

CUMUL DE PERTES DE CHANCE SUBIES PAR LE PATIENT VICTIME D'UN ACCIDENT MÉDICAL : QUELLES RÈGLES DE CALCUL ?

Par I. Bessières-Roques¹ et W. Djadoun²

1. Délégué général de l'AREDOC

2. Adjoint au délégué général

Par deux arrêts récents, l'un du 8 juillet 2020¹ et l'autre du 5 novembre 2020², le Conseil d'État a précisé les règles de calcul du taux global de perte de chance lorsque la victime d'un accident médical en a subi deux : l'une en raison d'un défaut d'information et l'autre consécutive à une faute technique du praticien.

Avant de nous intéresser à l'apport de ces deux décisions, il convient de revenir brièvement sur la notion de perte de chance³.

On considère en doctrine que la notion de perte de chance est un concept à « géométrie variable », d'autant plus difficile à cerner que l'on ne dispose à l'heure actuelle d'aucune définition légale⁴. Classiquement, constitue une perte de chance « réparable » la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Sa définition s'est forgée au fil du temps dans les prétoires. 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 événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »⁵.

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 1990 : le médecin « *qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix*

1. Conseil d'État, 5^e-6^e chambres réunies, 8 juillet 2020, n° 425229.

2. Conseil d'État, 5^e chambre, 5 novembre 2020, n° 428006.

3. Pour plus d'information sur la perte de chance : *Faute, aléa thérapeutique, perte de chance : état des lieux 18 ans après la loi du 4 mars 2002*, AREDOC, 2020.

4. Perte de chance de vie, veille par Julien Bourdoiseau, La Semaine juridique Édition générale n° 19-20, 6 mai 2013, 531.

5. Cass. Crim, 18 mars 1975, Bull crim n° 79.

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 »⁶.

Il s'agit de réparer la perte de la 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.

La perte de chance ne supplée pas le lien causal, mais répare un préjudice ou la disparition d'une probabilité de refuser un traitement, d'obtenir une guérison, ou de subir un préjudice moindre.

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 un préjudice indemnisable que si la chance perdue est sérieuse, c'est-à-dire si la probabilité que l'événement heureux survienne était importante.

Enfin, pour qu'il y ait perte de chance, la victime ne doit plus pouvoir remédier à l'impossibilité de survenance de l'événement. Si elle pouvait demeurer maîtresse de sa réalisation tout autant qu'avant, elle n'a rien vraiment perdu. Un arrêt pose ainsi le principe selon lequel « *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 victime* »⁷.

Les juges du fond disposent en la matière d'un pouvoir d'appréciation souverain. La Cour de cassation et le Conseil d'État le rappellent régulièrement. C'est à la victime, ou à ses ayants droit, d'établir que les chances de guérir, de survivre ou de subir des séquelles moindres auraient été plus importantes si les soins avaient été appropriés et/ou le diagnostic correct et donné en temps utile.

6. Cass. 1^{re} civ., 7 février 1990, n° 88-14.797.

7. Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 1984, n° 83-14595.

Seul le défaut d'information déroge à cette règle, puisqu'en ce cas il appartient au débiteur de l'information de prouver qu'il s'en est correctement acquitté.

Concernant son évaluation, en principe, il n'appartient pas au médecin expert de chiffrer la perte de chance, mais dans la pratique il s'avère qu'à la demande de certains magistrats, des experts judiciaires se prononcent sur le pourcentage de perte de chance. La perte de chance est dépendante du préjudice final. En effet, elle est évaluée en fonction de ce dernier, puisqu'elle correspond à une fraction des différents préjudices qui auraient pu être évités. 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.

Comment est calculé ce taux global en cas de cumul de pertes de chance ?

La réponse est donnée par deux décisions du Conseil d'État, qui rappellent par là même que la perte de chance doit correspondre à une fraction des chefs de préjudice.

D'abord, dans le premier arrêt commenté du 8 juillet 2020.

En l'espèce, un patient qui souffrait de la maladie de Dupuytren a subi, le 23 février 2010, une intervention chirurgicale, à la suite de laquelle il a ressenti une gêne fonctionnelle, qui n'a cessé de s'aggraver et s'est accompagnée d'une algodystrophie, en raison de laquelle il a en grande partie perdu l'usage de la main droite.

Il a demandé au tribunal administratif de Versailles de condamner l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) et, subsidiairement, le centre hospitalier à réparer les préjudices qu'il estimait avoir subis.

La cour administrative d'appel avait retenu :

« Après avoir souverainement apprécié, d'une part, que le défaut d'information de M. B... sur les risques d'algodystrophie lors de l'opération lui avait fait perdre une chance de 25 % de se soustraire à celle-ci et, d'autre part, que les fautes commises lors de cette intervention lui avaient fait perdre une chance de 25 % d'éviter l'algodystrophie, la cour administrative d'appel a jugé que le taux de perte de chance d'éviter le dommage devait être fixé à 25 % ».

La victime forme un pourvoi afin de contester cette méthode de calcul. Cette dernière sera infirmée par le Conseil d'État, qui affirmera qu'il revenait à la cour d'additionner *« d'une part, le taux de sa perte de chance de se sous-*

traire à l'opération, c'est-à-dire la probabilité qu'il ait refusé l'opération s'il avait été informé du risque d'algodystrophie qu'elle comportait et, d'autre part, le taux de sa perte de chance résultant de la faute médicale commise lors de l'opération, ce taux étant multiplié par la probabilité qu'il ait accepté l'opération s'il avait été informé du risque d'algodystrophie qu'elle comportait. Compte tenu des taux de perte de chance, que la cour avait souverainement appréciés, il devait en résulter un taux global de $25\% + (25\% \times 75\%) = 43,75\%$ ».

Une solution logique permettant une application rationnelle de la notion de perte de chance.

Un raisonnement que l'on retrouve également dans l'arrêt du 5 novembre 2020.

En l'espèce, victime d'une fracture d'une vertèbre, un patient a subi une intervention chirurgicale à la suite de laquelle il est resté paraplégique.

La cour administrative d'appel jugeait : « *après avoir retenu l'existence d'un manquement du centre hospitalier à son obligation d'information, à l'origine pour la victime d'une perte de chance de 50 % de se soustraire au risque lié à l'intervention chirurgicale et avoir relevé que des manquements fautifs étaient imputables à l'établissement dans la réalisation de cette intervention et dans la prise en charge postopératoire et qu'ils avaient également entraîné pour l'intéressé une perte de chance de 50 % d'éviter la survenue du dommage, la cour en a déduit que le centre hospitalier devait être condamné à réparer l'intégralité des préjudices subis par la victime* ».

Sans surprise, ce raisonnement permettant de réparer l'intégralité des préjudices subis est censuré par le Conseil d'État :

« Or il incombait à la cour, pour fixer le taux de la perte de chance subie par M. A..., d'additionner, d'une part, le taux de sa perte de chance de se soustraire à l'opération, c'est-à-dire la probabilité qu'il ait refusé l'opération s'il avait été informé du risque qu'elle comportait et, d'autre part, le taux de sa perte de chance résultant des fautes médicales commises lors de l'intervention et dans la prise en charge postopératoire, ce taux étant multiplié par la probabilité qu'il ait accepté l'opération s'il avait été informé du risque qu'elle comportait. Compte tenu des taux de perte de chance, rappelés ci-dessus, que la cour avait souverainement appréciés, il devait en résulter un taux global de $50\% + (50\% \times 50\%) = 75\%$. Par suite, en statuant ainsi qu'il a été dit au point précédent, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit ».

Ces deux décisions apportent de réelles précisions quant au calcul et à l'appréciation de notion de perte de chance. Le raisonnement du Conseil d'État est conforme à la définition de la perte de chance et vient donc clarifier

le régime de ce préjudice atypique longtemps critiqué. En effet, une partie de la doctrine fait grief à cette « curiosité française »⁸ de permettre la dissimulation d'une causalité douteuse⁹, 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 civile¹⁰.

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

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

10. Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017.