

La perte de chance ne s'apprécie pas au regard de la faute

Telle est la solution retenue par la première chambre civile dans un arrêt du 12 septembre 2018¹. Si celle-ci n'est pas nouvelle, elle a le mérite de rappeler une nouvelle fois la définition de la perte de chance, parfois source de confusion et générant un contentieux abondant.

En l'espèce, le 8 septembre 2002 une personne est victime d'un malaise alors qu'il était chez un fleuriste. Il été affecté d'un trouble de la parole et n'a pas pu signer le chèque. Ce n'est que le lendemain qu'il ira voir son médecin habituel. Lors de cette consultation, ce dernier a prescrit un bilan neurologique et la prise d'un médicament, le Cervoxan.

Le 11 septembre 2002, à la suite d'une seconde consultation, le médecin prescrira cette fois-ci un scanner cérébral et un Doppler carotidien relevant à nouveau des troubles mnésiques. Le 16 septembre la victime passe les examens prescrits. Après être rentré à son domicile il souffre d'un accident vasculaire cérébral et est conduit aux urgences. Au niveau des séquelles, la victime présente une paralysie avec un taux d'IPP à 80 %.

Le médecin est assigné en responsabilité et indemnisation pour erreur de diagnostic notamment en raison de l'absence de prise en compte de troubles de la parole du patient.

La Cour d'appel de Pau, dans un arrêt du 31 mai 2017², retiendra l'existence d'une perte de chance consécutive à l'erreur fautive de diagnostic imputée au praticien s'élevant à 50 %. Pour calculer ce pourcentage, elle se fonde sur les constatations de l'expert selon lesquelles *« le diagnostic n'était pas évident au regard des symptômes présentés par la victime et que le praticien ne disposait pas d'éléments sur le trouble de la parole, essentiels pour établir son diagnostic, sans qu'il soit possible de le certifier, au regard des affirmations contraires des parties sur ce point et de l'absence de toute fiche d'examen ou d'observation établie par le praticien »*.

La Cour de cassation censure cet arrêt qui a statué par des motifs impropres à caractériser et à évaluer une perte de chance dont elle rappelle la définition :

« Lorsqu'il ne peut être tenu pour certain qu'en l'absence de faute dans la prise en charge d'un patient, le dommage ne serait pas survenu, le préjudice subi s'analyse en une perte de chance d'échapper à ce dommage ou de présenter un dommage de moindre gravité, correspondant à une fraction des différents chefs de préjudice, évaluée par les juges du fond en mesurant l'ampleur de la chance perdue et non en appréciant la nature ou la gravité de la faute ».

La perte de chance est souvent source de confusion. Celle-ci naît du fait qu'elle est un concept à géométrie variable, difficile à cerner et dont nous ne disposons à l'heure actuelle d'aucune

¹ Cass, Civ 1^{ère}, 12 septembre 2018 n° 17-22.311

² CA Pau, 31 mai 2017 n° 15/03525

définition légale. Constitue une perte de chance « réparable » la disparition actuelle, et certaine d'une éventualité favorable.

La chambre criminelle de la Cour de cassation, en particulier, a affirmé à plusieurs reprises que *« l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la possibilité d'un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »*.³

Dans le cadre de la responsabilité médicale, le principe de la réparation de la perte de chance a clairement été affirmé pour la première fois dans un arrêt de la première chambre civile du 7 février 1990⁴ : le médecin *« 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 peut-être 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 réparer la perte de chance qu'aurait eue le patient de ne pas subir de dommages en refusant l'intervention ou les soins s'il avait été correctement informé des risques.

Mais le recours à la notion de la perte de chance dans le domaine médical s'est développé au-delà de la simple sanction au manquement d'une obligation d'information, en présence d'une erreur de diagnostic ou de soins ayant fait perdre au patient une chance de guérison ou de survie.

Les juges recourent à cette notion chaque fois qu'une victime a été privée d'une espérance future dont il est impossible de savoir, de par le fait dommageable, si elle se serait réalisée. La responsabilité médicale connaît fréquemment de telles hypothèses, surtout lorsque la faute consiste en une abstention. Pour l'expert, il est alors difficile, voire impossible de savoir quelle aurait été l'issue de l'acte médical en l'absence de faute. Pour pallier de telles incertitudes, la jurisprudence opte pour la théorie de la perte de chance.

La perte de chance ne constitue par ailleurs un préjudice indemnisable que si la chance perdue est sérieuse. L'évènement purement hypothétique n'a pas ce caractère.

Enfin, un arrêt pose ainsi le principe selon lequel *« la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un évènement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime »*.⁵

Ainsi, *« seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »*⁶ sous réserve que cette éventualité apparaisse suffisamment sérieuse. Cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. La Cour de cassation et le

³ Cass, Crim, 18 mars 1975, bull crim n°79

⁴ Cass., Civ 1^{ère}, 7 février 1990, n° 88-14.797

⁵ Cass, Civ 1^{ère}, 12 octobre 1984, n°83-14595

⁶ Cass, Civ 1^{ère}, 21 novembre 2006, n°05-15674

Conseil d'Etat le rappellent régulièrement⁷. Cette condition de certitude est double, elle s'applique tant à la chance, la probabilité d'éviter le dommage devant être certaine, qu'à sa perte, l'éventualité favorable n'étant plus possible. Comme tout préjudice, la perte d'une chance peut être actuelle ou future. En vertu de l'article 1353 du code civil, c'est à la victime, ou à ses ayants droit d'établir l'existence d'une perte de chance.

En principe, il n'appartient pas au médecin expert de chiffrer la perte de chance, mais dans la pratique, il s'avère que certains experts judiciaires se prononcent sur le pourcentage de perte de chance, pourcentage qui peut être demandé dans les missions d'expertise. La perte de chance correspond à une fraction des différents préjudices qui auraient pu être évités⁸. Mais il s'agit aussi d'un préjudice autonome. Il appartient au juge du fond d'évaluer souverainement la probabilité. Il va estimer le pourcentage à attribuer à la chance. Ceci est important pour évaluer le quantum de l'indemnisation.

En ce qui concerne l'indemnisation, ses modalités ont été précisées par la Cour de cassation : la réparation « *ne saurait présenter un caractère forfaitaire [et] cette indemnité [...] doit correspondre à une fraction des différents chefs de préjudice supportés par la victime ; [il appartient], dès lors à la cour d'appel, d'une part, d'évaluer les différents chefs de préjudice invoqués [...], d'autre part, d'apprécier à quelle fraction de ces préjudices devait être évaluée la perte de chance indemnisée* »⁹.

En résumé, en cas de dommage subi (séquelles, décès), il convient de s'interroger sur l'existence d'une faute et d'un lien de causalité direct, certain et exclusif entre la faute et le dommage. Dans l'affirmative il y aura réparation de l'entier préjudice.

Dans le cas contraire, il faut déterminer si la faute a entraîné la disparition d'une éventualité favorable. Si ce n'est pas le cas, il n'y aura pas de réparation. Le cas échéant, il s'agit donc d'une perte de chance et son pourcentage sera fixé sur la base d'éléments objectifs : bibliographie, études, statistiques...

En l'espèce, la Cour d'appel avait évalué le pourcentage de perte de chance en se basant sur la faute du praticien résultant du retard de diagnostic de l'AVC, tout en retenant que ce diagnostic était difficile à poser. La cour d'appel dans son raisonnement établissait une corrélation entre l'intensité de la faute du praticien et le taux de perte de chance retenu. C'est en ce sens que l'arrêt n'est pas conforme à la définition de la perte de chance.

On peut lire dans l'arrêt que « *L'expert souligne que le retard de diagnostic est en grande partie responsable du handicap actuel de M. L. [...] Le docteur A. rappelle également, qu'un médecin généraliste a appris la neurologie et est tout à fait capable de distinguer si un malade présente des troubles neurologiques de type aphasie ou dysarthrie ou s'il n'en présente pas.*

⁷ CE, 27 mai 2015 n° 368440

⁸ Cass.. Civ 1^{ère}, 10 avr. 2013, n° 12-14.813. V. égal. Cass.. Civ 1^{ère}, 7 déc. 2004, n° 02-10.957 : Bull. I, n° 302 ; RCA. 2005, comm. 60 ; D. 2005, p. 406, obs. J. Penneau ; Cass.. Civ 1^{ère}, 14 juin 2005, 04-14.878. De même, l'aggravation du préjudice final justifie corrélativement l'augmentation de l'indemnité allouée au titre de la perte de chance d'éviter le dommage.

⁹ Cass.. Civ 1^{ère}, 18 juillet 2000, n°98-20.430

En l'espèce, il indique que toute la question repose sur la persistance chez M. L. d'un trouble de la parole ou non.

Le docteur A. indique dans sa conclusion que le diagnostic n'était pas évident au regard des symptômes présentés par M. L. et que le docteur C. n'avait pas tous les éléments pour l'établir

Il termine en indiquant que les soins ont été attentifs et conformes aux données acquises de la science. Le docteur C. ne peut pas être tenu pour responsable.

[...]

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que le docteur C. qui a vu son patient à 2 jours d'intervalle, de façon certaine, pour des problèmes de vertige positionnel et des troubles de mémoire, et qui connaissait les facteurs de risques liés aux antécédents médicaux de son patient n'a, en ne posant qu'un diagnostic éventuel de DTA et en ordonnant une consultation neurologique sans la prévoir lui-même en urgence compte tenu des éléments ci-dessus rappelés, pas mis en œuvre tous les moyens en sa possession pour parvenir au diagnostic correct de la pathologie de son patient, erreur d'appréciation lors de ses consultations qui sont à l'origine de la perte de chance de M. Jacques L. d'éviter le second accident vasculaire cérébral survenu le 16 septembre 2002, dont il a conservé de graves séquelles.

Cette perte de chance sera fixée à 50 %, le docteur A. ayant relevé :

*- que le diagnostic n'était pas évident au regard des symptômes présentés par M. L. ,
- que le docteur C. n'avait pas l'élément essentiel pour l'établir, à savoir le trouble de la parole, la Cour rappelant toutefois sur ce point qu'il est impossible de le certifier, au regard des affirmations contraires des parties sur le fait que l'aphasie ait été portée à la connaissance du docteur C. dès le 9 septembre 2002 et sur l'absence de toute fiche d'examen ou d'observation établie par le praticien ».*

La cassation d'une telle solution n'est donc pas surprenante au regard de l'approche de la notion de perte de chance en responsabilité médicale.

Pour conclure, préjudice atypique, la perte de chance a longtemps été critiquée. En effet, une partie de la doctrine fait grief à cette « curiosité française »¹⁰ de permettre la dissimulation d'une causalité douteuse¹¹, ou d'éviter la création d'un risque de nature à empêcher la réparation de l'entier dommage. Pour autant, la perte de chance est aujourd'hui une notion incontournable de notre droit de la réparation. Sa consécration dans le Code civil est prévue à l'article 1238 du projet de réforme de la responsabilité civile¹² en ces termes : « *Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ».

Isabelle Bessières-Roques
Délégué général de l'AREDOC

William Djadoun
Responsable du pôle juridique de l'AREDOC

¹⁰ *La perte de chance, une curiosité française*, Patrice Jourdain, Mélanges P. Wessner, 2011, p. 167

¹¹ *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?* R. Savatier, D. 1970 Chron. 123

¹² Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017