 1997, p. 22-28.
- [11] Penneau J., obs. D. 1984, inf. rap. 459 sous Paris, 17 novembre 1983 et 9 février 1984.
- [12] Penneau J., D. 1991, somm. 183.
- [13] Penneau J. Les fautes médicales. Responsabilité civile et assurances. Ed. Juris-Classeur, juillet-août 1999, p. 9-15.
- [14] Picard J. Le recours du juge civil à la présomption en matière de responsabilité médicale. Gaz. Pal. 1995, 2^e sem., p. 944-946.
- [15] Porchy S. Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient. D. 1998, chron., p. 379.
- [16] Sargos P. JCP, 1997, II, n° 41, p. 435-439.
- [17] Sargos P. JCP, 1997, II, n° 41, p. 436.
- [18] Sargos P. L'obligation d'informer le patient. Petites Affiches, 22 septembre 1999, n° 189, p. 9-14.
- [19] Versailles, 21 juillet 1993 in RJIF 1994, n° 32, p. 137 ; Versailles 27 et 31 janvier 1994 in RJIF 1994, n° 34.