

RTD Civ.

RTD Civ. 1992 p. 109

Sur la perte d'une chance

Patrice Jourdain, Professeur à l'université de Paris Val-de-Marne (Paris XII)

Une récente étude de M. François Chabas (*La perte d'une chance en droit français*, Colloque sur les *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, publications du Centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131 s.) et l'abondance de la jurisprudence nous incitent à revenir sur la toujours difficile question de l'indemnisation de la perte d'une chance.

I. - La difficulté majeure a trait à la notion même de « perte d'une chance » comme préjudice indemnisable ; elle conduit à s'interroger sur les conditions de son existence.

Il y a au moins un cas où celle-ci est unanimement admise : lorsque la victime avait l'espoir d'obtenir un avantage futur. Les chances se définissent par rapport à cet « enjeu », selon le mot utilisé par M. Chabas : gain d'une course, d'un procès, réussite à un concours, espoir d'une promotion, etc. Elles représentent une valeur indépendante du gain espéré, de l'enjeu, dont la perte est indemnisable.

Dans ce type de situation un aléa existe puisque par hypothèse les chances sont aléatoires ; mais il n'est pas là un obstacle à l'existence d'un préjudice, bien au contraire, puisque c'est la disparition - certaine - de cet aléa, de ces chances de gain, qui constitue le préjudice, lequel ne se confond évidemment pas avec la perte de l'avantage espéré dont l'incertitude interdit toute indemnisation. C'est ce que n'avait pas compris une cour d'appel qui avait refusé la réparation de la perte d'une chance de gains d'un éleveur de chevaux qui, victime d'un accident, n'avait pu entraîner une jument de son élevage en vue des épreuves auxquelles elle devait participer. L'arrêt se fondait sur les aléas du rapport de courses. Pour le casser, la chambre criminelle (6 juin 1990, *Galerieau, Resp. civ. et assur.* 1990, comm n° 313 ; cette *Revue* 1991.121 ) lui a rappelé que, « par définition, la réalisation d'une chance n'est jamais certaine » et que 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 du délit, de la probabilité d'un événement favorable ».

A peine moins contestée est la situation de la personne qui se trouve engagée dans un processus préjudiciable, mais avec l'espoir d'éviter le dommage qui se profile. Le fait d'un tiers peut alors lui faire perdre les chances dont elle disposait d'éviter la réalisation des risques de dommage auxquels elle était exposée. Les applications les plus fréquentes se rencontrent dans le domaine médical lorsque, par exemple, la faute d'un chirurgien fait perdre à son patient les chances de survie qui lui restaient avant son intervention.

Comme dans le cas précédent, la victime se trouve, au moment de l'intervention fautive du médecin, dans une situation aléatoire ; le patient n'a plus que des chances d'éviter un mal qui menace (mort, infirmité). Ce qui justifie aux yeux de la plupart des auteurs une analogie de solutions. Mais à la différence du premier cas, les chances sont celles d'éviter un dommage - c'est l'enjeu - et la victime en a quand même couru certaines : le processus ait allé jusqu'à son terme et le dommage s'est produit. C'est cette considération qui a fait douter certains auteurs que l'on puisse encore parler de « perte de chance » : il ne s'agirait plus d'évaluer un préjudice ; il faudrait seulement se prononcer sur le lien de causalité entre ce dommage et la faute et, s'il est incertain, écarter toute réparation (J. Penneau, cité *infra* ; *adde*, R. Savatier, *D.* 1970.*Chron.*123).

En dépit de cela, la jurisprudence accepte d'indemniser les chances perdues d'éviter le dommage. Un nouvel arrêt confirme cette solution (Civ. 1^{re}, 10 janv. 1990, *Sigillo et autre c/ Malle-Dupuis et autre*, *Bull. civ.* I, n° 10 ; *D.* 1991.*Somm.*358, obs. J. Penneau ). Un patient

1

qui, au réveil d'une opération, s'était plaint de douleurs thoraciques, se vit administrer un analgésique (Baralgine). Il décéda quelques instants après. La cause du décès ne put être établie avec certitude, mais trois imprudences furent révélées : celle de l'anesthésiste, qui n'avait pas assuré la surveillance du patient jusqu'à la complète reprise des fonctions vitales ; celle du chirurgien, qui avait quitté la clinique sans s'assurer que le malade restait sous la surveillance d'une personne qualifiée ; enfin celle du médecin traitant, qui ne s'était pas assuré que l'allergie à la Baralgine avait été portée à la connaissance du chirurgien. Une cour d'appel fut approuvée d'avoir condamné les anesthésiste et chirurgien à réparer la perte d'une chance de survie due à leur faute : au moment de leur intervention le patient possédait encore une chance de survie. (On verra plus loin qu'en revanche, la Cour de cassation a censuré la condamnation du médecin traitant en raison du caractère trop hypothétique du lien de causalité entre sa faute et la perte d'une chance de survie).

Par extension, on devrait admettre que si, en dehors même de tout processus morbide évolutif, un tiers fait perdre tout espoir d'un avantage ou de l'amélioration d'une situation donnée, il y a perte de chance. Un arrêt (Civ. 1^{re}, 8 janv. 1985, D. 1986.390, note J. Penneau) illustre bien cette hypothèse : le chirurgien qui, en procédant à tort à une radiothérapie, rend plus fragile un os sur lequel devait s'appliquer une prothèse, fait perdre à son patient la chance qu'il avait de la conserver, même si l'on ne peut indemniser le préjudice représenté par le descellement de la prothèse faute de relation causale certaine avec la faute médicale. Comme l'observe M. Chabas (*op. cit.* p. 135), il se peut que la faute ait par avance fait disparaître l'aléa ou, si l'on préfère, qu'elle ait fait perdre au patient des chances de bénéficier de l'amélioration espérée.

Pour cet auteur (préc. p. 139 et s.), ces situations devraient être distinguées de celle où, au moment de l'intervention du tiers, la victime disposait de toutes ses chances - et non pas seulement des chances - d'éviter un dommage. Il en est ainsi lorsqu'elle n'était engagée dans aucune dynamique préjudiciable, n'avait aucun espoir de gain, ni ne courait aucun risque particulier de perte. Tel est le cas de celui qui se fait opérer d'une hernie et qui décède après l'opération (exemple emprunté à l'auteur). Il n'y a donc plus de véritable aléa préexistant : le patient n'est pas en danger. Dès lors, indemniser la perte d'une chance serait, selon cet auteur, « confondre l'aléa intrinsèque au préjudice et l'incertitude sur le lien causal » ou pour reprendre une expression de Savatier « projeter dans l'évaluation du dommage les doutes que l'on a sur l'existence du lien de causalité ».

Cette très fine analyse met l'accent sur les éléments caractéristiques de la perte d'une chance dégagée par M. Chabas : l'enjeu et l'aléa. Sans doute dans les situations que vise l'auteur peut-on dire que le dommage finalement subi ne correspond pas à celui auquel tentait d'échapper la victime ; celle-ci ne visait d'ailleurs en réalité qu'un avantage, une amélioration de son état - c'était l'enjeu -, non à éviter un dommage ; il y a donc inadéquation entre le dommage final (décès, dans l'exemple) et l'enjeu. En outre, l'on conviendra qu'alors la réparation de la chance perdue apparaît surtout comme un palliatif destiné à la faire bénéficier la victime d'une réparation partielle en cas d'incertitude persistante sur lien causal entre le décès et la faute du chirurgien. Comme tous les palliatifs, le procédé a des odeurs d'artifice et n'est peut-être pas la meilleure solution. Cela explique les critiques de M^{elle} Viney qui lui préfère une indemnisation intégrale fondée sur la création fautive d'un risque injustifié et qui serait admise en vertu d'une libéralisation de la preuve du lien de causalité en ce domaine (*La responsabilité : conditions*, n° 371 s., où l'auteur relève d'ailleurs les premières manifestations d'une tendance jurisprudentielle en ce sens).

Mais la distinction proposée par M. Chabas sera souvent difficile à mettre en oeuvre. Il ne sera pas toujours aisé de faire concrètement le départ entre les cas où il y a un risque préexistant et ceux où il n'y en a pas. En matière médicale, toute intervention présente d'ailleurs une certaine dose d'aléa. Aussi, refuser de prendre en compte la perte d'une chance lorsque, *a priori*, l'aléa n'existe pas, pourrait conduire à des distinctions arbitraires.

D'ailleurs pourquoi faudrait-il distinguer entre l'augmentation de risques préexistants à l'intervention d'un tiers (perte de chance) et la création de risques nouveaux pour une personne qui n'y était pas exposée ? N'y a-t-il pas, dans ce dernier cas, un préjudice tout

aussi indemnifiable ? Le simple fait de se trouver exposé à des risques de dommage qui n'existaient pas auparavant est en soi un dommage distinct du préjudice final. Si la faute du tiers n'est pas la cause certaine de celui-ci, elle a cependant joué un certain rôle en ce sens qu'elle a favorisé l'apparition du dommage en créant des risques ; ne peut-on pas dire alors qu'elle a fait perdre des chances d'éviter un dommage qui n'aurait jamais dû se produire ?

Enfin, on se demandera s'il est juste de refuser à certaines victimes toute indemnisation au motif qu'elles ne se trouvent pas dans une situation aléatoire lors de l'intervention dommageable, alors qu'on l'accepterait au profit des autres parce qu'elles sont engagées dans un quelconque processus morbide ? Toutes ont été victimes de fautes qui ont dégradé leur état ou leur situation et les raisons théoriques de distinguer apparaissent d'une subtilité qui pourrait bien leur échapper. Toute augmentation ou création de risques devrait donc, à notre sens, être considérée comme réparable dès lors que l'on admet l'indemnisation des chances perdues d'éviter un dommage.

La jurisprudence, quant à elle, ne s'est pas arrêtée aux objections de ceux qui sont hostiles à la réparation de la perte d'une chance en matière médicale (R. Savatier et J. Penneau, préc.) Et il n'est pas certain qu'elle adopte la distinction proposée par M. Chabas. Sans doute l'arrêt de la première chambre civile du 17 novembre 1982 (*JCP* 1983.II.20056, note M. Saluden ; *D.* 1984.305, A. Dorsner-Dolivet ; cette *Revue* 1983.139, obs. G. Durry), qui fut présenté comme un revirement, semblerait de prime abord plaider en sa faveur, puisqu'il casse une décision ayant indemnisé la perte d'une chance dans une espèce où la victime d'une embolie gazeuse était opérée d'un sinus et n'était pas *a priori* exposée à un tel risque de dommage. Mais cet arrêt a été autrement interprété. On a observé que, dans l'espèce, il n'existait aucun lien de causalité non seulement entre le dommage final et la faute du médecin, mais encore entre cette faute et la perte d'une quelconque chance (en ce sens J. Penneau, note au *D.* 1986.390).

Les difficultés atteignent leur point culminant lorsque l'on aborde les hypothèses où, en l'absence de toute activité préalable ou espoir de gain, l'intervention d'un tiers empêche une personne de prendre une décision ou d'avoir une attitude qui eût évité une perte. L'hypothèse courante est celle où un défaut d'information expose à des risques de dommages qui se réalisent. Une incertitude affecte le lien de causalité entre la faute et le dommage, car il n'est jamais sûr que, dûment informée, la victime aurait pris une décision propre à éviter le dommage. D'où l'idée de recourir à la perte d'une chance. Le problème tient ici au fait que les chances dépendent de la victime elle-même, ce qui ferait douter du lien de causalité entre la faute et la perte d'une chance d'éviter le dommage.

La jurisprudence est alors plus hésitante. Si certains arrêts ont indemnisé totalement la victime (Civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, *JCP* 1987.II.20775, note A. Dorsner-Dolivet ; *Gaz. Pal.* 1986.1.297, note F. Chabas), d'autres ont au contraire refusé toute réparation (Civ. 1^{re}, 2 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985.1.pan.60), tandis que d'autres enfin ont eu recours à l'indemnisation de la perte d'une chance (Civ. 1^{re}, 5 nov. 1974, *Bull. civ.* I, n° 292).

Plusieurs arrêts récents se rallient à ce dernier courant. C'est ainsi que la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, *Jugnet c/ Hérard et autre*, *Bull. civ.* I, n° 39 ; *Resp. civ. et assur.* 1990, comm n° 162 ; *D.* 1991.*Somm.*183, obs. J. Penneau ☞) a estimé qu'en manquant à son obligation d'éclairer le patient sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, le médecin a seulement privé le malade d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, à un risque qui s'est finalement réalisé. Ce faisant elle rejette ainsi le pourvoi qui reprochait à une cour d'appel de ne pas avoir prononcé une réparation intégrale du dommage à la suite de l'opération.

Dans une autre affaire, une femme, qui avait contracté la rubéole en début de grossesse, mit au monde un enfant atteint de diverses malformations. Sur la demande d'indemnisation qu'elle formulait au nom de son enfant, une cour d'appel (Pau, 1^{re} ch. 8 mars 1990, *Epoux David c/ Gosse-Gardet et autres*, *D.* 1991.*Somm.*357, obs. J. Penneau ☞) condamna le médecin qui avait établi, quatre ans plus tôt, un certificat pré-nuptial sans demander le test

obligatoire de la sérologie de la rubéole. L'arrêt est sur ce point approuvé d'avoir jugé que l'omission du médecin constituait une faute professionnelle privant la patiente de tout renseignement sur sa situation immunitaire vis-à-vis de la rubéole et d'en avoir exactement déduit qu'il existe un lien de causalité entre l'abstention fautive du médecin et la perte d'une chance de l'enfant d'éviter les conséquences de la rubéole contractée par la mère (Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, *Bull. civ. I*, n° 248).

Mais la cour d'appel écarta la responsabilité des deux médecins qui avaient suivi la mère pendant sa grossesse, à savoir : 1) un médecin généraliste, consulté en début de grossesse pour une manifestation allergique, qui n'avait pas prescrit, pour l'établissement du certificat de grossesse, un test de recherche de rubéole, 2) un gynécologue, consulté peu de temps après, qui n'avait pas prescrit un deuxième examen après avoir eu connaissance d'un taux d'anticorps antirubéoleux. Bien qu'elle eût relevé les carences des médecins, la cour estima qu'ils ne disposaient plus, au stade de la grossesse où ils sont intervenus (un mois après le début pour l'un, deux mois pour l'autre), de moyens pour prévenir les malformations dues à la rubéole. Mais la Cour suprême a censuré la décision de ce chef, déclarant qu'en ne procédant aux examens qui leur auraient permis d'informer les parents 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 la patiente et qui aurait permis aux parents de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique.

On approuvera totalement cet arrêt qui confirme que le défaut d'information du médecin peut être sanctionné par l'indemnisation de la perte de chances de prendre une décision de nature à éviter un dommage. Aucune des deux autres solutions concevables ne vaut celle-ci. Accorder une indemnisation intégrale nierait l'incertitude qui subsiste sur la décision qu'aurait finalement prise la victime dûment informée. Refuser toute réparation méconnaîtrait le fait que son ignorance l'a privée de la chance qu'elle avait d'éviter le dommage.

Ce n'est pas à dire que, même lorsque elle existe, la perte d'une chance sera toujours réparable.

II. - Les tribunaux subordonnent en effet à juste titre l'indemnisation à des conditions strictes. On rappellera que les chances doivent d'abord être réelles et sérieuses (pour une application récente, V. Ass. plén. 3 juin 1988, cette *Revue* 1989.1981, pour l'omission fautive d'un avocat aux conseils de soutenir un pourvoi) ; ensuite, que la perte de chances doit être en relation de causalité certaine avec le fait générateur de responsabilité (V. récemment, Civ. 1^{re}, 11 oct. 1988, *Bull. civ. I*, n° 281).

L'arrêt ci-dessus rapporté du 10 janvier 1990 (*Consorts Sigillo*) illustre cette dernière condition. La décision attaquée avait condamné le médecin traitant omettant de prévenir le chirurgien de l'allergie du malade à la Baralguine, à réparer la perte d'une chance d'être soigné efficacement au cours de l'incident postopératoire. Elle fut cassée en raison du caractère « purement hypothétique » du lien de causalité entre la faute et la perte des chances de survie du malade. La Haute juridiction relève en effet qu'il n'était pas établi que le décès fût imputable à cette allergie. Dans ces conditions, la faute commise n'avait peut-être joué aucun rôle : non seulement, elle n'avait pas été une cause certaine du dommage, mais encore elle n'avait pas de façon certaine fait perdre une chance à la victime, car, même informée, le chirurgien n'aurait peut-être pas pu éviter le dommage. Pour qu'il y ait un lien causal entre le fait générateur et la perte d'une chance, il faut donc qu'au moins celui-là ait joué un rôle certain dans l'apparition du dommage.

Dans une autre espèce, la première chambre civile (5 févr. 1991, *Consorts X. c/ Calendrier et autres*, *Bull. civ. I*, n° 55 ; D. 1991.Somm.358, obs. J. Penneau ) a observé une position semblable. Un enfant était né atteint d'une atrophie des deux oreilles et d'une surdité totale. Un tribunal de grande instance avait attribué la cause des malformations à l'irradiation résultant des radiographies de l'abdomen pendant le premier mois de la grossesse. La cour d'appel ayant nié le lien de causalité entre l'irradiation et le dommage de l'enfant, le pourvoi lui reprochait de ne pas avoir recherché si cette irradiation n'avait pas été la cause d'une perte d'une chance qu'avait l'enfant de naître sans infirmité. La Haute juridiction le rejette : la cour

avait constaté que les experts avaient seulement émis « l'hypothèse que l'irradiation ait augmenté très légèrement la probabilité naturelle d'anomalie », laquelle dépendait « d'une prédisposition génétique mal définie et totalement indiscernable » ; dès lors, la cour d'appel a été approuvée de retenir « que ce rôle éventuel de l'irradiation, qui demeurerait incertain, aurait pu constitué une cause concurrente, mais ne caractérisait pas une perte de chance ».

Les juges se montrent assez sévères, car le rôle joué par l'irradiation ici, par l'allergie là, n'était pas totalement exclu. Mais cela ne suffit pas ; il faut que ce rôle soit certain. Condition pour laquelle les juges du fond disposeront d'un large pouvoir d'appréciation, mais qui représente une limite nécessaire pour éviter les risques d'abus dans l'indemnisation de la perte d'une chance en cas d'incertitude sur le lien de causalité.

III. - On signalera pour finir un arrêt intéressant sur l'évaluation de ce préjudice (Civ. 1^{re}, 7 juin 1989, *Parisi c/ Vignes*, *Bull. civ. I*, n° 230 ; *D.* 1991.158, note Couturier ; *D.* 1991.Somm.323, obs. J.-L. Aubert )

La victime d'une faute médicale avait obtenu des tribunaux une indemnisation du préjudice résultant pour elle de la perte d'une chance de guérison ou d'amélioration de son état. Son état s'étant par la suite aggravé, elle sollicita une réparation complémentaire, qui lui fut refusée au motif que la perte d'une chance constitue un préjudice spécifique indépendant du préjudice final représenté par l'invalidité et qui ne peut être révisé. A juste titre l'arrêt est cassé. Pour la Cour suprême, au contraire, ce préjudice « est fonction de la gravité de l'état réel » de la victime, de sorte que l'étendue du dommage pouvait se trouver modifiée par l'aggravation de son incapacité.

Il est vrai que la perte d'une chance est un préjudice spécifique et autonome en ce sens qu'il ne doit pas être confondu avec le préjudice final et ne constitue pas une fraction de celui-ci. Mais, pour l'évaluation, la perte de chances d'éviter un dommage est nécessairement fonction de ce dommage ; l'indemnité qui la répare s'obtient par l'application à la valeur du dommage final d'un pourcentage représentant ces chances. Si le dommage final varie après une première évaluation, la perte d'une chance doit donc varier dans la même proportion.

Mots clés :

RESPONSABILITE CIVILE * Réparation du préjudice * Perte d'une chance * Aléa * Médecin

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.