

UNIVERSITE DE LILLE II

DROIT ET SANTE

Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

Mémoire dans le cadre du

DEA de Droit public

Soutenu par

Isabelle SOUPLET

**LA PERTE DE CHANCES DANS LE DROIT DE LA
RESPONSABILITE MEDICALE.**

Sous la direction de M. LECOCQ.

2002

« L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur. »

A mon père,

A la mémoire de mon grand-père,

*A mon directeur de mémoire, Monsieur LECOCQ,
pour toute son attention.*

SOMMAIRE :

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : Existence et incidence d'un préjudice dont le caractère direct est sujet à caution.

CHAPITRE I : la perte de chances, ou l'avènement d'une responsabilité sans lien de causalité ?

CHAPITRE II : Le relâchement du lien causal, base d'une notion fonctionnelle ?

DEUXIEME PARTIE : La perte de chances, une notion à appréhender sous l'angle du préjudice.

CHAPITRE I : La perte de chances, un préjudice « classique » ou teinté d'originalité ?

CHAPITRE II : La perte de chances, ou les affres du principe « tout le préjudice, rien que le préjudice ».

LISTE DES ABREVIATIONS

v.	Autre.
aff.	Affaire.
AJDA :	Actualité juridique de droit administratif
AP-HP	Assistance publique – hôpitaux de Paris.
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chance civile de la Cour de cassation.
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chance criminelle de la Cour de cassation.
CA	Cour d’appel.
CAA	Cour administrative d’appel.
Ch. Req.	Chambre des requêtes.
CE	Conseil d’Etat.
Cf.	confer
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes.
Cour EDH	Cour européenne des droits de l’Homme.
D.	Dalloz
Gaz .Pal.	Gazette du Palais.
infra	ci-dessous
JO	Journal officiel de la République Française.
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches.
n°	numéro
not.	Notamment
ord.	Ordonnance
OTAN	Organisation du Traité de l’Atlantique Nord
p	page
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
pp	pages
préc.	précité
PUF	Presses Universitaires de Conclu
Rec.	Recueil Lebon.
RFD adm.	Revue française de droit administratif.

Req.	Requête
RDP	Revue de Droit public
RD sanit. soc.	Revue de droit sanitaire et sociale.
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
TA	Tribunal administratif.
v.	suivantes
supra	ci-dessus
v.	voir

« *Considérant qu'en tout état de cause les médecins prescripteurs (...) étaient (...) tenus de trancher entre l'impératif immédiat de protéger la vie des hémophiles tributaires des produits prophylactiques ou le risque plus lointain de les voir développer une maladie mortelle ; Considérant que l'utilisation desdits produits dans ces circonstances (...) et dans l'ignorance de la contamination de l'ensemble des lots du CNTS exonère les médecins prescripteurs (...) de toute responsabilité pénale, par application de l'article 122-7 du nouveau code pénal [relatif à l'état de nécessité]*»¹. Ces considérants de l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris² aboutissant à un non-lieu général signifient-ils qu'en exposant les hémophiles au risque de contamination par le virus du sida, les médecins n'ont commis aucune faute parce que leur état de santé le justifiait ? Les hémophiles n'auraient-ils perdu de ce fait aucune chance de survie ?

Cet arrêt pose le problème de la place de la notion de perte de chances dans le droit de la responsabilité. Ici, elle est invoquée au pénal, mais c'est normalement une notion civiliste. Comment est-elle apparue en droit médical ? Quelle place y occupe-t-elle ? Dans quelle mesure permet-elle d'indemniser les dommages subis par des patients ?

Commençons par retracer l'histoire de la perte de chances...

La terminologie de la perte de chances apparaît pour la première fois sous les auspices du juge judiciaire, à la fin du XIX^{ème} siècle³. Dans la première espèce, la chambre des requêtes avait à statuer sur la faute de mandataires de justice qui avaient privé un individu de la possibilité d'exercer un recours. L'apparition de ce chef de préjudice ne devait poser aucune difficulté et les hypothèses de perte de chances se multiplièrent donc devant le juge de droit commun. Ainsi, furent indemnisés : le préjudice subi par un individu dont l'avocat⁴ laisse passer le délai de recours, parce qu'il avait des chances de gagner son procès ; celui subi par la veuve d'un étudiant en sixième année de médecine mortellement blessé dans un accident, parce qu'elle ne pourra bénéficier de la bonne situation qu'elle pouvait espérer avec

¹J-M DUMAY , *Malaise après les motivations du non-lieu pour le sang contaminé*, Le Monde, 07.07.2002. Les principaux extraits de l'arrêt de la chambre de l'instruction sont reproduits.

² Arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris, 05.07.2002.

³ *Req. 17.07.1889*, S.1891, I, 399.

⁴ *Cass. Civ.,23.03.1911*, DP 1914, I, 225, note LALOU.

les revenus de son mari⁵ ; celui du propriétaire d'un cheval de course, dont l'animal ne pourra plus courir par la faute d'un tiers⁶...

Dans quasiment toutes les branches de la responsabilité, il semblerait donc que le juge ait accepté très tôt que soit invoquée la perte d'une chance. Dans tous ces cas, les victimes ont perdu l'opportunité de voir leur situation s'améliorer, même si le juge doit tenir compte du fait que, rien n'étant jamais acquis, il aurait été possible que les espérances des individus ne soient pas satisfaites⁷...

Le juge administratif emboîtera le pas de son homologue à partir des années vingt, mais beaucoup plus timidement, à tel point qu'on peut ainsi considérer que l'émergence de cette notion s'est faite en catimini. Il utilisera d'abord la perte de chances dans le domaine des permis de stationnement, permissions de voirie⁸... mais, selon les termes de C. CHATELAIN, il ne le fera « *qu'à demi-mots, en faisant surtout appel à son esprit* »⁹. Il deviendra certes un peu plus explicite par la suite, mais il faut reconnaître que nombre d'arrêtés dans lesquels les juges auraient pu conclure à la perte de chances ne mentionnent pas du tout celle-ci. Il arrive donc que les « chapeaux » du recueil Lebon mentionnent la perte de chances, alors qu'aucune allusion n'y est faite ni dans l'arrêt, ni dans les conclusions du commissaire du gouvernement¹⁰. Cela peut paraître d'autant plus étonnant que la perte de chances est invoquée dans beaucoup de décisions du juge judiciaire et que, comme en droit commun, elle est susceptible d'être utilisée dans des contentieux très divers, tels que les marchés publics, la voirie... même si son domaine de prédilection reste le droit de la fonction publique¹¹.

⁵ Cass. crim. 24.02.1970, JCP 1970, II, 16456. En l'espèce, le chauffeur routier dont le véhicule avait provoqué la mort de son mari avait été reconnu entièrement responsable de l'accident.

⁶ Civ, 2^{ème} ch., 04.05.1972, DP1972, I, 596.

⁷ G. VINEY, *Les obligations : la responsabilité conditions*, LGDJ 1987, 1080 p. Après avoir affirmé que la chance est « *en elle-même aléatoire et [que] rien ne permet donc d'affirmer que si l'événement qui a privé la victime de cette chance n'avait pas eu lieu le profit escompté aurait été effectivement réalisé* », G. VINEY se demande s'il ne faut pas « *en déduire que le dommage est essentiellement incertain et de ce fait ne mérite pas réparation* ». Elle conclura finalement, après avoir exposé plusieurs arguments (que nous étudierons par la suite) à la légitimité de l'invocation de cette notion.

⁸ CE, 14.01.1921, *Sieur Rabé*, Rec. p.49 ; CE Sect., 10.03.1933, *Sieur Rouasse*, Rec.p .301.

⁹ C. CHATELAIN, *La théorie de la perte de chance en droit hospitalier*, Thèse Lille, 2002, 347 p.

¹⁰ On peut alors se demander si le juge invoque ou occulte cette notion dans des cas particuliers, ou si la mention de celle-ci se fait de façon aléatoire.

¹¹ Le premier arrêt du Conseil d'Etat invoquant la perte de chance dans le droit de la fonction publique est l'arrêt *Bacon du 03.09.1928* (CE, sect., Leb. p.1035, S. 1929.3.3).

Selon M. DEGUERGUE¹², cette occultation de ce chef de préjudice est due à trois raisons principales. D'abord, il « *dessert la thèse de l'autonomie de la responsabilité administrative* » ; ensuite, il aurait été ignoré des publicistes parce que ceux-ci s'intéressaient beaucoup plus aux évolutions des réparations des préjudices moraux pour la veuve, la concubine... Enfin, le juge administratif était sans doute rebuté par l'idée de dire explicitement qu'il acceptait de réparer un préjudice qui pouvait être considéré comme ne revêtant qu'un caractère éventuel, voire pour les plus critiques purement hypothétique...

On peut également expliquer cette relative pusillanimité par le fait que l'indemnisation de la perte de chances pouvait sembler assez proche de la réparation d'un préjudice moral, et que le juge administratif refusait d'accorder une quelconque indemnité de ce chef, au motif que les larmes ne se monnaient pas.

Le même scénario se déroula cependant devant les deux ordres de juridiction: la doctrine ne trouva rien à redire à cette jurisprudence, et les juges procédèrent donc à une extension rapide des préjudices susceptibles d'être indemnisés sous ce chef. A cette époque, il faut dire que cette notion était encore pure, utilisée uniquement par le juge pour établir la certitude du préjudice.

Si la perte de chances avait donc été introduite sans heurt devant les deux ordres de juridiction, son extension au droit médical suscita un tollé. Désormais, elle était dévoyée...

Cette initiative des juges du fond fut d'abord acceptée par les juges de la haute juridiction administrative, qui pourtant avaient été jusque là en retrait par rapport à leurs homologues judiciaires, puisqu'ils semblaient quasiment honteux de se référer à cette notion et préféraient souvent l'occulter. Par un arrêt du 24 Avril 1964¹³, le Conseil d'Etat considéra que les négligences du personnel soignant avaient « *compromis les chances qu'avaient le sieur R. d'éviter l'amputation* ». Certes, le patient avait subi un dommage –l'amputation- qui aurait peut-être pu être évité. Sa situation, s'il avait été soigné, était susceptible d'être meilleure. Mais était-on sûr du fait qu'une intervention, des soins plus appropriés auraient évité cette suite douloureuse ? Le lien de causalité était-il certain ? Le Palais Royal avait ouvert la boîte de Pandore...

¹² M. DEGUERGUE, *La perte de chance en droit administratif*, in *L'égalité des chances, Analyses, évolutions et perspectives*, sous la direction de G. KOUBI et G. GUGLIELMI, La découverte, 2000, p.197s.

¹³ CE, 24.04.1964, *Hôpital-Hospice de Voiron*, Rec. p.260.

La Cour de Cassation adopta elle-aussi, peu de temps après le Conseil d'Etat, la théorie de la perte de chances en droit médical¹⁴. Il s'agissait, en l'espèce, d'un enfant devenu infirme alors que les médecins avaient fait une erreur de diagnostic ; la Cour décida alors de réparer « *les chances de guérison dont a été privé le patient* ». Là encore, il n'était absolument pas certain que, en l'absence de faute, le handicap ne serait pas survenu...

On pourra noter la symbiose des deux ordres de juridiction, qui, à quelques mois d'intervalle, acceptent d'invoquer la perte de chances dans un domaine qui pourtant est assez particulier et qui aurait pu paraître rétif à ce genre d'innovation.

A partir de ces arrêts, les critiques à l'encontre de la perte de chances vont se multiplier. Cela tient à la spécificité du domaine médical. Comme le souligne P-R PREVOST, cette extension de la perte de chances dans cette matière, avec ses spécificités, peut paraître « *téméraire, étant donné que la chance de guérir est déjà entachée d'un aspect négatif représenté par la maladie elle-même et les réactions biologiques individuelles imprévisibles* »¹⁵...

Comment le juge fait-il pour conclure à la perte de chances en ce domaine ? En quoi sa démarche peut-elle paraître critiquable ?

Etudions le raisonnement du juge, dans le cas où la perte de chances est invoquée en droit médical ; il se fait en six étapes¹⁶ :

1. Une FAUTE est prouvée, lors d'un acte médical.
2. Cette faute a diminué les CHANCES DE SUCCES de cet acte ou a laissé S'AGGRAVER l'état du patient
3. Le patient subit de ce fait un DOMMAGE.
4. Le juge reste INDECIS sur le point de savoir si des soins appropriés auraient EVITE le dommage.
5. Il ESTIME la perte de chances subie.
6. Il EVALUE EN ARGENT la réparation à accorder.

¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14.12.1965, JCP G 1966, II, n°14753, note Savatier.

¹⁵ P-R PREVOST, *La perte de chance en responsabilité médicale*, Thèse Lille(médecine) 1983, 79 p.

¹⁶ J-N HANSON, *La perte d'une chance de survie*, Thèse Lille (médecine), 1981, 76 p.

Intéressons-nous à ces conditions, pour essayer de comprendre en quoi la perte de chances a pu être contestée...

Normalement, la perte de chances ne peut être invoquée que dans le cadre de la responsabilité pour faute, et ce même si F. SALLET¹⁷ a trouvé un arrêt du Conseil d'Etat de 1972¹⁸ dans lequel l'invocation de la perte de chances dans le cadre de la responsabilité sans faute aurait été possible. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant atteint d'une leucémie et dont « *la vaccination a[vait] accéléré l'évolution de la maladie* ». Cependant, le Palais Royal refusa de considérer que le jeune garçon n'avait perdu qu'une chance de survie, parce que « *la loi semble avoir fait véritablement écran entre la potentialité de voir le juge appliquer la perte de chances en raison des circonstances de fait, et son utilisation effective* »¹⁹.

Cet arrêt étant le seul- selon F. SALLET- dans le cadre duquel cette notion aurait pu être employée, il faut admettre que, en droit privé comme en droit public, cette notion ne peut être invoquée que dans le cadre de la responsabilité pour faute.

Ensuite, il faut que cette faute ait des conséquences dommageables pour le patient, que sa situation se soit aggravée après la faute. Comme le souligne la Cour de cassation, « *l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition (...) de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »²⁰. Ainsi, elle ne doit pas être confondue avec la certitude, « *elle n'est qu'une probabilité suffisante* »²¹, le juge utilisant pour la déterminer une « *démarche probabiliste et statistique, de certitude relative* »²². Aussi bien pour la relation de cause à effet que pour établir dans quelle mesure on peut dire qu'une chance a été perdue, il se réfère donc à l'expérience et aux rapports des experts.

¹⁷ F. SALLET, *La perte d'une chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, LGDJ 1994, 100p.

¹⁸ CE, 23.02.1972, *Min. de la santé publique et de la sécurité sociale c/ Ep. Boghossian*.

¹⁹ F. SALLET, *préc.*

²⁰ *Cass. crim.*, 06.06.1990, Bull. crim. n°224 p.573.

²¹ J. BORE, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G.I.2620.

²² F. SALLET, *préc.*, p.5.

Mais qu'est-ce qu'une « chance perdue » ? Si à l'instar de Geneviève VINEY²³, on considère que la perte de chances peut se diviser entre « *la perte de l'espoir d'un avantage futur* » et « *l'apparition d'un risque compromettant les chances d'éviter une détérioration de la situation actuelle* », force est de constater que, en droit médical, s'il existe certes des possibilités de perdre une chance d'avancement, de gain...à cause de l'aggravation d'une maladie, la majeure partie des arrêts concerne cette deuxième sorte de perte de chances ; généralement, le patient a perdu une probabilité de recouvrer la santé, de ne pas mourir voire aujourd'hui d'exercer un droit tel que l'avortement ou, pourquoi pas, si on peut le considérer comme tel, le suicide.

Dans le cadre de ce mémoire, nous ne nous intéresserons donc qu'à la perte de chances envisagée comme « *l'apparition d'un risque compromettant les chances d'éviter une détérioration de la situation actuelle* », même si nous sommes tout à fait conscient du fait que le juge est amené à réparer aussi des pertes de chance universitaires, professionnelles, familiales...

Dans le cadre de la perte de chances, il faut comprendre que le préjudice dans son intégralité n'est pas du à la faute du médecin : si le patient est mort, c'est à la fois à cause de sa maladie et de la faute du praticien. Si la faute était l'unique cause du décès, on serait dans la situation de responsabilité classique et il n'y aurait nul besoin de recourir à cette théorie. Ainsi, la faute du médecin n'est pas envisagé comme la cause de la mort mais comme la cause de la perte de chances de guérir²⁴. Selon J. SAISON, « *l'affirmation du lien de cause à effet entre la faute et le préjudice intermédiaire permet de contourner l'incertitude causale d'origine, de court-circuiter la causalité* »²⁵.

Il faut donc pour invoquer cette théorie que le dommage qui s'est produit soit en rapport avec l'état initial du patient, que ce soit une aggravation de cet état qui aurait pu ne pas se produire. Prenons un exemple : si un patient rentre à l'hôpital pour se faire amputer de la jambe gauche et qu'on lui coupe la droite, il aura certes subi un préjudice mais celui-ci ne pourra pas s'analyser en une perte de chances parce que l'état de sa première jambe ne s'est pas aggravé. Le préjudice est ici indépendant de l'état initial et entièrement du à la faute commise par l'équipe médicale. On est dans le cadre de la responsabilité de droit commun.

²³ G. VINEY, *Traité de droit civil*, LGDJ Paris 1988 p.341s.

²⁴ J. PENNEAU, *note sous Cass. 1^{ère} civ.24.03.1981, Vve ALLAOUI c/ Dr Nemegyei* D.1981.545.

²⁵ J. SAISON, *Essai sur les variations de l'exclusion de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité*, Thèse Lille, 2000, 467p.

Par contre, s'il est entré dans cette même clinique pour un problème quelconque à cette jambe et que, faute d'être correctement soignée, elle a du être amputée, alors il s'agit d'un processus naturel qui aurait pu être évité par des soins appropriés mais qui a un rapport avec le mal initial. Le préjudice réside ici dans le fait de n'avoir pas été guéri du mal dont il souffrait, donc dans la chance de voir l'état de sa jambe s'améliorer, et la cause de cette aggravation du mal est l'absence de soins. Dans ce cas, la situation est claire, puisqu'on est certain : 1. que le mal aurait normalement pu être évité ; 2. que la faute des médecins a contribué au dommage.

Cependant, dans la plupart des cas, la situation est loin d'être aussi évidente. Assez souvent, on ne peut parvenir à la certitude que la chance de rétablissement ou de survie existait. On peut suivre MEMETEAU lorsqu'il se demande si la perte de chances, « *appliquée au droit de la responsabilité médicale, en ce domaine des conséquences dommageables d'un acte en soi aléatoire accompli dans une situation intrinsèquement dommageable elle-même (la maladie), ne fait (...) pas fi à la fois des développements de cette situation et du doute sur ce qui aurait pu se passer... autrement* »²⁶. Dans toutes les espèces où elle est invoquées, la question qui se pose est donc celle de savoir si un préjudice existe puisque, si aucune situation meilleure n'était envisageable, le malade n'a rien perdu.

Plus souvent encore, c'est le fait de savoir si la faute du praticien est bien à l'origine du dommage qui est problématique. Il ne faut pas oublier que cette notion a d'abord été utilisée comme un moyen d'é luder l'incertitude du lien de causalité entre la faute et le dommage subi par le patient. En effet, contrairement aux cas classiques de perte de chances d'avancement, de gagner une course ou un procès..., , « *supputation légitime de l'avenir* » selon les termes de J-N HANSON²⁷, chances qui sont perdues à jamais et dont on ne peut que calculer une probabilité pour savoir dans quelle mesure il était possible qu'elle se produisent, il faut admettre la spécificité de la perte de chances en matière médicale. Dans ce domaine, le processus est allé jusqu'au bout, le dommage s'est réalisé, a pu être constaté et est donc évident. Le patient, lorsqu'il a consulté le praticien, est arrivé malade. Dans certains cas, il était condamné à mourir ; dans d'autres, même si son mal n'était pas de nature à le conduire à la mort, il était incurable, et le médecin ne pouvait donc que soulager le patient. Dans ce cas, à moins que l'attitude du médecin n'ait vraiment précipité la mort, on ne pourra pas

²⁶ G. MEMETEAU, *Pertes de chance et responsabilité médicale*, Gaz. Pal. 25.10.1997, doct., p.1357.

²⁷ J-N HANSON, *La perte de chance de survie*, Thèse Seclin (médecine), 1983, 79p., p.49.

considérer que le médecin a fait perdre une chance de survie et a fortiori une chance de guérison.

La perte de chances doit donc, comme dans les autres hypothèses de perte de chances, « *s'apprécier objectivement* », même s'il faut souligner que dans le domaine de la santé cet exercice est particulièrement difficile puisque la perte de chances est située dans le passé, que le malheur s'est réalisé. Le juge devra donc être réaliste, c'est-à-dire faire la part des choses entre les conséquences d'un mal inéluctable et celles d'un comportement fautif.

La question de la perte de chances ne se pose donc que dans les cas où le patient avait des chances de ne pas succomber ou de guérir. Si le médecin n'a pas atteint son objectif, il ne peut être condamné pour cela puisque, en vertu de l'arrêt Mercier, il n'a qu'une obligation de moyen et non de résultat. Par contre, s'il a commis une faute, la question, délicate, se pose de savoir si c'est elle qui a accentué le mal du patient ou a précipité son décès. Le juge aura certes recours aux expertises, mais le doute pourra toujours subsister sur le point de savoir si le praticien est ou non responsable. D'ailleurs, aujourd'hui encore, on ne peut occulter le fait que, dans la majorité des cas, la réparation de la perte de chances est accordée alors que et même parce que on n'est pas sûr que l'imprudence, la négligence, l'erreur de diagnostic... sont bien la cause sine qua non du préjudice subi...

La perte de chances, si elle est aujourd'hui surtout analysée sous l'angle du préjudice, parce que la faute commise par le médecin a empêché une situation meilleure de se réaliser, et que c'est cette chance perdue qui constitue le préjudice à indemniser, doit donc en fait être analysée sous les deux aspects du préjudice et de la causalité. Comme le souligne M. HARICHAUX-REMU²⁸, « *il n'y a sans doute pas de question plus confuse et controversée que celle [de la perte de chances en droit médical] puisque la mise en œuvre de la responsabilité suppose la certitude du préjudice et du lien de causalité entre la faute et ce préjudice et qu'en la matière ces deux notions sont empreintes d'incertitude* ».

Ces deux aspects de la perte de chances font d'elle une notion juridique. En effet, selon J. LATOURNERIE²⁹, pour pouvoir être considérée comme telle, il faut que le concept

²⁸ M. HARICHAUX-REMU, *Juris-classeur Resp. civ. et assur.*, fascicule 440-6, p.15.

²⁹ « *Sur un Lazare juridique : bulletin de santé de la notion de service public* », EDCE 1960, p.93s.

ait à la fois une fonction d'explication et une fonction de délimitation. Pour F. SALLET³⁰, le fait que la perte de chances permette d'envisager le préjudice comme certain permet de la considérer comme remplissant cette dernière fonction, alors que le problème de la liaison causale lui donne son aspect « explicatif ». La perte de chances apparaît dès lors bel et bien comme une notion juridique, notion que nous allons étudier sous ces deux facettes.

Nous analyserons donc logiquement comment la notion de perte de chances permet dans la plupart des litiges d'occulter le caractère incertain du préjudice direct et quelles sont les conséquences de ce relâchement causal (I), puis nous nous intéresserons au passage d'une perte de chances de ne pas subir à une perte de chances d'agir et aux modalités de réparation de la perte de chances (II).

³⁰ F. SALLET, *préc.*, p.10.

PARTIE I : Existence et incidence d'un préjudice dont le caractère direct est sujet à caution.

Comme le rappelle R. CHAPUS dans son manuel de droit administratif³¹, pour qu'une réparation puisse être accordée à une personne victime d'un fait dommageable, « *il est nécessaire qu'existe un préjudice et qu'il soit la conséquence directe du fait considéré comme dommageable* ». Cela vaut évidemment en droit civil comme en droit administratif³². Pourtant, à la lecture de la jurisprudence rendue en matière de perte de chances par le juge judiciaire comme par le juge administratif, une évidence s'impose : le juge, dans un souci d'équité, par compassion pour la victime, assimile souvent une forte probabilité à une certitude ou admet qu'il n'est pas certain que seule la faute ait contribué à la réalisation du préjudice, mais accorde une indemnisation...

Cette solution, qui serait justifiée par le « *déséquilibre économique entre la victime, même assurée sociale et le médecin désormais toujours assuré* »³³, permettrait selon DURRY de compenser la toute puissance des experts, critiqués pour leur manque d'impartialité et leur penchant pour la confraternité. Elle « *permet[trait] aux juges de ne plus être liés par des rapports d'expertises très nuancés qui, après avoir relevé les fautes du praticien, admis leur lien de causalité probable avec le décès, ajoutent par scrupule scientifique et peut-être confraternel, qu'après tout la mort aurait de toute façon pu survenir* »³⁴. Les magistrats³⁵ gagneraient ainsi, grâce à cette théorie, une marge de liberté et suivraient leur intime conviction.

Mais d'autres juristes ont une vision beaucoup plus critique de cette théorie. Ainsi, selon la formule de F. CHABAS³⁶, « *une faute semble engendrer la responsabilité d'un*

³¹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien 13^{ème} édition, 1999 p.1185.

³² C'est logique puisque les responsabilités de droit commun et administrative sont toutes deux des responsabilités civiles (par opposition à des responsabilités pénale, disciplinaire, financière..).

³³ J-N HANSON, *La perte d'une chance de survie*, préc., p.45.

³⁴ G. DURRY, RTD civ. 1969, LXVII, 52; voir aussi d'autres articles du même auteur allant dans le même sens, *La faute du médecin diminuant les chances de guérison du malade*, RTD civ., 1967, p. 180 ; *Faute médicale et perte de chances de survie*, RTD civ. 1972, p.408.

³⁵ qui de toute façon ne sont pas lié par ces comptes-rendus, mais ont tendance à croire qu'il est difficile de légitimer une décision qui s'écarte du point de vue des experts.

³⁶ F. CHABAS, *Vers un changement de nature de l'obligation médicale*, JCP G 1975.I.2541.

dommage sans l'avoir causé ». Une question se pose donc : « *après la responsabilité sans faute, la responsabilité sans lien de causalité ?* »³⁷

CHAPITRE I : la perte de chances, ou l'avènement d'une responsabilité sans lien de causalité ?

Selon J. BORE³⁸, la perte de chances a été introduite en droit médical lorsque « *les services hospitaliers ou les médecins [ont] compromis les chances de guérison d'un patient, sans qu'il [soit] pour autant certain que cette faute était la cause génératrice du décès ou de l'infirmité constatés* ». La perte de chances, qui constitue normalement un préjudice particulier, aurait donc pendant longtemps été « *détournée* »³⁹ de sa vocation pour permettre une meilleure indemnisation des dommages subis.

Nous verrons dans une première section que la théorie classique de la perte de chances reposait déjà sur un raisonnement dans lequel le caractère direct du dommage était des plus incertains (Section 1). Ensuite, nous nous intéresserons aux nouvelles hypothèses dans lesquelles cette notion est utilisée pour comprendre pourquoi on peut dire que le juge est devenu de plus en plus tolérant de ce côté...(Section 2).

SECTION I : L'incertitude du lien causal dans les hypothèses « classiques » de pertes de chances.

L'étude des arrêts rendus par les deux ordres de juridiction en matière de perte de chances permet de mettre en exergue le fait que les hésitations quant au caractère direct du préjudice ne font pas obstacle à une réparation (§1). Comment est-ce possible ? Comment le juge raisonne-t-il pour aboutir à ce résultat ? (§2).

³⁷ F. CHABAS, *Note sous TGI Montpellier, 21.12.1970, Proc. De la Rep et S...c/Dr X... et Y...*, D.1971 jurisp.p.637.

³⁸ J. BORE *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G 1974.I.2620..

³⁹ G. MEMETEAU, *Pertes de chances et responsabilité médicale*, Gaz.pal.25.10.1997 p.1367.

§1. Illustrations de la mansuétude du juge dans l'appréciation du caractère direct du préjudice.

Toutes les fautes médicales semblent de nature à permettre d'engager la responsabilité des médecins ou des établissements sur la base de la perte de chances. Ici, nous nous intéresserons à quelques grandes catégories de fautes et verrons dans quelle mesure on peut considérer que, quel que soit le fait générateur, le lien de causalité peut être incertain et le dommage réparé...

D'abord, il convient de mettre en exergue le fait que la Cour de Cassation rejette toute idée de perte de chances lorsqu'il apparaît que le comportement des médecins n'a eu aucune incidence sur l'état de santé du patient. Cela paraît évident : si les juges estiment que, même en l'absence de toute faute, le dommage se serait produit, il n'y a pas lieu d'accorder une quelconque indemnité, puisque, dans ce cas, la victime n'a perdu aucune chance de survie ou de guérison. La faute commise, aussi importante soit-elle, n'a, dans ce cas, pas du tout contribué au malheur de l'individu, dont le destin était en quelque sorte de succomber ou de voir son état s'aggraver de manière inéluctable.

Différents arrêts des juridictions suprêmes illustrent ces cas où le juge du fond a cru, à tort, bon d'accorder une réparation pour perte de chances alors qu'il apparaissait incertain ou hautement improbable que la faute ait été à la source du dommage. Ainsi, dans un cas où le chirurgien avait opéré un individu sans tenir compte de son allergie, la Cour de Cassation admet certes que cette imprudence doit être regardée comme fautive mais casse l'arrêt de la cour d'appel condamnant le médecin au motif que la perte de chances entre la faute et la perte de chances de survie demeurerait « *purement hypothétique* »⁴⁰.

Un arrêt de 1996 souligne encore mieux la position des juges de cassation. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant qui souffrait des conséquences d'une dystoxie liée à l'expulsion lors de sa naissance. Les juges écartent toute condamnation des médecins au motif que le lien de causalité entre l'absence momentanée du gynécologue et le dommage était inexistant. Ils considèrent que « *dès lors que l'expulsion n'aurait pu empêcher la survenance de la complication et n'aurait pu en rien procurer à l'enfant une chance supérieure de venir au monde sans souffrir des séquelles ..* »⁴¹, le gynécologue ne pouvait être considéré comme responsable.

⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère} 10.01.1990, D.1991 som.com. p.358.

⁴¹ C. Cass., 26.03.1996, Resp. civ. et assur.1996, comm.230.

Par contre, les juridictions suprêmes acceptent d'indemniser des dommages lorsque le lien de cause à effet est douteux. Prenons quelques exemples qui illustrent le fait que le juge indemnise sans être sûr à 100% du fait que la faute est bien à l'origine du dommage et essayons de comprendre le pourquoi de l'incertitude du lien causal...

Une mauvaise organisation du service, par exemple, peut être à l'origine de différents problèmes dans les établissements, notamment ceux qui s'occupent de malades mentaux. Sandrine L..., patiente dans un Institut Médicale ergothérapique à Caen, a pu, faute de surveillance, avoir des relations sexuelles consenties avec un autre pensionnaire⁴². Les parents n'ont obtenu aucune réparation de la défloration de leur fille, mais celle-ci, du fait de son changement d'établissement après cet incident, a obtenu une indemnité pour la « *perte de chances qu'elle avait de continuer à effectuer [dans ce premier établissement] certains progrès* ».

En l'espèce, on peut bien évidemment se demander en quoi l'absence de surveillance est la cause directe de ce dommage. Comme l'ont souligné les juges, la jeune fille n'a pas été violée, elle était consentante. On peut donc imaginer que, pour elle, les relations sexuelles n'étaient pas dommageables. Seuls ses parents pouvaient donc se plaindre de cette situation... Cependant, c'est le préjudice de la jeune handicapée qui est indemnisé, parce que sa famille a choisi de la changer d'établissement, du fait de cette mauvaise surveillance. Or, les parents auraient pu donner des contraceptifs à la jeune fille et la laisser continuer cet idylle ou demander à ce qu'elle soit changée de service afin d'éviter des contacts avec son « *amant* »... Le lien de cause à effet entre l'incident et la perte de chances est ici bien incertain...

La faute à l'origine du dommage peut également être une faute d'inattention, d'imprudence ou de négligence. Ainsi, par exemple, le fait de laisser une mère de famille regagner son domicile trois jours seulement après un accouchement pendant lequel elle avait eu une hémorragie a été considéré comme fautif et la cour de cassation a considéré que « *si la cause du décès est demeurée inconnue, on peut seulement retenir que par son défaut de direction et de surveillance, le praticien a laissé se développer une anémie et une infection* ».

⁴² Il faut bien souligner en l'espèce que la jeune fille était consentante. Elle n'avait pas été harcelée, n'avait prévenu personne d'un quelconque danger pour elle..

et a ainsi compromis les chances de guérison»⁴³. La sage-femme sera elle-aussi condamnée⁴⁴...

Parfois, ce sont des erreurs de diagnostic qui peuvent faire perdre des chances de survie à un patient, sans qu'on puisse être sûr qu'une intervention plus rapide ou plus appropriée aurait eu une incidence sur son état de santé. Avant d'analyser les problèmes posés en matière de causalité, rappelons simplement que la simple erreur de diagnostic ou de traitement, sauf violation flagrante des données actuelles de la science, n'est pas fautive⁴⁵. C'est donc l'erreur manifeste, la prolongation de la mauvaise analyse, voire l'entêtement du médecin a posé le même diagnostic alors que le malade ne guérit pas qui sont fautifs.

Une fois le caractère fautif d'un diagnostic ou d'un traitement admis, encore faut-il qu'il existe de réelles répercussions de celles-ci sur la santé de l'individu, même s'il faut admettre que, dans le cadre de la perte de chances, le juge est assez libéral pour apprécier le caractère direct du préjudice... Prenons deux exemples éclairant bien la mansuétude des magistrats. Pour une femme venant d'accoucher qui, suite à un hématome rétro-placentaire, s'est retrouvée gravement handicapée tant mentalement que physiquement, la cour souligne que, pour les experts, « *il est impossible de dire si du fait du retard qu'elle a occasionné dans la décision thérapeutique, [l'erreur de diagnostic] a eu une répercussion fâcheuse sur l'état maternel* »; que de plus les médecins n'ont commis aucune erreur, mais qu'il était possible de mieux surveiller la jeune femme. Elle condamne donc la clinique et les médecins a réparé les 2/3 du préjudices subis par la femme et sa famille.

Malgré le fait qu'il n'est absolument pas certain qu'une intervention médicale aurait pu, en l'état de la science, changer quoique ce soit à l'état de la patiente, les juges acceptent donc d'indemniser les requérants⁴⁶. Sachant qu'en plus, en l'espèce, si la faute de l'établissement existe bel et bien -ce qui est douteux- il est impossible de déterminer dans quelle mesure elle a contribué au dommage.

Dans un autre cas, alors qu'une réanimation a été qualifiée d'insuffisante, le juges affirment que « *les précautions de principe, dans le cas étudié, pouvaient être vaines, elles n'étaient cependant pas à négliger* » et condamnent les médecins.

⁴³ E. M. B., *note sous Cass. 1^{ère} civ.25.05.1971*, JCP 1971.II.16859 ; bull. cass. n°169 p.142.

⁴⁴ Arrêt du même jour, *Cass. 1^{ère} civ.25.05.1971*, Bull. cass. n°171 p.144.

⁴⁵ A fortiori, l'erreur de diagnostic n'est pas condamnable si elle est fréquente et difficile à éviter. Voir article G. DARCY, *Note sous TA Strasbourg, 17.07.1990, Ep. Sokal c/ Hôpital Notre-Dame-de-Bon-Secours*, AJDA 1991, p.217.

Dans de telles hypothèses, on peut aisément souscrire à l'opinion d'auteurs critiques envers cette jurisprudence. Ainsi, DURRY considérait que « *c'est faussement que les juges empruntent cette notion pour dissimuler leur incertitude sur la causalité* »⁴⁷, tandis que SAVATIER pouvait affirmer que, « *toutes les fois que le juge se reconnaît incapable d'établir le rapport de causalité (...), il pourrait accorder une indemnité partielle sur le simple énoncé de son embarras et sous prétexte qu'une chance existait que la faute ait causé le dommage, alors qu'en réalité cette prétendue chance se confond avec son incertitude subjective sur les causes du dommage* »⁴⁸.

Dans toutes ces espèces, le juge laisse entendre ses hésitations quand au lien de causalité entre la ou les fautes commises et le dommage subi par le patient. Cependant, dans bien des cas, les juges insistent sur le caractère fautif des actes ou des abstentions et éludent la question du caractère direct ou non du préjudice. Ainsi, dans deux arrêts de la cour de cassation des 5 Mars 1974 et 20 février 1979, arrêts dans lesquels des médecins ont été condamnés pour avoir fait courir à des patients des risques disproportionnés par rapport à leur état, les juges insistent sur le caractère fautif de cette mise en danger mais occultent le problème du caractère direct des dommages par rapport aux choix des médecins. Ils soulignent ainsi dans la première espèce que le choix d'une méthode d'accouchement aussi dangereuse n'était en rien justifié, dans la seconde que l'injection de méthiodal pour une radiographie ne s'imposait pas, mais ne précisent en rien en quoi ces techniques ont contribué au dommage subi...

Selon J. SAISON, dans le cadre de la perte de chances, « *la certitude du lien causal entre la faute et la perte de chances camoufle ainsi l'incertitude causale entre la faute et le décès ou l'aggravation du préjudice* »⁴⁹. Cependant, dans ces arrêts, on constate que même la relation de cause à effet entre la faute et la chance perdue est incertaine... On peut donc suivre P-R PREVOST⁵⁰ lorsqu'il affirme « *qu'une faute certaine a fait perdre à la victime d'un dommage certain une chance hypothétique de sa non-survenue* ».

⁴⁶ CA Paris, 1^{ère} ch.B, 16.12.1994 J-F Chicandard et P. Riscala c. N. Dupas, Gaz.pal.13.07.1995 jurisp.p.353.

⁴⁷ G. DURRY, note sous Cass. 1^{ère} civ. 17.11.1982, Dr G..., RTD civ. 1983.547.

⁴⁸ R. SAVATIER, Rev. Gén. Ass. Terr., 1973, p.473.

⁴⁹ J. SAISON, Essai sur les variations de l'exclusion de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité, préc., p.66.

⁵⁰ P-R PREVOST, La perte de chance en responsabilité médicale, préc., p.16.

Cette attitude du juge dans le cadre de la perte de chances peut paraître assez critiquable d'un point de vue de logique juridique, mais il faut admettre que le juge est déjà allé beaucoup plus loin dans le relâchement du lien de causalité, dans le cadre « classique » de la responsabilité... Ainsi, malgré l'importance attachée normalement à celui-ci, il arrive que les juges, alors qu'ils auraient dû au mieux n'accorder qu'une réparation sur la base de la perte de chances, indemnisent intégralement un préjudice en considérant que la faute est en relation directe avec la maladie alors qu'il n'existe aucune certitude sur ce point... A titre d'exemple, pour un homme contaminé par le virus HIV à la suite de transfusions sanguines, la Cour d'appel de Versailles estime que les transfusions et donc la contamination auraient pu être évitées si le médecin n'avait pas commis des fautes qui ont aggravé l'état du patient et ont ensuite obligé les médecins à multiplier les apports de sang.

Cet arrêt est révélateur de l'amenuisement de la relation causale en matière médicale, parce que le patient avait déjà été transfusé à cause de son état d'origine. Les juges, après avoir rappelé que le patient était « *manifestement étranger aux populations d'homosexuels ou de toxicomanes dites à risques* » soulignent ainsi que son mal initial, déjà grave, avait impliqué le recours à cette technique, mais considèrent que les transfusions post-opératoires ont été massives par rapport à celles liées à l'état de santé du patient à son arrivée. Ils en déduisent donc que « *la faute a constitué le facteur qui, parmi ceux en cause, a joué un rôle véritablement perturbateur, ne laissant aux autres, même lorsqu'ils ont fatalement conduit au dommage, qu'un caractère secondaire ou surajouté* ». Ainsi, énoncent-ils qu' il existe « *en la cause des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que le décès... est la conséquence directe des fautes commises...* »⁵¹.

Dans ce cas, il aurait été assez logique de considérer que le malade a perdu une chance de n'être pas plus exposé à la contamination, mais il paraît assez étonnant de considérer que ce sont les transfusions induites par les fautes médicales qui ont conduit à la contamination. Le juge a-t-il donc raisonné comme en matière de perte de chances, considéré que par exemple le malade avait perdu 99% de chance d'échapper au dommage et donc réparé la quasi-totalité du préjudice, au point qu'on ait pu croire à une réparation intégrale? Ou bien, a-t-il tout simplement considéré qu'il existait un lien de causalité entre la faute et le dommage dans son intégralité? A-t-il statué ainsi en raison de la particularité du dommage, à savoir la contamination par le sida? Il semblerait que le juge ait bel et bien admis le lien de causalité

⁵¹ Cass.1^{ère} civ. 14.12.1965, JCP G 1966.II.14753, note R. SAVATIER.

entre les fautes et le dommage final, et que donc il accepte un relâchement du lien de causalité dans des hypothèses nombreuses, qui dépassent largement le cadre particulier de la perte de chances...

Ainsi, si dans le cadre de la perte de chances le lien de causalité peut être tenu, il convient de souligner que ce relâchement des juges dans l'exigence d'un préjudice direct semble s'être généralisé, même s'il faut bien avouer que la situation est globalement beaucoup plus critiquable en ce domaine que dans le cadre général...

§ 2. Une approximation inéluctable du lien de cause à effet dans le cadre de la perte de chances...

En droit civil comme en droit administratif, deux types de raisonnement sont envisageables, à savoir la causalité adéquate et l'équivalence des conditions⁵². Dans le premier cas, le juge, parmi les différentes causes possibles du dommage, détermine celle qu'il faut retenir, sachant que toute rupture dans l'enchaînement causal est prise en compte. Il ne retient donc comme causale que la condition sine qua non du dommage, qu'il considère comme la cause directe du dommage, celle « *qui a entraîné les autres causes qui, sans elle, ne seraient pas advenues* »⁵³. Comme le souligne C. CHATELAIN, dans ce cadre, le juge fait appel aux probabilités, à l'expérience.

Dans la théorie de l'équivalence des conditions, le juge considère que toutes les causes identifiées ont participé au dommage, qu'elles sont toutes des conditions sine qua non de sa réalisation. Ainsi, à titre d'exemple, il est possible pour les juges de condamner un médecin parce qu'un de ses clients a été contaminé par le virus du sida suite à des fautes médicales qui ont nécessité des transfusions⁵⁴. Dans le cadre de la causalité adéquate, ce ne serait pas envisageable, parce qu'on considérerait qu'il y a eu une rupture dans l'enchaînement causal, parce que la maladie est due à des produits sanguins contaminés...

Alors que dans la théorie classique de la responsabilité médicale, on peut avec plus de certitude dire, par exemple, que l'anesthésie a provoqué la mort, dans le cas de la perte de chances, le problème est accentué car on est toujours partagé sur le point de savoir si c'est la maladie et la faute ou la maladie seule qui est responsable du dommage. La médecine

⁵² C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, les contrats*, 4^{ème} édition, Economica 1998, 957 p.

⁵³ J. HARDY, *Transfusion sanguine : un cas de cumul de responsabilités publique et privée*, JCP G 2001.II.10584, p.1675.

s'attachant à soigner des corps humains, avec tout ce que cela comporte d'aléatoire, on ne peut jamais être sûr que le traitement ou les soins auraient eu l'effet salvateur attendu...

Comme, dans la théorie de la perte de chances, la faute a rendu possible le préjudice, mais que d'autres éléments doivent être pris en compte, la plupart des auteurs considèrent que les juges utilisent la théorie de la causalité adéquate⁵⁵, c'est-à-dire envisagent ce qui aurait dû se passer d'après l'expérience courante si le traitement avait été administré correctement. Une faute, si elle rend la réalisation du préjudice objectivement possible et si elle est déterminante, sera donc de par cette théorie regardée comme causale. Ainsi, pour reprendre les termes de R. SAVATIER, « *cette complexité des causes nécessairement entremêlées de tout dommage [faute, circonstances, résistance de l'organisme...] étant bien acquise, il faut et il suffit que, parmi les causes ayant nécessairement concouru au dommage subi par le patient, le juge pense raisonnablement déceler une faute médicale* »⁵⁶.

Cependant, à force de distendre les liens entre les faits considérés comme constitutifs du dommage, on en arrive à admettre que toute faute qui a eu une incidence quelconque sur l'état du patient permet d'engager la responsabilité de la personne qui a eu le malheur de commettre cette erreur... Comme le souligne G. MEMETEAU⁵⁷, « *pour s'insérer dans la chaîne de la causalité, le comportement du défendeur doit avoir, soit provoqué, même avec d'autres, le résultat néfaste, soit aggravé cette issue* ».

Selon J. BORE⁵⁸, le juge, lorsqu'il indemnise une chance, utilise donc une combinaison de la loi causale et de la loi aléatoire, c'est-à-dire qu'il admet qu'il n'est pas sûr que le traitement aurait guéri le patient. Il demande donc aux experts la probabilité que le patient avait de guérir s'il avait été correctement soigné et apprécie à l'aune de l'expérience dans quelle mesure on peut considérer que l'absence de soins consciencieux, le retard... ont pu contribuer au dommage. Ainsi, si le patient avait, compte tenu de l'état dans lequel il était lorsqu'il a consulté, 90% de chances de s'en sortir, le juge admettra que la faute a eu une incidence quasi-certaine sur le devenir du patient ; par contre, si le traitement est efficient une fois sur deux, la vraisemblance est seulement de la moitié que l'omission ait contribué à la

⁵⁴ Paris, 07.07.1989, RTD civ., 1990.85 obs. Jourdain.

⁵⁵ Il aurait été impossible d'utiliser l'équivalence des conditions parce que le problème de la perte de chances réside justement dans l'incertitude sur le lien de causalité.

⁵⁶ R. SAVATIER, Note sous Cass. 1^{ère} civ., X... c/ Vve Andry ; Cass. 1^{ère} civ. Y... c/ Clinique N... et Dame B... ;, JCP 1974.I.17643 (préc.).

⁵⁷ G. MEMETEAU, *Perte de chances et responsabilité médicale*, préc.

réalisation du dommage. Toutefois, le préjudice de la victime existe toujours, puisqu'elle sera amenée à regretter toute sa vie que les soins appropriés ne lui aient pas été donnés... On considérera donc qu'il y a eu faute, que le lien de causalité entre celle-ci et la perte de chances est établi, mais le préjudice indemnisable sera moindre⁵⁹.

Par contre, si le traitement n'a quasiment aucune chance de modifier la situation de l'intéressé et qu'il présente des inconvénients ou des risques graves, on peut estimer que le fait de ne pas avoir essayé de l'appliquer à l'individu n'est pas constitutif d'une faute, et que donc il n'y a pas lieu d'invoquer la perte de chances. Evidemment, dans ce cas, on sort de l'appréciation causale pour s'intéresser au fait constitutif de faute.

La perte de chances doit donc s'analyser comme un système de présomption de causalité qui utilise les probabilités pour estimer le caractère direct ou non du préjudice. Cette manière de raisonner a pour conséquence logique d'obliger le responsable présumé à prouver que c'est une cause externe, extérieure, qui est responsable de la situation et non son propre fait. On assiste donc dans certains cas à une forme d'inversion des charges de la preuve.

M. le doyen SAVATIER, comme d'autres auteurs, s'élève vigoureusement contre ce système qui permet de condamner une personne à réparer un préjudice dont on ne peut savoir s'il lui est vraiment imputable. Comme le souligne CHABAS⁶⁰, cette attitude ressemble à celle de jurés qui, hésitant sur culpabilité de l'accusé, prononcent une peine avec circonstances atténuantes.

Ces critiques peuvent être appuyées par les mathématiciens. Ainsi, dans sa thèse de droit médical, P-R PREVOST démontre scientifiquement le fait que la théorie des probabilités n'a aucune signification dans l'appréciation de la perte de chances, parce que « *c'est une notion posée a posteriori sur la recherche d'un lien de causalité entre deux évènements aléatoires, ce qui, sur le plan de la logique, est un non-sens* »⁶¹. En effet, l'erreur médicale et le dommage sont « *deux évènements aléatoires ne faisant pas partie d'un même espace probabiliste* »⁶², c'est-à-dire que, pour une même opération, x% des médecins commettent cette faute et que y% des patients décèdent. Evidemment, une partie de ces

⁵⁸ J. BORE, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G 1974.I.2620.

⁵⁹ Nous verrons par la suite que l'usage des statistiques ne s'arrête donc pas là puisqu'il sert aussi de moyen de calcul de l'indemnité à accorder.

⁶⁰ F. CHABAS, *Note sous TGI Montpellier 21.12.1970, Proc. De la Rép. C/ Dr X... et Y...*, D. 1971 p.637.

⁶¹ *Thèse préc.*, p.55.

⁶² PREVOST, *Thèse préc.*, p.52.

malades meurent alors qu'aucune faute n'a été commise, et un certain nombre de patients restent en vie, alors qu'ils ont été exposé aux mêmes faits fautifs⁶³. Comme la mort peut-être causée par de multiples causes, il est donc toujours difficile de savoir quel facteur y a contribué.

Il faudrait, pour donner une cohérence au raisonnement juridique, estimer le nombre de personnes ayant été victimes de la même erreur, et calculer quel pourcentage en est décédée. Ensuite, il faudrait établir des statistiques permettant de connaître les caractéristiques des personnes décédées, par exemple leur âge, leur état de santé, les médicaments qu'elles prennent, leurs allergies...

Evidemment, cela serait assez complexe, puisqu'on imagine bien qu'un médecin ou une équipe médicale qui a commis une faute sans qu'aucune conséquence négative n'en soit résulté ne va pas aller avouer à un statisticien que le patient aurait du être opéré plus tôt, qu'il aurait été plus sage de lui administrer un traitement plus efficace...

A partir de ces constats scientifiques, on ne peut qu'en déduire que le juge procède par approximation lorsqu'il considère que telle faute a fait perdre des chances de survie ou de guérison. Mais il ne faut pas occulter que si on attendait du juge une rigueur absolue, une preuve scientifique, la plupart des arrêts seraient susceptibles d'être critiqués, même ceux qui restent dans le cadre classique de la responsabilité... Si tout était clair, si aucun doute n'existait quant aux liens de cause à effet, il n'y aurait pas lieu de recourir à des juges et on pourrait critiquer l'appel et la cassation pour leur inanité...

Cependant, il ne faut pas oublier les vertus de ce système dans un univers médical qui reste obscur, plein de non-dits et de secrets jalousement gardés. Si aujourd'hui on prône la transparence par l'obligation d'information du praticien et l'accès au dossier médical, il ne faut pas oublier que la réalité a longtemps été au paternalisme médical et à la confiance aveugle que le patient devait- ou était censé accorder- au médecin. De plus, la victime d'une perte de chances, lorsqu'elle subi un préjudice, est souvent endormie ou trop mal en point pour pouvoir accumuler les éléments de preuve. Enfin, les experts qui sont chargés par le juge d'établir si une faute a été commise et dans quelle mesure elle constitue une cause du préjudice sont loin d'avoir tous l'indépendance et l'impartialité qui seraient nécessaires pour

⁶³ R. SAVATIER affirme ainsi qu' « une faute médicale prouvée comme ayant été dangereuse pour le malade a, heureusement, bien des « chances » de rester inoffensive, grâce à l'encadrement des circonstances, et à la

assurer un procès vraiment équitable. Trop souvent ils hésitent à condamner un confrère et, en l'absence de certitude absolue sur le lien de causalité préfèrent souvent écarter la responsabilité de celui-ci. Le juge, parce qu'il est libre par rapport aux conclusions des experts, cherche donc à contrer la pusillanimité de cet indispensable et dangereux collaborateur...

Du fait des difficultés particulières auxquelles sont confrontées les victimes en matière médicale, on peut donc adhérer à l'argumentation de A. TUNC⁶⁴ qui, en faisant un parallèle entre la perte de chances vue sous l'angle du préjudice et celle envisagée du côté de la causalité, estime que « *quand les tribunaux indemnisent de la perte d'une chance, ils sont en présence d'une faute dans un rapport certain de causalité avec un dommage aléatoire. Pourquoi dès lors ne pourraient-ils accorder une indemnisation quand un dommage certain est en rapport aléatoire de causalité avec une faute antérieure ?* »

La perte de chances, dans le cadre « classique » de la perte de chances de guérison ou de survie, est en quelque sorte obligée de passer par des approximations au niveau du lien causal. Cela lui est en quelque sorte inhérent, parce qu'il est toujours difficile de concevoir avec certitude dans quel état de santé se serait retrouvé un individu si une faute n'avait pas été commise.

Cependant, à ces premières hypothèses de pertes de chances s'en est ajoutée une nouvelle, toujours occasionnée par le même type de fautes, à savoir le défaut de consentement éclairé. Elle s'est développée lentement, et n'a connu son essor que depuis la fin des années 1980. Est-elle plus respectueuse de la preuve d'un lien de causalité entre faute et perte de chances, ou tend-elle au contraire à diluer encore plus celui-ci ?

résistance de l'organisme » Cass. civ. 27.03.1973, X... c/ Vve Andry ; 09.05.1973, Y... c/ clinique N... et Dame B... ; ... JCP G 1974.II.17643.

⁶⁴ A. TUNC, *Perte d'une chance suite à une erreur de diagnostic*, RTD. civ.1963, p.334.

SECTION II : Problèmes de consentement et perte de chances: le degré supérieur du relâchement causal.

La notion de perte de chances est aujourd'hui régulièrement invoquée dans les cas où des patients, qui n'ont pas consenti à un acte ou l'ont accepté mais sur la base d'une information incomplète, tronquée ou inexacte, estiment qu'ils auraient agi différemment si le médecin avait bien respecté son devoir d'humanisme. Nous verrons dans un premier temps pourquoi ces hypothèses de pertes de chances se sont multipliées, puis pourquoi elles accentuent le problème du lien de causalité entre la faute et le dommage en obligeant le juge à remonter dans le temps pour essayer d'envisager quelle aurait été l'attitude probable de la victime si elle avait été en mesure d'exercer un véritable choix...

§1 : La fin du paternalisme médical ou l'impérieuse nécessité d'un consentement éclairé.

« Tout patient est et doit être pour [le médecin] comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper –un enfant à consoler, non pas à abuser- un enfant à sauver ou simplement à guérir à travers l'inconnu des péripéties ; l'acte médical normal n'étant qu'une confiance (...), le consentement éclairé du malade, à chaque étape de ce petit drame humain, n'est qu'en fait une notion mythique ». Cette phrase du professeur PORTES⁶⁵, symbole d'un certain paternalisme médical largement accepté, semble aujourd'hui quelque peu désuète, datée. Le droit médical est, en effet, depuis le début du siècle passé d'une sorte de confiance aveugle à accorder au médecin⁶⁶ à un accroissement de la prise en compte de la volonté du malade, à qui on doit donner des explications claires et quasiment exhaustives pour recueillir son consentement⁶⁷.

⁶⁵ L. PORTES, *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson et PUF, 1954, p.155.

⁶⁶ Le malade a longtemps été considéré comme « en état d'opacité intellectuelle » pour toutes les choses de la médecine. Le devoir du médecin était donc de choisir pour lui, en bon père de famille, le traitement qu'il considérerait comme adéquat, le patient étant censé s'être confié totalement au médecin, avoir fait une « profession de confiance » (R. SAVATIER, *Lyon 1^{ère} ch.*, 17.11.1952, Delle Beynel, JCP.53.II.7541.)

⁶⁷ Sur l'importance du consentement et la nécessité de le recueillir, voir A. GARAY, *Consentement aux actes médicaux et droits des patients*, Gaz. Pal. 1999 p.27 ; B. GLORION, *Le consentement et ses aspects déontologiques*, Gaz. Pal. 1999 doct. p.5 (n° spécial « Consentement aux actes médicaux ») ; J-F BARON, *Table ronde (sur le consentement)*, Gaz. Pal. n° spécial *Consentement* 1999 doct. p.37 ; L. DAUBECH, *Les formes légales du consentement*, Gaz. Pal. 1999 p.19 ; O. DIAMANT-BERGER, *Table ronde (sur le consentement)* Gaz. Pal. 1999 p.38 ; S. RAMEIX, *Quelles sont les dimensions éthiques de l'expression et du respect du consentement aux actes médicaux ?*, Gaz. Pal. 1999 (n° spécial « consentement ») doct. p.40 ; ...

D'abord, commençons par rappeler les règles que doit respecter le praticien. D'après l'article 38 du code de déontologie médicale, le médecin doit obtenir le consentement éclairé de l'individu avant tout acte médical. Ces exigences sont d'ailleurs rappelées à l'article 16 du code civil⁶⁸ et dans diverses conventions internationales⁶⁹. La Commission européenne des droits de l'homme elle-même a d'ailleurs affirmé dans une affaire X contre Autriche qu' « *une intervention médicale sous la contrainte, même si elle est d'importance minime, doit être considérée comme une atteinte au droit au respect de la vie privée* »⁷⁰. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que, même pour les obligations de soins utilisées suite à des infractions à caractère sexuel ou liées à une consommation de stupéfiants/ de quantité excessive alcool⁷¹, les juges doivent obtenir le consentement du délinquant⁷².

Le consentement doit être renouvelé pour tout acte nouveau, ce qui signifie qu'un patient qui a donné son accord à une première opération n'est pas présumé consentir à une seconde, même en rapport avec la première, et qu'a fortiori accepter d'être hospitalisé n'implique pas de se soumettre à tout protocole de soins. Il convient toutefois de souligner que es juges acceptent que le consentement soit tacite en l'absence d'ambiguïté sur la volonté du malade⁷³.

Evidemment, il existe des hypothèses particulières dans lesquelles le malade ne peut consentir ou doit obtenir l'accord d'un tiers. Ainsi, un enfant ou une personne protégée ont besoin respectivement de l'aval de leurs parents et tuteur⁷⁴, même si leur propre volonté doit être prise en compte quand ils ont la maturité⁷⁵ ou la capacité de compréhension requises. De

⁶⁸ Selon l'article 16-3 du Code civil, issu de la loi 94-653 du 29.07.1994, « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour l'homme. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ».

⁶⁹ D'après l'article 5 de la convention européenne de bioéthique « *Aucune intervention en matière de santé ne peut être effectuée sur une personne sans son consentement libre et éclairé. La personne concernée peut à tout moment retirer son consentement* ».

⁷⁰ Décision du 13 Décembre 1979, Req. n°827/78, D.R. 18 p.154

⁷¹ Art. 131-36-4 du N.C.P.

⁷² Même s'il ne faut pas oublier que le délinquant n'a le choix qu'entre une punition ou un traitement, et que donc il peut ne pas adhérer entièrement au protocole de soins.

⁷³ Ainsi, un malade qui se présente seul à l'hôpital avec des documents indiquant la salle d'opération dans laquelle il doit se rendre et l'heure de l'intervention est considéré comme acceptant l'opération (*Trib.civ. Seine, 02.03.1937, Gaz.trib. 28.10.1937*) ; de même, le fait pour une mère d'accompagner sa fille à la clinique pour une intervention urgente laisse présumer son accord (*Trib.civ. Seine, 31.12.1928, Sem. Jur. 1929 p.250*).

⁷⁴ Concernant les limites de leur pouvoir, dues à la possibilité pour les médecins de se tourner vers les juges des enfants, voir A. DREISS, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, JCP G 1983.I.3125. ; F-J PANSIER, *Trib. Enfants, 20.12.1996, Ep. Sthorez c/ Ministère public*, Gaz. Pal.25.10.1997 jurisp. p.627

⁷⁵ Pour les adolescents, on parle parfois d'instaurer une majorité sanitaire et ils peuvent dans certaines situations passer outre l'accord de leurs parents ou recourir à certains actes sans leur en demander l'autorisation.

même, un adulte capable peut dans certaines circonstances ne pas être en mesure de faire valoir sa volonté, suite par exemple à un accident. Le médecin devra alors dans la mesure du possible recueillir le consentement de ses proches, sachant que, si l'intervention est urgente, il aura le devoir de décider seul du protocole de soins à mettre en place ou des interventions à pratiquer. Il lui faudra alors agir comme un gérant d'affaires, en optant pour les remèdes qui lui paraissent les plus appropriés.

Dans le même ordre d'idée, si un médecin a obtenu l'accord de l'intéressé pour effectuer une opération mais qu'il s'aperçoit, alors que le malade est endormi, que le mal est plus sérieux que ce qu'il croyait, il peut décider d'effectuer les opérations nécessaires pour soigner le mal s'il considère qu'il serait dangereux d'attendre le réveil du malade pour lui demander son autorisation. Ainsi, si le praticien s'aperçoit que ce qu'il avait pris pour un kyste est une tumeur maligne, il pourra décider d'appliquer le traitement nécessaire, sauf si aucune urgence ne l'impose⁷⁶.

Cependant, pour que la personne consente, encore faut-il qu'elle bénéficie de tous les renseignements nécessaires pour mettre en balance l'intérêt du traitement ou de l'acte et ses inconvénients ou dangers potentiels.

Pour cela, l'information doit être, selon l'article 35 du code de déontologie, « *loyale, claire et appropriée à l'état du malade* » ; le médecin doit donc employer un vocabulaire que le profane est à même de comprendre et adapter ses explications à l'âge, au milieu socioculturel et même à la réceptivité du patient. Le contenu de cette information peut également varier en fonction de l'intérêt du malade. Ainsi, dans l'hypothèse d'un diagnostic fatal, le médecin pourra cacher celui-ci⁷⁷ ou, comme le stipule le Code de déontologie, l'annoncer avec circonspection. Aussi, comme le souligne J-P BRUNET, « *l'étendue de cette obligation de renseigner le malade pour obtenir son consentement en connaissance de cause est essentiellement variable* ». Cela reste vrai aujourd'hui même si l'obligation d'informations s'est accentuée...

⁷⁶ E. COSTE, *Douai, 1^{ère} ch., 10.06.1946, Bournoville c. Gossard*, JCP 1947.II.3374. Pour un autre exemple d'intervention alors que le malade était endormi, voir *Paris, 1^{ère} ch. B., 18.12.1980, Rethy c/ Dubois*, D.1981, som. com.p.256, note J. PENNEAU..

⁷⁷ L'art. 34 du Code de déontologie énonce : « *Un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade* ».

Si, pendant longtemps, le paternalisme médical a prévalu, le médecin ne devant attirer l'attention que sur les risques fréquents, la jurisprudence a évolué dans le sens d'une exhaustivité de l'information.

La cour de Cassation la première, dans un arrêt HEDREUL de 1997⁷⁸, a exigé du médecin une information sur tous les risques, même exceptionnels, que le patient encourt, lorsque ceux-ci sont graves et connus. Elle a en outre inversé la charge de la preuve de l'information, celle-ci incombant désormais au médecin, et a rappelé l'exigence de recueil du consentement, sauf exceptions. Le conseil d'Etat, dans son arrêt Guilbot⁷⁹ de 1998, exigera lui-aussi que le malade soit informé de tous les risques graves, même si ceux-ci sont rares.

De plus, c'est au médecin qu'il revient depuis les revirements successifs de jurisprudence de la Cour de Cassation⁸⁰ et du conseil d'Etat⁸¹ de prouver qu'il a bien accompli ce devoir⁸², sachant que le fait de ne donner au patient qu'une fiche égotique sur le mal dont il souffre et les incidences, positives et potentiellement négatives du traitement, sans éclairer oralement le malade ne pourrait qu'être considéré comme insuffisant.

Comment les juges réagissent-ils lorsque des médecins interviennent sans recueillir le consentement du patient ou contre sa volonté ? Quelle attitude adoptent-ils quand des éléments d'information ont-été occultés ?

§2. Une notion « détournée » dans le cadre des problèmes d'information et de consentement ?

Selon C. CHATELAIN⁸³, c'est en 1974⁸⁴ que le juge judiciaire décide, pour la première fois, d'invoquer la perte de chances dans le cas d'un défaut d'information. En l'espèce, il s'agissait d'un homme qu'un médecin avait incité à se faire opérer d'une main,

⁷⁸ Cass.1^{ère} civ., *J-P Hedreul*, Gaz. Pal, 27.04.1997, p.19.

⁷⁹ CAA, Ass. plén., 09.06.1998, *Guilbot*; CE, 05.01.2000, *AP-HP c/ M. Guilbot et Ep.Telle*, Note de C. GUETTIER, RD publ. Mars 2001.

⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 25.02.1997, Gaz.pal.27.04.1997, note DORSNER-DOLIVET. Selon la Cour, « *Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* » ; voir aussi L. DUBOUIS, *La preuve de l'information du patient peut être faite par tous moyens*, Cass.1^{ère} civ.14.10.1997 *Guyomar c/Le Lay*, RD sanit. soc. 1998 p.62..

⁸¹ CE, 05.01.2000, *Telle*, Req. n° 1818999, préc.

⁸² Pour des articles concernant les nouvelles obligations du médecin en matière d'information, voir *L'obligation d'information du médecin, A propos de deux arrêts de la Cour de Cassation du 07.10.1998*, LPA 09.06.1999 p.4. D. DENDONCKER, *L'obligation d'informer du médecin hospitalier*, AJFP Juillet-Août 2000, p.50 ; C. GUETTIER, *L'obligation d'information des patients par le médecin*, Resp. civ. et assur. Juillet-Août 2002, p.4.

⁸³ C. CHATELAIN, thèse p .96.

⁸⁴ C. Cass. 05.11.1974, *Lévy c/ Mériot*, Bull. civ. I, n°292.

sans l'avertir de possibles conséquences négatives, qui s'étaient produites. Aussi, la cour d'appel a-t-elle pu « *estimer qu'en n'informant pas Mériot des risques de l'opération, Lévy l'avait privé d'une chance d'éviter le préjudice* ». La victime est donc indemnisée, et ce même si on peut penser que le malade, averti de toutes les conséquences possibles de l'acte, aurait peut-être pris le risque...

Un an plus tard, par son arrêt Grandclément⁸⁵, le Conseil d'état acceptera de suivre son homologue dans cette voie, en affirmant qu'à cause de l'information tardive des parents d'un enfant atteint d'une septicémie staphylococcique, « *les médecins ont (...) compromis les chances qu'avait le malade pour que l'évolution de son état pathologique soit arrêtée* ».

Cependant, cette jurisprudence induit un relâchement accentué du lien causal, que nous illustrerons en prenant l'exemple de femmes qui, dans des situations différentes, considèrent qu'on les a privées d'une chance de ne pas avoir d'enfant ou d'éviter de donner naissance à un enfant handicapé ou gravement malade.

Pour des exemples d'enfant nés malgré la stérilisation de leur mère, prenons le cas de Mme M... qui, en 1987, demande à être stérilisée parce qu'elle vient d'accoucher de son quatrième enfant alors qu'elle prenait régulièrement la pilule. Pour elle, le recours à cette technique est indispensable, parce qu'il apparaît que les contraceptifs classiques sont impuissants à empêcher de nouvelles grossesses. Alors qu'elle croyait vraiment ne risquait plus risquer de tomber enceinte, elle s'aperçoit peu de temps après l'opération qu'elle attend son cinquième enfant... Elle reproche donc au médecin de ne pas l'avoir informée de la possibilité de rester féconde après une telle intervention⁸⁶.

Sachant que le médecin n'a commis aucune erreur durant l'intervention, que le seul reproche qui peut lui être fait est de ne pas avoir mis en garde Mme M..., peut-on considérer qu'il y a un rapport de causalité entre la naissance de ce cinquième enfant non désiré⁸⁷ et la négligence du praticien ? Pour certains auteurs, la conception de l'enfant est seulement due aux rapports charnels entretenus par les parents ; cependant, comme le souligne M.

⁸⁵ CE 09.07.1975, Grandclément, Rec. p.398.

⁸⁶ Il semblerait que dans le cadre de stérilisation comme dans les actes de chirurgie esthétique, le devoir d'information du médecin ait toujours été très étendu, et que donc il n'ait pas fallu attendre les revirements récents des juridictions suprêmes et l'intervention de la Loi du 04.03.2002 pour que l'obligation d'information exhaustive ait été exigée.

⁸⁷ En fait, comme nous le verrons dans la seconde partie, la naissance de l'enfant n'est pas constitutive du préjudice. Celui-ci consiste seulement en l'absence de « choix » laissé aux parents de maîtriser leur procréation.

MARTINEZ dans ses conclusions sur cet arrêt⁸⁸, lorsqu'un accidenté de la route arrive à l'hôpital, on ne considère pas que le service public est exonéré de toute faute parce que le mal originel est du au conducteur de l'autre véhicule. Le véritable problème est donc de savoir si la femme serait tombée enceinte si elle avait été avertie du risque potentiel de nouvelle grossesse. Dans ce cas, le couple aurait-il pris davantage de précautions, par exemple en ayant des rapports protégés ou en étant abstinents les jours où la femme est la plus féconde?⁸⁹ Personne ne semble avoir envisagé cette éventualité, mais pourquoi ne pas considérer que la femme aurait pu opter pour l'interruption volontaire de grossesse lorsqu'elle a appris qu'elle était de nouveau enceinte, et que donc elle a choisi de garder cet enfant?⁹⁰

Cet arrêt illustre bien l'incertitude qui prévaut sur le problème du lien de causalité. En l'espèce, celui-ci est encore plus aléatoire qu'en matière d'interruption de grossesse pour motif thérapeutique; en effet, lorsqu'une femme qui n'a pu recourir à l'avortement donne naissance à un enfant handicapé ou trisomique, il est toujours possible d'établir des statistiques permettant de savoir quel pourcentage de femmes préfèrent recourir à l'ITG plutôt que de donner la vie à un individu qui sera lourdement handicapé pendant toute son existence. Par contre, dans le cas d'une stérilisation, il est quasiment impossible de savoir s'il existe une différence de comportement entre les couples prévenus des risques de nouvelle grossesse et les autres. En effet, si dans la grande majorité des cas, aucun enfant ne naît après une intervention de ce type, c'est parce qu'elle a réussi. Et, si on savait quel pourcentage de femmes pourraient de nouveau tomber enceinte malgré l'opération, il faudrait établir pourquoi cela n'est pas arrivé : étaient-elles globalement plus âgées et donc moins fécondes ? Avaient-elles moins de relations sexuelles que la requérantes ? Ont-elles pris des précautions particulières parce qu'elles ont été prévenues du risque résiduel ?

Ces hésitations quant au caractère direct du préjudice subi expliquent que les juges aient préféré rester dans le cadre de la perte de chances, comme l'avait fait la Cour de cassation dans un arrêt du 9 Mai 1983⁹¹ en soulignant que c'est « *dans une certaine mesure - c'est à dire partiellement* » que le défaut d'information avait conduit à une nouvelle

⁸⁸ M. MARTINEZ, *Conclusions sur TA Strasbourg, 21.04.1994, Madame M... c. Hospices civils de Colmar*, RDP 1994 p.1837s, p.1851.

⁸⁹ Le commissaire du gouvernement parle seulement d'abstinence mais on ne saurait occulter qu'il existait d'autres moyens pour la femme de ne pas s'exposer à une nouvelle grossesse.

⁹⁰ On peut penser que ce moyen n'est invoqué par aucun auteur parce que la femme ne s'est pas demandée si elle pouvait à nouveau être enceinte pendant le délai légal.

⁹¹ A. DORSNER-DOLIVET, *Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 09.05.1983, G... c/Epoux C...*, JCP 1984.II.20262.

naissance... Dans cet arrêt, la Cour de Cassation consacre donc l'existence d'une causalité partielle entre le défaut d'information et le préjudice subi, même si cette idée peut paraître a priori étonnante. De fait, admettre qu'un événement puisse être à moitié causal peut paraître étonnant, car un fait a contribué au dommage avec d'autres- donc, plusieurs faits sont des causes de- ou n'est pour rien dans la survenue du dommage. Logiquement, un fait est donc causal ou ne l'est pas du tout...

Comme on le voit, l'incertitude sur le caractère direct du préjudice est à son maximum dans ce type d'affaire. Sans doute est-ce cela qui incite le conseil d'Etat et la Cour de Cassation à n'indemniser que partiellement les parents, pour le préjudice moral et les troubles dans les conditions d'existence subis suite la perte de chances de recourir à l'IVG/ de prendre des précautions. Toutefois, on ne peut omettre le fait que dans différents arrêts la Haute juridiction judiciaire a considéré comme sûr le fait que des parents auraient agi de telle sorte que l'enfant malade ne naisse pas et a indemnisé totalement le préjudice subi.

Pour un exemple du second type, envisageons l'évolution de la jurisprudence jusqu'aux arrêts époux Quarrez et Perruche. Dans un premier arrêt rendu en 1989 par le Tribunal de Grande Instance de Montpellier⁹², une femme, âgée de 42 ans lorsqu'elle tombe enceinte, demande au médecin qui la suit de faire réaliser une amniocentèse parce qu'elle sait que les femmes de son âge ont quarante fois plus de risque que les plus jeunes de mettre au monde un enfant atteint de trisomie. Malgré le caractère rassurant des résultats de l'examen, elle met au monde un enfant atteint de la maladie tant redoutée. En l'espèce, les parents seront indemnisés pour la perte de chances de n'avoir pas pu avorter, le tribunal considérant sans doute que le mal de l'enfant est inhérent à son patrimoine génétique et qu'il n'est absolument pas certain que les parents auraient persisté dans leur choix d'avorter.

Quelques mois plus tard, alors qu'une femme met au monde un enfant mal formé du fait de la rubéole contractée par sa mère, les juges condamnent le médecin qui n'a pas fait réaliser l'examen de la sérologie de cette maladie lors de l'examen prénuptial pour perte de chances ; le commentateur de cet arrêt⁹³, J. PENNEAU, souligne que, prévenue, « *la mère aurait pu se faire vacciner contre la rubéole (...). Cependant, elle aurait tout aussi bien pu négliger ce résultat, et, pour des raisons diverses, ne pas se faire vacciner* ». Le lien de

⁹² TGI Montpellier, 15.12.1989, JCP 1990, II, n°21556, note GRIDEL.

⁹³ Pau, 1^{ère} ch., 08.03.1990, Ep. David c/ Gosse-Gardet et a., D .1991, som. com. p.360.

causalité étant incertain entre le préjudice des parents et la faute du praticien, c'est assez logiquement que les juges auront recours à l'idée de perte de chances.

Quelques mois plus tard, l'arrêt époux Quarrez⁹⁴, plus connu, apportera une modulation à cette jurisprudence. Rappelons les faits : madame Quarrez, âgée elle-aussi d'une quarantaine d'années, décide pour les mêmes raisons que dans l'arrêt précédent de se soumettre à une amniocentèse. Or, la culture du liquide amniotique se révèle être assez problématique, tant et si bien qu'une seule cellule et des « clones » de celles-ci ont pu être analysées. En dépit des incertitudes quand au diagnostic lié à cet examen, les médecins ne font pas part au couple de leurs doutes. Madame Quarrez, rassurée par cet examen, laisse sa grossesse se poursuivre et met au monde Matthieu, un petit atteint de trisomie.

Le problème se pose de savoir s'il existe un réel lien de causalité entre la faute commise et le dommage subi par les parents. La Cour, finalement, s'est rangée à l'argumentation des époux, qui ont expliqué qu'ils n'auraient pas eu recours à cette méthode de dépistage qui présente des risques d'avortement spontané s'ils n'avaient pas eu l'intention de recourir à l'interruption thérapeutique de grossesse en cas de résultat alarmant⁹⁵.

Evidemment, comme nous le verrons dans la seconde partie, accepter d'établir un lien de causalité entre l'absence d'information et la perte d'une perte de chances d'avorter était la seule manière pour les juges d'accorder une indemnité aux parents, puisqu'il serait inconcevable, juridiquement et moralement, de considérer que la négligence du médecin est la cause directe d'un préjudice qui consisterait en la naissance d'un enfant handicapé.

Ce qui est assez particulier dans cet arrêt tient au fait que les juges rejettent le lien de causalité entre le handicap de l'enfant et l'erreur des praticiens, parce que le dommage est inhérent à son patrimoine génétique⁹⁶, mais qu'ils accorderont aux parents 5000 francs par mois au titre du préjudice matériel et ce pendant toute la vie de Mathieu, leur fils. C'est une manière indirecte pour le Conseil d'Etat d'aider financièrement le jeune garçon pour qu'il puisse vivre le mieux possible malgré son handicap.

⁹⁴ S. ALLOITEAU, *L'arrêt CHR de Nice : l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale*, CE 14.02.1997, LPA 28.05.1997 p.23 ; CE 14.02.1997 *Ctre Hosp.rég de Nice*, JCP G 1997.II.22828.

⁹⁵ De plus, même si ce fait n'est pas mentionné dans l'arrêt, les juges ont sans doute été influencés par le fait que la majorité des femmes choisissent cette solution lorsqu'elles sont informées du problème génétique dont est porteur l'enfant qu'elles attendent.

⁹⁶ et que donc le mal donc souffre l'enfant préexistait aux examens.

Cependant, quand on analyse cet arrêt, une question se pose : est-on toujours dans le cadre de la perte de chances, ou le dommage a-t-il été intégralement réparé pour les parents et leur enfant, malgré l'absence de certitude sur le lien causal ? On peut penser répondre par l'affirmative, et considérer que le préjudice a été entièrement réparé parce que le lien de causalité est quasi sûr. Mais nous reviendrons sur ce problème de la réparation dans le cadre de la deuxième partie.

Cette solution de l'arrêt Quarrez semble assez logique. Cependant, il est arrivé que la Cour de Cassation accorde une réparation pour un préjudice du même type mais dans le cadre de la responsabilité « classique » et non pas comme réparation d'une perte de chances, et ce alors que le lien de causalité était des plus incertain...

En l'espèce, il s'agissait d'un couple qui avait demandé à un professeur de médecine si l'affection neurologique dont souffrait le père était susceptible d'être transmise génétiquement à leur descendance, sachant que dans ce cas ils renonceraient à procréer. Rassurés par le médecin, ils décident d'avoir un enfant qui se trouve être porteur de la maladie. La cour de Cassation⁹⁷, considérant que les parents n'auraient pas pris cette décision s'ils avaient été correctement informés, condamne le médecin à réparer l'intégralité de leur préjudice et de celui de leur fille.

Les juges considèrent par conséquent que la faute est en relation directe, non pas avec la perte de chances de choisir en connaissance de cause entre concevoir ou non, mais avec la décision même de concevoir. Pourtant, des doutes subsistent sur le lien de causalité : « *si le médecin avait dit aux parents qu'il y avait 25% ou 50% de risques que l'enfant soit atteint des troubles neurologiques dont souffre le père, peut-on être sûr qu'ils auraient renoncé à tout projet parental ?* »⁹⁸ De plus, il ne faut pas oublier que la consultation du médecin avait eu lieu cinq ans avant la naissance de leur enfant...

Toutefois, comme le souligne G. VINEY⁹⁹, si le médecin, dans le cadre du pourvoi en cassation, avait souligné que la Cour d'Appel avait commis une erreur de droit en le condamnant à réparer la totalité du préjudice alors qu'il avait seulement fait perdre au couple une chance de ne pas concevoir ou de concevoir en connaissance des risques, la Cour de Cassation n'a pas vraiment pris position sur ce moyen, et le doute subsiste donc sur le fait de

⁹⁷ Cass.1^{ère} civ., 26.03.1996, X... et a. c/ Ep. Y..., voir note J. ROCHE-DAHAN, D.1997 p.34.

⁹⁸ J. ROCHE-DAHAN, Note sous Cass. 1^{ère} civ.26.03.1996, X... et a. c/ Ep. Y... ;26.03.1996, Ep.Z... c/y... et a., D.1997 juris.p.34.

savoir si le professeur de médecine aurait dû ou non n'être condamné qu'à une réparation partielle. En effet, la Haute Juridiction « *s'est contentée de relever que [l moyen invoqué par le défendeur] ne pouvait être invoqué pour la première fois en cassation, étant mélangé de fait et de droit. Elle ne s'est donc pas prononcée sur le bien-fondé de l'argument lui-même* »¹⁰⁰.

La cour de cassation, comme on le sait, ira beaucoup plus loin que le conseil d'Etat dans des hypothèses de type Quarrez, en acceptant, dans différents arrêts dont le plus connu est l'arrêt Perruche, d'indemniser l'enfant en l'absence de lien de causalité entre le défaut d'information de ses parents et son handicap. Or, si les médecins s'étaient aperçu de l'absence d'immunité de Mme Perruche, son fils ne serait jamais né puisqu'il était impossible de le soigner in utero. Accepter de dire qu'il a perdu une chance de ne pas naître, ce serait donc considérer qu'il y a des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues, qu'il aurait été préférable pour lui de mourir plutôt que de vivre aussi affligé....

L'indemnisation de l'enfant ne devrait donc, logiquement, être possible que lorsqu'il était envisageable de soigner l'enfant in utero et que la faute des médecins a empêché tout traitement. Dans l'hypothèse type Perruche, force est de constater que l'enfant a été indemnisé malgré l'absence de préjudice et l'absence de lien de causalité entre la faute commise et son état de santé.

Pourquoi accepter de réparer ce préjudice intégralement ? D'abord, parce que les juges considèrent que la mère aurait certainement choisi l'avortement. Ensuite, parce qu'il est impossible de faire appel à l'idée de perte d'une chance de naître sans handicap, celui-ci étant inhérent au patrimoine génétique de l'enfant. Le seul moyen de compenser le malheur de l'enfant est donc de sortir du cadre de la perte de chances...

Evidemment, ce relâchement du lien de causalité dans le cadre du manque d'informations ne s'arrête pas au contentieux des naissances d'enfant handicapés ou non souhaités... Le juge, de plus en plus audacieux, a en effet utilisé la notion de perte de chances dans le cadre de l'aléa thérapeutique survenu alors que le patient n'était pas conscient de se risquer lorsqu'il a accepté l'opération¹⁰¹. Evidemment, dans ce cas, on ne voit pas tellement le rapport entre la faute commise, à savoir le défaut d'information, et le dommage subi –

⁹⁹ G. VINEY, *Responsabilité civile*, JCP 1996, I, n°3985, p.492.

¹⁰⁰ G. VINEY, *Responsabilité civile*, JCP 1996.I.3985, p.492

¹⁰¹ C. Cass. 25.02.1997, bull. n°75.

handicap, atteintes corporelles graves... Passer par le biais de la perte de chances pour dire qu'en fait la Cour n'indemnise pas une partie de l'aléa mais la perte de chances d'y échapper apparaît donc comme un grossier subterfuge¹⁰²...

Comme nous venons de le voir, le lien de causalité entre l'absence de consentement et le dommage subi par la victime peut être assez ténu. Si des juristes comme SAVATIER avaient déjà pu critiquer le système même de la responsabilité pour perte de chances, la nouvelle jurisprudence, encore plus éloignée des exigences traditionnelles en matière de causalité, n'aurait pu qu'attirer leurs foudres...

CHAPITRE II : Le relâchement du lien causal, base d'une notion fonctionnelle ?

La perte de chances, comme nous venons de le voir, permet d'indemniser une victime même en l'absence de certitude quant au caractère direct du préjudice. Utilisée dans le cas de mauvais accomplissement de l'obligation d'information, elle permet également de réparer partiellement des préjudices qui n'ont aucun lien de causalité avec la faute commise, sachant que le juge recherche simplement si le fait de n'avoir pas consenti de manière éclairée peut être regardé comme préjudiciable. Peut-on dire, du fait de cette distorsion du schéma de la responsabilité, que le juge utilise la perte de chances comme un instrument utile, un moyen d'arriver à ses fins ? En d'autres termes, a-t-il une vision finaliste et empirique de la responsabilité médicale, cette notion servant à occulter le fait que le juge s'éloigne d'un modèle de responsabilité communément admis ?

SECTION I : La perte de chances, une notion au carrefour des responsabilités pour faute et sans faute ?

Le juge administratif accepte sous certaines conditions très strictes d'indemniser la victime de l'aléa thérapeutique pour une responsabilité sans faute ; le juge judiciaire, lui, s'y refuse normalement, parce qu'il considère qu'il ne peut obliger un médecin à réparer un

¹⁰² Nous reviendrons sur ce problème dans le second chapitre.

dommage si celui-ci n'a pas été causé par sa faute. Seul le législateur peut donc permettre au juge de droit commun d'obliger un individu à indemniser une personne alors que ce schéma n'est pas respecté, même s'il existe certaines hypothèses assez rares dans lesquelles une obligation de résultat a été jurisprudentiellement imposée¹⁰³.

Cependant, force est de constater que ce dernier arrive par des voies détournées à allouer une somme d'argent à des victimes d'aléa thérapeutique, en passant par la perte de chances... Comment est-ce donc possible ? Comment le juge parvient-il à utiliser cette notion de telle façon que l'indemnisation d'un risque dont le médecin n'est pas responsable devienne possible ? Cette jurisprudence tend-elle à accroître la place de la responsabilité pour faute dans le domaine de l'aléa du côté du juge administratif, soucieux de suivre le chemin tracé par son homologue ?

Nous verrons d'abord pourquoi la perte de chances peut permettre au juge judiciaire d'accorder une réparation partielle aux victimes d'aléa thérapeutique malgré l'arrêt Mercier, puis nous essaierons d'expliquer pourquoi on peut considérer que certains régimes de responsabilité sans faute ont été institués parce qu'il s'avérait impossible de réparer la perte de chances.

§1. Un subterfuge de la juridiction judiciaire pour indemniser partiellement l'aléa thérapeutique...

L'utilisation de la faute constituée par l'absence de consentement ou la mauvaise information permet à la Cour de cassation d'indemniser l'aléa thérapeutique tout en affirmant qu'en l'absence de faute du médecin ou de lien de causalité entre les fautes commises et la survenance de cet aléa, il est impossible de condamner qui que ce soit. Ainsi, la Haute juridiction peut-elle casser un arrêt d'une Cour d'appel qui avait condamné un chirurgien pour un aléa dont il n'est pas responsable¹⁰⁴, après avoir obligé un autre praticien à indemniser la victime parce que celle-ci n'avait pas été informée des risques encourus... Dans un cas, la victime n'a droit à rien, alors que dans l'autre son préjudice est indemnisé partiellement¹⁰⁵. Comment est-ce possible ?

¹⁰³ L.MOATTI, « En l'absence de faute du médecin, existe-t-il un préjudice ? », Gaz.pal.03.11.1988 doct.p.672.

¹⁰⁴ Cass. 1^{ère} ch. civ., 08.11.2000, Médecine et droit 2001, 47, 9, note P. MAZIERES.

¹⁰⁵ Toujours sur la base de la chance perdue.

Rappelons d'abord ce qu'est l'aléa thérapeutique. Il peut être défini, selon E. GOUESSE¹⁰⁶, comme « *le dommage accidentel ayant un lien de causalité certain avec un acte médical mais dont la réalisation est indépendante de toute faute établie* ». Il s'agit, par exemple, de la mort survenue lors d'une anesthésie. Ce décès est évidemment sans rapport avec l'état initial du patient, mais est dû à la technique d'investigation ou au protocole de soins nécessité par la maladie de celui-ci. Ce qu'il convient de souligner avec force est l'absence de comportement fautif du médecin lors de l'acte médical ou chirurgical¹⁰⁷.

Logiquement, en l'absence de reproche quelconque envers le médecin lors de l'opération ou de la prise en charge médicale, il est normal de considérer qu'il n'est pour rien dans le dommage subi et d'écarter sa responsabilité pour faute. C'est ce qu'a fait la juridiction administrative. Cependant, le juge judiciaire a opté pour un système différent, beaucoup moins logique, en acceptant d'indemniser la perte de chances subie par le patient non informé de la possibilité d'un tel accident¹⁰⁸...

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence traditionnelle sur la perte de chances ne s'appliquait que lorsqu'il y avait un rapport entre le dommage subi et l'état initial du patient : sans soin ou mal soigné, le malade est mort ; s'il avait été correctement pris en charge, il avait des chances de ne pas succomber. Selon J. SAISON, dans ces cas, « *la certitude du lien causal entre la faute et la perte de chance camoufle ainsi l'incertitude causale entre la faute et le décès ou l'aggravation de la pathologie.* »¹⁰⁹. Par contre, quand la Cour de Cassation indemnise en partie les conséquences de l'aléa thérapeutique subi alors que le patient n'a pas été informé, il est clair qu'il n'y a plus aucun lien de causalité entre la faute, qui consiste dans la mauvaise information, et le dommage, par exemple un handicap. Certes, on peut rétorquer que le préjudice ne réside pas dans cet état physiologique mais dans la perte de chances de ne pas s'exposer à un tel danger. Mais la réparation de la perte de chances n'est-elle pas influencée par le dommage dans son intégralité, dont elle représente une partie plus ou moins importante¹¹⁰ ?

¹⁰⁶ E. GOUESSE, *Consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale*, Gaz.Pal.17.06.1999, doct. p.900.

¹⁰⁷ J. BONNEAU, *Le risque thérapeutique*, Gaz.Pal.31.08.1993, p.1074.

¹⁰⁸ L.MOATTI, « *En l'absence de faute du médecin, existe-t-il un préjudice ?* », Gaz. Pal. 03.11.1988 doct.p.672.

¹⁰⁹ J. SAISON, préc. p.66.

¹¹⁰ Pour de plus amples explications sur la façon dont est réparée la perte de chance, voir la deuxième partie.

Le juge, de ce fait, répare donc une fraction des dommages dus à l'aléa thérapeutique par le biais de la perte de chances... Dans le cas du défaut d'information, sont donc partiellement indemnisés des dommages sans lien avec l'état de santé originaire du patient. En effet, le traitement ou l'opération prescrit par le médecin en l'absence d'information adéquate et donc de consentement véritable du patient peut avoir des conséquences sans rapport avec l'état initial du patient, ce qui était inconcevable dans la théorie classique de la perte de chances. Prenons l'exemple de l'arrêt Delle Beynel de la cour d'appel de Lyon¹¹¹. La jeune femme a accepté un électrochoc pour des problèmes psychiques. L'état de la patiente s'est sans conteste amélioré sur ce plan mais les mouvements convulsifs induits par cette technique ont provoqué une rupture des deux têtes humérales¹¹². Le dommage ne consiste donc pas en une aggravation de l'état initial du patient, puisque, antérieurement, la patiente n'avait aucun problème de santé à ce niveau.

De même, dans une décision du 7 Octobre 1998, la Cour de cassation accepte de condamner le médecin pour une perte de chances due à des informations insuffisantes alors que le dommage subi par la requérante résultait d'une complication exceptionnelle. Celle-ci, incontestablement, relevait de l'accident médical. Selon E. GOUESSE, cette solution ne peut se justifier que « *par la volonté de la Cour de Cassation d'élargir les cas d'indemnisation de l'aléa, sans pour autant modifier l'obligation de moyen* ».

On est donc passé par le biais de l'obligation d'information d'une réparation de l'aggravation d'un état à celle d'un dommage différent, sans rapport avec le premier mais causé par le traitement. Comme le souligne C. NOIVILLE¹¹³, cette façon d'accorder une réparation à des personnes victimes d'un aléa thérapeutique est assez contestable. En effet, le juge ne répare pas directement cet aléa –ce serait juridiquement impossible puisque aucun lien de causalité ne le relie au défaut d'information - mais indemnise le requérant parce qu'il n'a pu choisir entre s'exposer au danger de l'opération médicale, accepter cette intervention et les risques inhérents, ou la refuser. Seront donc mis « *en parallèle d'un côté le caractère plus ou moins indispensable de l'opération, de l'autre l'intensité plus ou moins grande des troubles qui en sont découlés* »¹¹⁴.

¹¹¹ R. SAVATIER, *Lyon 1^{ère} ch., 17.11.1952, Delle Beynel*, JCP 1953.II.7541

¹¹² L'humérus est un os du bras, qui se situe entre l'épaule et le coude.

¹¹³ C. NOIVILLE, *L'extension de l'obligation d'information du patient*, LPA 05.05.1999, n°89 p.4.

¹¹⁴ C. NOIVILLE, *L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin*, LPA 05.05.1999, p.10.

De plus et surtout, le lien de causalité entre l'absence d'information et le fait que, si elle avait su, la personne aurait choisi de ne pas subir ce traitement est lui-aussi loin d'être sûr ; en effet, si un accident anesthésique arrive pour une personne sur mille, comment imaginer que le patient, au courant de ce risque, aurait refusé de se laisser endormir ? On assiste ici à une dilution du lien de cause à effet entre le caractère fautif d'une abstention et les conséquences dommageables d'un acte dont on sait pertinemment qu'aucune faute ne l'a causé et qu'il est inévitable. La théorie de la perte de chances ne semble pas faite pour ce type de problème...

Le juge, en voulant sans tenir à la jurisprudence Mercier tout en admettant qu'il est choquant qu'un individu souffre d'un dommage dont il ne connaissait pas du tout le risque, en arrive à une jurisprudence qui ne satisfait personne. L'indemnisation dépend en effet de la perte de chances subie du fait de la mauvaise information. Or, comme les médecins choisissent en général la technique qui présente le meilleur bilan entre les risques induits et les avantages attendus, la perte de chances est assez limitée et la réparation sans commune mesure avec celle qu'auraient été en droit d'espérer les victimes si l'aléa thérapeutique était indemnisé. Les malades critiquent donc cette jurisprudence parce qu'ils aimeraient obtenir une réparation intégrale, ce qui est juridiquement impossible, puisqu'il faut déjà de l'imagination pour admettre de réparer partiellement un dommage qui n'a aucun rapport avec la faute commise tout en soulignant qu'on refuse de réparer ce type de dommage, justement parce qu'il n'existe aucun lien causal...

Les médecins, eux, contestent le fait qu'on les oblige, par de faux semblants, à indemniser un dommage dont ils ne sont pas du tout responsables. Sachant, comme le souligne E.GOUESSE¹¹⁵, qu'en plus, en l'absence d'écrit ou d'indices concordants prouvant que le patient a accepté l'intervention en connaissance de cause, « *la responsabilité du médecin pourra être retenue sur la seule fois des allégations du patient* »...

« *Admettre aussi facilement [le lien de causalité] est transformer l'obligation de moyens du médecin en une véritable obligation de garantie de résultat dès qu'il y a manquement à l'obligation d'information* »¹¹⁶. D'ailleurs, un arrêt de la cour d'appel de Paris laisse planer le doute sur le fait de savoir si on n'est pas passé d'une obligation de moyen à une obligation de résultat lorsque le patient n'a pas été informé de tous les risques. En

¹¹⁵ Art. préc.

¹¹⁶J-L BAUDOIN, RTD civ.01.03.1983 p.227.

l'espèce, Melle X... s'était trouvée atteinte d'une cécité de l'œil droit suite à une ostéotomie¹¹⁷ destinée à modifier la position du maxillaire. Ce risque était absolument inconnu, et la patiente ne pouvait donc pas être indemnisée sur la base d'une perte de chances, puisque aucun médecin n'aurait été capable de la renseigner sur ce danger. Cependant, la Cour d'Appel, comme le TGI de Paris, considérera qu'il existe un lien de causalité direct entre l'intervention et le dommage. Sans doute cet arrêt sera-t-il cassé par la Haute juridiction judiciaire, mais il souligne bien le risque d'un passage d'une obligation de moyen à une quasi-obligation de résultat lorsque le patient n'a pas été bien informé¹¹⁸.

Cette jurisprudence de la juridiction judiciaire permet donc d'indemniser pour faute un dommage que la juridiction administrative avait logiquement choisi d'indemniser sans faute... Mais il semblerait que le juge administratif lui-même soit désormais tenté de passer par la responsabilité pour faute, pour n'indemniser qu'en partie le dommage du à l'aléa thérapeutique...

Comme le souligne à juste titre C. CHATELAIN¹¹⁹, lorsque le juge admet d'indemniser une part de l'aléa thérapeutique subi parce que la victime n'a pas été correctement renseignée, on assiste à une « *confusion entre responsabilité pour faute et pour risque* », « *la théorie de la perte de chance [étant] le point de rapprochement entre ces deux responsabilités* ». Dans les arrêts Telle et Guilbot¹²⁰, on peut en effet remarquer que la situation des requérants présente des similitude avec celle de M. Bianchi¹²¹. L'acte médical était « *nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade* » ; il présentait un risque « *dont l'existence est connue, mais dont la réalisation est exceptionnelle* » ; il n'y avait « *aucune raison* » de penser que le malade y était « *particulièrement exposé* » ; l'exécution de l'acte est la source de dommages d'une « *extrême gravité* » et sans rapport avec l'état d'origine du patient ou l'évolution prévisible de son état de santé.

¹¹⁷ Il s'agit d'une résection partielle d'un os pour remédier à une difformité.

¹¹⁸ Parler d'une simple obligation de sécurité et non de résultat reviendrait au même puisque la médecine reste un domaine aléatoire ...

¹¹⁹ C. CHATELAIN, *Thèse*, p.112.

¹²⁰ CE, 05.01.2000, *Cts Telle et Guilbot*, RFD adm. 2000 p.636 ; voir la note de C. GUETTIER, RD publ. Mars 2001.

¹²¹ CE Ass. 09.04.1993, *Bianchi*, Rec. p.127, note J. MOREAU, JCP.1993.I.22061 ; M. PAILLET, *A propos de l'arrêt Bianchi : observations sur la responsabilité hospitalière pour « risque exceptionnel »*, CE, 09.04.1993, *Bianchi*, RD publ. 1993, p.1099.

Cependant, dans ses deux arrêts, le juge a choisi de rester dans le cadre de la responsabilité pour faute...

Toutefois, il ne faut pas occulter le fait que cette jurisprudence qui permet d'indemniser une partie du préjudice subi sur la base de l'absence d'information risque de rapidement se tarir. En effet, la Cour de cassation, puis le Conseil d'Etat et enfin le législateur ayant étendu l'obligation d'information, les médecins, par souci de sécurité, n'hésiteront plus à donner des fiches de renseignement écrites et à compléter le dossier médical en mentionnant les informations données. De plus, la loi du 2 Mars 2002¹²² a modifié l'article L. 1142-1 du code de la santé publique afin de permettre une indemnisation de l'aléa thérapeutique. Il faut simplement que le dommage soit du à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'il ait des conséquences anormales, graves, sans rapport avec l'état initial du patient.

Cependant, il convient de tenir compte d'une nuance : pour que les patients puissent prétendre à cette indemnisation, il est nécessaire que leur préjudice « *présente un certain degré de gravité qui devra être déterminé par décret en conseil d'état avec comme butoir le seuil de 25% d'incapacité permanente* »¹²³. Comme le souligne C.CHATELAIN¹²⁴, « *les victimes d'un accident thérapeutique n'ayant pas subi de conséquences graves devront recourir aux tribunaux ordinaires* »...

Les seules personnes qui invoqueront encore la perte de chances du fait d'un défaut d'information seront donc, à l'avenir, celles qui auront subi un « *petit risque* »¹²⁵ ; mais on peut, à ce sujet, se demander si le médecin pourra être considéré comme fautif de n'avoir pas mentionné ce danger, s'il est à la fois rare et peu invalidant...

Cette jurisprudence sur le consentement et son corollaire qu'est l'indemnisation de la victime en cas de non-respect par le médecin de ses devoirs d'humanisme peut également permettre de comprendre pourquoi certains régimes de responsabilité sans faute ont été instaurés. Là encore, on s'apercevra de la place de la perte de chances, située entre responsabilité pour faute et sans faute

¹²² L. n°2002-303 du 4 Mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JO 05.03.2002, p.4118. J. GUIGUE, *Présentation de la loi relative aux droits des malades*, Gaz. Pal. 01.05.2002 p.2 ; F-J PANSIER *Commentaire de la loi du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades*, LPA 13.03.2002 ; F-J PANSIER, *Commentaire de la loi du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades*, LPA 13.03.2002.

¹²³ P. MISTRETTA, *La loi n°2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation*, JCP G, 12.06.2002, p.1075.

¹²⁴ C. CHATELAIN, *Thèse préc.*, p.202.

§ 2. la responsabilité sans faute, une alternative à la perte de chances ?

La perte de chances est parfois impossible à invoquer. Sans doute est-ce pour cela que le législateur a opté pour des régimes spéciaux d'indemnisation ou que le juge administratif a institué des régimes de responsabilité sans faute...

Prenons l'exemple des vaccinations obligatoires¹²⁶. Pour ces actes médicaux, aucun consentement n'est demandé à la personne qui s'y soumet. Bien au contraire, la personne qui refuserait de s'y plier se verrait interdire certaines activités, l'accès à certains lieux... Comme la personne n'a pas eu l'opportunité, la chance, d'accepter ou non les avantages et inconvénients de celle-ci, il est assez logique que, si un accident survient des suites d'une vaccination, elle soit indemnisée même en l'absence de faute. Cette solution a été admise par le Conseil d'Etat dès 1958¹²⁷, aux motifs que la vaccination est obligatoire et que le dommage qui en est résulté est hors de proportion avec l'avantage procuré. Le législateur, par la loi du 1^{er} Juillet 1964¹²⁸, entérinera cette solution.

De même, à l'aune de la jurisprudence sur l'information, on peut comprendre la solution admise par le conseil d'Etat pour les premières médicales. Celles-ci, selon A. De LAJARTRE¹²⁹, représentent le « *cran supérieur de l'aléa thérapeutique* », parce qu'elles incluent « *la part d'incertitude que rencontre le patient de subir les conséquences dommageables mais parfaitement connues d'un acte médical* » et « *l'aléa supplémentaire –et pour le moins significatif– que les risques ne sont pas connus ou entièrement évalués* ». Deux questions se posent à leur propos.

D'abord, on peut se demander si le fait de soumettre le malade à un traitement nouveau, à une technique opératoire inconnue jusqu'alors ne pourrait pas être considéré comme fautif¹³⁰. En effet, le Code de déontologie interdit d'exposer le patient à des risques

¹²⁵ C. CHATELAIN, *Thèse préc.*, p.201

¹²⁶ La loi du 01.07.1964 ne joue que dans les hypothèses de vaccination obligatoire. On ne peut donc l'invoquer dans les dommages dus par exemple à la vaccination contre la grippe. Cela semble logique puisque l'individu choisit librement de se faire vacciner ou non.

¹²⁷ M. JOUVIN, *CE*, 07.03.1958, *Secrétaire d'Etat à la santé publique c/ Dejous*, RD publ. 1958, p.1087.

¹²⁸ Loi 01.07.1964. Pour l'évolution de la jurisprudence suite à ce texte, avec notamment le problème de savoir quel type de vaccins sont susceptibles de permettre d'engager la responsabilité sans faute, voir J-P DOLL, *Responsabilités en matière de vaccination obligatoire*, JCP G 1975.I.2736.

¹²⁹ A. De LAJARTRE, *La responsabilité hospitalière relative aux « premières médicales »* (*Jurisprudence Gomez et loi Huriot*), AJDA Juillet 1997, p.563.

¹³⁰ On ne peut oublier le poids des références médicales, cf C. ATIAS, *Les références médicales opposables : révolution ou continuité ?*, RD sanit. soc. janv.1995, p.21..

inutiles. Hormis quand ce dernier est dans un état critique et que les autres modalités de traitement se révèlent être dangereuses pour lui, on peut donc se demander s'il est normal que le médecin fasse de son client un cobaye...

Si on considérait comme fautif le fait d'ainsi exposer le patient à des risques inconnus, on pourrait alors considérer, en cas d'aléa, que le patient a perdu des chances de guérison ou des chances de ne pas mettre en péril sa santé, et condamner le médecin à indemniser la victime en tenant compte de l'existence ou non d'alternatives et du danger inhérent à celles-ci.

On peut à ce titre remarquer que des médecins ont pu être condamnés pour l'essai de thérapeutiques nouvelles sur leurs clients, au civil et parfois même au pénal¹³¹. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a condamné pour omission de porter secours un médecin ayant pratiqué une thérapeutique innovante sur une patiente dont l'état de santé s'était, suite à ce traitement, aggravé¹³². Cette jurisprudence semble toutefois un peu vieillie, les juges ayant aujourd'hui tendance à considérer que c'est l'audace qui paie en médecine.

Cependant, si dans un souci légitime de ne pas entraver toute initiative thérapeutique, on considère que le fait d'essayer de nouveaux traitements ou des techniques opératoires innovantes n'est pas fautif, une autre question se pose : le médecin doit-il laisser au patient le choix entre une technique connue, classique, et une autre plus moderne, offrant de nouvelles perspectives mais dont on ne peut encore déterminer les avantages réels et les inconvénients et aléas potentiels ? Comme le souligne N. ALBERT¹³³, les médecins sont assez réticents à exposer leurs doutes aux patients, qui risqueraient de prendre cette attitude pour de l'incompétence. Ils essaieront naturellement de présenter la technique à la pointe du progrès sous son meilleur jour, en soulignant la durée plus courte de l'opération, les avantages esthétiques... En effet, s'il existe d'autres manières de soigner le mal, comment convaincre un individu d'opter pour une nouvelle méthode quand celles utilisées habituellement présentent peu d'inconvénients ? Dernière question : si celui-ci accepte d'être un des premiers malade traité selon une thérapeutique nouvelle, comment peut-on considérer que le consentement recueilli était vraiment éclairé, alors qu'il était impossible de déterminer à quels

¹³¹ Un médecin qui avait essayé une thérapeutique nouvelle sur une patiente dont l'état de santé s'est aggravé de façon alarmante a pu être condamné pour abstention délictueuse, *Cass. crim. 16.03.1972*, bull. crim. n°109, *Jurisclasseur pénal 2002*, « abstention délictueuse », D. REBUT; pour un autre exemple, L. LEROUX, *Le médecin de Salon-de-Provence utilisait ses patients comme cobayes*, 12.06.2002, p.15.

¹³² *Cass. crim. 16.03.1972*, deux arrêts bull. Crim. n°109, D. 1972, note COSTA (1er arrêt); JCP G 1973.II.17474, note Moret (2ème arrêt) .

risques l'individu était exposé¹³⁴ et donc de faire un bilan coûts/avantages de la technique opératoire ou du traitement proposé ?

Sans doute est-ce en partie à cause de cette impossibilité de renseigner correctement le patient et donc d'obtenir un véritable consentement que le juge administratif, dans l'arrêt Gomez¹³⁵, a instauré une responsabilité sans faute pour les premières médicales, même s'il ne faut pas occulter que le fait qu'il ne puisse pas condamner toute initiative de la part des médecins a également contribué à cette jurisprudence. En effet, les connaissances médicales, pour progresser, ont besoin que des traitements innovants soient essayés et de ces véritables collaborateurs bénévoles que sont les patients qui acceptent de servir de cobaye... C. MAUGUE¹³⁶ soulignera d'ailleurs à propos du jeune Gomez qu'il a « *bien involontairement contribué à faire progresser l'état de la connaissance médicale* ».

Selon F. SALLET¹³⁷, la jurisprudence Gomez et l'arrêt Epoux V...¹³⁸ devraient permettre à la perte de chances de « *retrouver, sans jeu de mot, « toutes ses chances » d'être appliquée à bon escient, et non plus comme palliatif à une dé- ou re-qualification du fait générateur* ». L'auteur avait en effet souligné les dévoiements de cette notion, utilisée à la fois en cas d'incertitude quant à la relation causale et quant au caractère direct du préjudice, et mettait en exergue le fait que les juges aient eu tendance à « *quantifier la perte de chance au regard des fautes commises* ». L'idée d'instituer des responsabilités sans faute a donc ses vertus, parce qu'elle évite de voir des liens de causalité ou des fautes lorsqu'il n'y en a pas...

¹³³ N. ALBERT, *Responsabilité pour risque et utilisation dommageable d'une thérapeutique nouvelle*, LPA 10.06.1996, n°70, p.10s.

¹³⁴ Même si on prend l'hypothèse d'une technique qui n'est pas entièrement nouvelle, et qu'un risque imprévu s'est déjà réalisé, il est impossible de dire que cet accident survient dans x% des cas. En effet, si la personne est la 101^{ème} personne à se soumettre à cette nouvelle thérapeutique et que deux accidents de tel type se sont produits, on pourra estimer que le risque est de 2%. Mais si cette méthode continue d'être utilisée, on s'apercevra peut-être que pour 1000 personnes opérées, 18 ou 22 ont été victimes de l'aléa, soit respectivement 1.8 ou 2.2 %. Et on peut imaginer des écarts encore plus importants, notamment parce que les essais ont été faits sur des personnes en meilleure santé ou au contraire sur des « cas désespérés »... Aussi n'est-il pas possible de donner une information claire et précise au patient, et ce d'autant plus qu'il peut exister des risques très rares qui ne se sont pas encore produits et dont il pourrait être la première victime. Evidemment, si le patient est le premier cobaye, on ne peut que douter de la pertinence de l'information, tout étant ici affaire de spéculation...

¹³⁵ CAA Lyon, 21.12.1990, *Cts Gomez*, JCP 1991, II, 21698, p.238., note J. MOREAU ; R-M MEDOUZE, *L'arrêt Gomez, ou la naissance d'une responsabilité sans faute dans les hôpitaux publics pour risque d'utilisation de thérapeutique nouvelle*, RD sanit. soc. 1991 p.258.

¹³⁶ C. MAUGUE, La responsabilité dans l'hospitalisation publique, *Traité de droit médical et hospitalier*, Litec, 1994, fasc.136 n°41, p.41.

¹³⁷ F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, L.G.D.J. 1994, 98 p., p.59.

¹³⁸ CE 10.04.1992 *Epx. V...*, Rec. p.171, note J. Moreau JCP G 1992.II.21881.

Par contre, la jurisprudence sanctionnant le défaut d'information, conduisant en quelque sorte à une présomption de faute, a ses effets pervers. Selon certains auteurs, elle permettrait d'instituer une sorte d'obligation de résultat tout en préservant dans les apparences le principe de l'arrêt Mercier. Pour d'autres, elle contribuerait à une densification de la notion de faute, notamment pour les négligences, manque de précaution... Le praticien, déjà obligé de se conformer aux règles de l'art et de connaître toutes les données acquises de la science, devrait également éviter toute prescription ou tout acte chirurgical non indispensable en cas de doute sur leur innocuité sous peine de se voir condamner pour avoir exposé un individu à un risque inutile et donc d'avoir aggravé son état de santé. Le fait qu'on ne soit pas sûr de l'incidence réelle du choix du médecin n'aurait, du fait de la lâcheté du lien de causalité acceptée en ce domaine, aucune incidence.

Une nouvelle question se pose donc : dans quelle mesure cette théorie de la perte de chances a-t-elle des influences sur la faute civile, voire sur la responsabilité pénale ?

SECTION II. Un lien causal ténu accepté au civil mais apparemment pas au pénal...

Les hypothèses de responsabilité sans faute, même si elles ont tendance à se multiplier, restent assez marginales, circonscrites à des hypothèses précises, donc assez peu invocables. Dans le cadre de la responsabilité classique, il faut que le dommage soit direct et certain, ce qui est parfois difficile à prouver. La théorie de la perte de chances peut donc paraître comme un pis-aller, une manière de se faire indemniser au moins partiellement d'un dommage dont on ne connaît pas toujours avec certitude le lien de causalité avec la ou les fautes commises. Mais elle n'est utilisable que dans le cadre de la responsabilité pour faute. Dès lors, peut-on considérer qu'elle conduit à une extension des comportements considérés comme fautifs, lorsqu'ils ont eu une place dans la réalisation des conséquences négatives ? Y aurait-il ainsi à la fois un relâchement du lien causal et un assouplissement de la qualification de « faute » ? Et, si cette assertion se révélait exacte, pourrait-on également aller jusqu'à multiplier les instances au pénal ?

§1. La possible combinaison d'une densification de la faute et d'un lien de causalité affaibli dans le cadre de la responsabilité civile.

Pour reprendre les termes de A-M ROMANI¹³⁹, « *la crainte a pu être exprimée d'observer une perte d'influence de la théorie du risque sous l'impact du principe de précaution en ce qu'il autorise un élargissement de la notion de faute* ». On pourrait faire la même remarque à propos de la jurisprudence relative à la perte de chances, qui semble elle-aussi conduire à une densification de cette notion par le biais de l'imprudence, de la négligence, du défaut de surveillance, d'information.... En effet, certaines négligences, certains comportements légers du médecin, qui auparavant n'auraient pas été regardés comme susceptibles d'être condamnés, sont aujourd'hui considérés comme fautifs et permettent d'engager sa responsabilité parce qu'il aurait fait perdre à son patient des chances de guérison ou de survie. Cela s'explique peut-être par une évolution des mentalités, parce que là où autrefois on aurait admis que le dommage était dû à la destinée, à la fatalité, on cherche aujourd'hui des responsables...

Dans bien des hypothèses, on cumule un lien de causalité incertain et une qualification de « fautif » exagérée. Si on veut être critique envers cette jurisprudence, il faudrait souligner le mode de raisonnement du juge : il considère d'abord que tel fait a probablement du avoir une quelconque incidence sur l'état du patient, puis, pour pouvoir accorder une réparation, le qualifie de fautif...

Ainsi, les cours administratives d'appel ont parfois, avant 1992, utilisé la perte de chances en qualifiant une simple erreur ou une faute simple de faute lourde afin de pouvoir indemniser le dommage subi. Dans ces cas, elles insistaient sur la force du lien de causalité - qui pourtant n'était pas toujours si évidente que cela- et occultaient le fait générateur, qu'elles allaient envisager comme assez gravement fautif pour que la responsabilité puisse être engagée.

Dans un arrêt de la Cour Administrative de Bordeaux¹⁴⁰, les juges ont pu, de cette manière, condamner un centre hospitalier pour le long délai laissé entre deux opérations, négligence qualifiée de faute lourde... Dans cette espèce, il n'est absolument pas certain que

¹³⁹ A-M ROMANI, *L'indemnisation de l'acte médical (Du domaine réservé de l'obligation de sécurité de résultat)*, LPA 29.05.2001, n°106, p.4.

¹⁴⁰ CAA Bordeaux, 06.06.1989, *Ctre hosp. De Guéret*, Leb. p.911.

le rapprochement des deux opérations aurait pu éviter le dommage. Quant à la qualification de fautive- lourdement fautive même- de ce temps laissé entre les deux interventions, on peut considérer qu'elle est tout de même tiré par les cheveux...

Selon les termes de F. SALLET, « *paraît ici réalisé le risque de confusion abusive entre l'intensité de la faute et celle du lien de causalité, révélée par la perte de chance* »¹⁴¹. Cette dernière, au lieu de servir uniquement à occulter un lien de causalité incertain, aurait donc servi aussi à cacher le fait que la faute était normalement trop peu importante pour qu'une réparation puisse être accordée. Le degré de la perte de chances aurait par conséquent varié non pas en fonction des chances perdues, c'est-à-dire de l'intensité du préjudice, ou du degré du lien de causalité, mais selon le caractère plus ou moins critiquable du comportement des médecins...

Evidemment, cette jurisprudence des cours d'appel peut s'expliquer par le dualisme de juridiction, qui entraînait des divergences entre juge judiciaire et juge administratif. Si devant le premier une faute simple suffisait à engager la responsabilité, il fallait prouver qu'une faute lourde avait été commise devant le second¹⁴². Avec l'évolution des mentalités, il semblait de plus en plus difficile de justifier une telle rigueur de la part du juge administratif, ce qui explique sans doute cette mansuétude des juges du fond quant à la gravité de la faute. Le conseil d'Etat lui-même aura d'ailleurs tendance à les suivre ; dans un arrêt de 1991 Consorts Oulié¹⁴³, il affirmera ainsi que le fait d'envoyer un malade dans un service d'un autre hôpital « *a constitué une imprudence ayant le caractère d'une faute lourde* »...

Cependant, d'autres arrêts soulignent de manière plus claire le fait que, par le biais de cette théorie, on assiste à un élargissement des comportements susceptibles d'être considérés comme fautifs. Ainsi, on a pu considérer qu'était blâmable l'imprudence d'un médecin qui avait, en l'absence de nécessité thérapeutique impérieuse, transfusé un patient à une époque où on commençait à percevoir le danger de cette technique¹⁴⁴. Pour la Cour, alors qu'il existait des suspicions sur l'innocuité des transfusions, « *la prescription de produits sanguins concentrés alors qu'il existait des traitements de substitution constitue une faute ...* ». Cet

¹⁴¹ F. SALLET, *préc.*, p.56.

¹⁴² Depuis les arrêts Dame Vion et Philipponeau de 1935 (CE, 08.11.1935, Rec. p.1019, D. 1936.3.15), le juge administratif exigeait une faute lourde pour que la responsabilité des établissements publics soit engagée pour des actes médicaux. L'arrêt Rouzet, du 26.06.1959 (Rec. p.405) précisera la notion d'acte médical.

¹⁴³ CE, 20.03.1991, *Centre Hospitalier Régional de Toulouse c/ Consorts Oulié*, RD publ.1991, chron. Y. GAUDEMET.

arrêt de la cour administrative de Paris qui a condamné le médecin suite à une transfusion qui aurait pu être évitée souligne le fait que les médecins doivent prendre en compte aussi bien les risques connus et certains que les suspicions...

Avec la nouvelle jurisprudence qui condamne les médecins lorsqu'un aléa est survenu alors que le patient n'avait pas été prévenu de se danger, on peut se demander jusqu'où sera étendue la notion de faute et avec elle, jusqu'où sera admis le lien de causalité. Prenons un exemple : si on commence à s'interroger sur l'existence d'un risque lié à une thérapeutique, mais que rien n'est encore sûr, que devra faire le médecin ? En l'absence de danger avéré, devra-t-il taire les doutes sur cette intervention ? Devra-t-il en parler uniquement si elle n'est pas indispensable¹⁴⁵ ?

Imaginons maintenant que le médecin n'ait pas parlé à ses patients du danger potentiel, et que celui-ci soit survenu. Pour simplifier le raisonnement, on imaginera qu'on ne s'aperçoit que quelque temps après l'intervention de ses conséquences négatives, et que donc on ne peut mettre en relation le dommage avec la technique médicale que progressivement. A partir de quelle période considérera-t-on que le silence du médecin sur ce point a été fautif ? Attendra-t-on que le caractère potentiellement nocif du traitement ait été prouvé ?¹⁴⁶ Que différents articles aient été publiés à ce sujet dans des revues scientifiques ? Ou considérera-t-on que le médecin doit avertir ses patients à la moindre suspicion ?

Ces questions peuvent sembler être des hypothèses d'école. Cependant, un arrêt de la Cour d'appel de Paris¹⁴⁷ s'est prononcé sur des problèmes de ce type. Un patient, suite à une anesthésie péridurale, était resté paraplégique. Il n'avait pas été averti de ce danger potentiel, alors que le fait qu'il était sous anti-coagulants augmentait les risques et qu'il était envisageable de réaliser l'opération sans anesthésie ou sous anesthésie générale. La Cour de Paris admet que la possibilité d'une telle complication était encore à cette époque sujette à débat et qu'elle ne s'était produite que rarement, dans des cas qui ne permettaient pas

¹⁴⁴ A. GOSSEMENT, *Le juge administratif et le risque thérapeutique suspecté*, Note sous CAA Paris, 12.11.1999, *Consorts X c/ AP-HP*, RD publ. 2001 p.1267.

¹⁴⁵ J-F BARBIERI, *Intervention « médicalement nécessaire » et obligation d'information du chirurgien*, LPA 03.11.2000 p.10 ; voir également Rapport CCNE sur *l'information à donner aux patients à propos de la possibilité de transmission de l'agent de Creutzfeld-Jacob par des composants du sang*, Rapport 1997 p.102.

¹⁴⁶ Pour des problèmes de ce type, voir *Le monde*, 25.05.2002, deux articles : S. BLANCHARD et P. KREMER, *Vingt-cinq ans après, les filles distilbènes demandent réparation* et S. BLANCHARD, *Les médecins français sont restés sourds aux alertes jusqu'en 1977. Ce médicament, donné aux femmes enceintes pour éviter des avortements spontanés, a provoqué des malformations génitales sur leurs enfants*.

¹⁴⁷ Paris, 1^{ère} ch. B., 20.02.1998, *Gaz. Pal* 23.24-10-1998, p.88s.

incontestablement de relier la paraplégie au mode d'anesthésie. Ainsi, si les données d'une vaste enquête épidémiologique indiquaient que dans un cas sur 50.000, on observait que « *l'association anesthésie péridurale- anticoagulants augmentait le risque d'hématomes* », d'autres spécialistes pensaient qu'« *il n'y avait pas de risques* ». Pourtant, le médecin sera considéré comme fautif et condamné à réparer la perte de chances pour le patient de refuser ce mode d'anesthésie...

Dans ce type d'arrêt, on voit toute la mansuétude des juges pour la victime : si le patient avait su que des conséquences négatives avaient une occurrence de un pour 50.000, on peut raisonnablement penser qu'il aurait tout de même choisi cette anesthésie, toute technique médicale présentant de toute façon des risques. La perte de chances n'est donc que très faible, voire inexistante. Le lien de causalité est lui-aussi très ténu. Alors, pourquoi le juge accorde-t-il une somme représentant une bonne part des dommages subis, sachant qu'il n'y a de lien de causalité qu'entre la non-information et le fait de n'avoir pas pu renoncer à ce type d'anesthésie, et non entre cette « faute » et le dommage dans son intégralité ?

Parallèlement à ce premier problème, se posera la question du lien de causalité entre le défaut d'information et donc l'exposition au risque et les souffrances ultérieures du malade. S'il s'agit d'une maladie qui peut avoir différentes origines, comment fera-t-on pour déterminer la responsabilité du médecin ? Pourra-t-on rester sur le plan de la perte de chances de n'être pas exposé à des dangers, ou devra-t-on passer à une présomption de faute ou à une responsabilité sans faute ? Il est probable que dans cette hypothèse on accepterait d'indemniser le patient sur la base de la perte de chances, mais la faute serait alors entendue largement et le lien de causalité incertain.

S'il est clair que le lien de causalité comme la qualification de fautif d'un acte sont appréciés avec de plus en plus de clémence dans le cadre de la responsabilité pour perte de chances, et que donc les médecins sont condamnés très fréquemment au civil, en va-t-il de même devant les juridictions répressives ? « *L'appréciation extensive du lien de causalité ne peut-elle risquer d'introduire en matière pénale la notion de perte de chance ?* », comme se le demandait - déjà- en 1979 A. GOMBAULT¹⁴⁸.

¹⁴⁸ A. GOMBAULT, *Concours médical*, 03.02.1979, J. 101.

§2. De la quasi impossibilité d'introduire la perte de chances au pénal en l'absence de certitude quant au lien causal.

Au pénal, le juge est beaucoup plus strict qu'au civil en matière de causalité, puisqu'il exige la preuve d'un dommage direct pour que le médecin fautif voit sa responsabilité engagée. Le doute profite toujours à l'accusé, et il ne saurait être question de condamner un individu sur la base de probabilités. Ainsi, si un médecin peut être condamné civilement à réparer la perte de chances subie par un individu, il est hors de question de lui imposer une sanction pénale en l'absence de certitude sur le fait que c'est bien sa faute qui a causé le dommage.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a donc rejeté systématiquement toute velléité de condamnation sur la base de cette notion entendue sous l'angle « causalité » qui, de ce fait, est restée cantonnée au civil. A titre d'exemple, dans un arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation de 1980¹⁴⁹, les juges considèrent que, si la négligence du médecin pouvait être l'une des causes de la mort du patient, il n'était pas établi qu'elle avait été déterminante dans l'issue fatale, celle-ci « *pouvant avoir été inévitable en dépit des traitements* ».

Même si un traitement adéquat est de nature, dans 90% des cas, à sauver le malade, le juge français, comme son homologue belge¹⁵⁰, ne peut donc condamner le praticien qui a tardé à le prescrire, au motif que la mort peut avoir été naturelle. Aussi la cour de Cassation a-t-elle corrigé un arrêt de la Cour d'Amiens qui avait condamné un médecin pénalement pour une perte de chances de survie¹⁵¹. Dans cette espèce, un médecin avait commis des fautes durant l'accouchement de la parturiente, qu'il avait accéléré pour le faire coïncider avec son emploi du temps, puis avait laissé la patiente sans surveillance ; celle-ci était morte. La cour de cassation considère alors que le médecin est responsable parce qu'il a fait perdre « *toute possibilité de survie et commis (...) une faute constitutive du délit d'homicide involontaire* ». Elle tient donc pour « *surabondant, voire erronée* » l'invocation d'une perte de chances (entendue sous l'angle « causale ») alors que le lien de cause à effet est sûr, et réproouve implicitement toute velléité de condamnation pénale sur cette base.

¹⁴⁹ Cass.crim. 07.01.1980, D.1981.II.R.257, note PENNEAU.

¹⁵⁰ SAVATIER, Note sous C. Cass. Belge, 23.09.1974, JCP 1976.II.18216.

¹⁵¹ SAVATIER, Note sous Cass. crim. 09.06.1977, Bucher, JCP 1978.II.18839

Le fait que le juge civil accepte la perte de chances et non le juge répressif et que la perte de chances et le dommage global soient distincts¹⁵² expliquent pourquoi l'autorité de la chose jugée n'empêche pas une personne déboutée au pénal d'engager une instance au civil pour les mêmes faits¹⁵³. Ainsi, si le médecin a été relaxé parce que sa faute, si elle est la cause d'une perte de chances, n'est pas la cause de l'entier dommage, il peut être amené à réparer la part du préjudice qu'il a causé.

Sachant qu'il n'existe pas d'infraction de perte de chances de survie et que celle-ci ne peut être assimilée ni à l'homicide involontaire ni à l'homicide par imprudence¹⁵⁴, cette solution est logique. Prenons un exemple récent. Un médecin provoque artificiellement un accouchement, sans doute de manière prématurée. A sa naissance, l'enfant, en raison de l'infection de sa mère, contracte une méningite fulgurante et en meurt quelques jours plus tard. Le médecin, par l'imprudence qu'il a commise en déclenchant l'accouchement, a sans doute augmenté les risques de contamination, mais il n'est absolument pas certain qu'il y ait un lien de causalité entre la faute du praticien et le décès du nouveau né. La chambre criminelle de la Cour de Cassation relaxe donc le prévenu¹⁵⁵, mais celui-ci est condamné à réparer la perte de chances des parents de ne pas subir un préjudice moral¹⁵⁶.

Pourtant, il arrive que des professionnels de santé soient condamnés pénalement alors que subsiste quelque doute sur le lien de causalité entre leur faute et le dommage subi par la victime. Comment est-ce possible ? Dans un arrêt de 1990 de la Cour d'appel d'Aix, ont ainsi été condamnés des médecins qui avaient pratiqué une opération d'ablation de l'appareil génital d'un transsexuel, celui-ci s'étant suicidé peu de temps après l'intervention¹⁵⁷. Il apparaissait pourtant que la personne souffrait déjà de perturbations psychologiques et les chirurgiens ne pouvaient se voir reprochés que le fait d'avoir laissé trop peu de temps

¹⁵² C'est-à-dire que, par exemple, il faut distinguer perte de chance de survie et décès.

¹⁵³ Selon J. PENNEAU, *Note sous cass. 1^{ère} civ. 24.03.1981, Vve Allaoui c/ Dr Nemegyei*, D.1981 p.545, « dans la mesure où la relation causale entre la faute du médecin et la perte de chance de survie ou de guérison a une existence autonome, distincte de la relation causale constitutive de l'infraction, l'autorité de la chose jugée au pénal ne trouve plus à s'exercer, et le juge civil a non seulement la possibilité, mais le devoir de se prononcer sur le moins tiré de ce préjudice ».

¹⁵⁴ Pour qu'il y ait homicide par imprudence, il faut que le préjudice soit la mort et non la perte de chance de survie et que la causalité soit sûre. Qu'on envisage la perte de chance sous l'angle du préjudice ou sous celui de la causalité, dans les deux cas, il s'avère impossible qu'il y ait condamnation pour cette infraction.

¹⁵⁵ *Cass. crim. 20.03.1996, Salussola*, Bull. Crim., n°119, Resp. civ. et assur. 1996, comm.283.

¹⁵⁶ Il aurait été plus logique d'engager une instance au nom de l'enfant décédé, mais celui-ci n'ayant vécu qu'une dizaine de jours, le préjudice aurait été négligeable. Les parents ont donc préféré engager une action en leur nom.

¹⁵⁷ *Aix en Provence, 23.04.1990, Cts X... c/ Y... et a.*, D.1991 som.com.p.360.

s'écouler entre les premières visites de l'individu et l'opération et, par conséquent, de n'avoir pu acquérir la certitude du caractère thérapeutique indispensable du changement de sexe.

Pourquoi dans ce cas condamner les médecins ? Tout simplement parce que l'atteinte à l'intégrité corporelle est blâmable, et ce quelles qu'aient été les conséquences pour l'individu. Il ne faut pas oublier, dans ce genre d'espèces, que la finalité de la sanction pénale n'est pas du tout la même que celle de la réparation civile. Elle vise à préserver l'ordre public et, dans ce cas, le médecin y avait porté atteinte. Le médecin est donc condamné pour le fait d'avoir mutilé l'individu, et il n'y a pas lieu de chercher un quelconque rapport entre cette faute et la conséquence dommageable, puisque c'est le fait en lui-même qui est réprimé. Aucun problème de causalité ne se pose donc, et on peut même considérer qu'on est sorti du cadre de la perte de chances, même si celle-ci est toujours susceptible d'être invoqué au civil...

Cette jurisprudence s'explique simplement par le fait que le droit pénal respecte le principe « nulla poena sine lege ». Le médecin qui a causé de manière certaine la mort peut ainsi être condamné pour imprudence ayant causé la mort ou homicide involontaire ; celui qui a procédé à une stérilisation sans consentement¹⁵⁸ ou à l'ablation de l'utérus¹⁵⁹ sera pénalement responsable pour mutilation d'organe sexuel... Mais il n'existe aucune infraction permettant de condamner quelqu'un pour avoir fait perdre une chance à autrui...

Ainsi, le médecin qui a fait perdre toute chance de survie à son patient est condamnable. On a déjà vu ce cas avec l'arrêt Bucher de 1977, mais il existe de très nombreuses jurisprudences sur ce thème. A titre d'exemples, le juge a sanctionné pénalement les membres d'une équipe médicale qui, alors qu'un incendie s'était déclenché, « s'enfuirent de la salle d'accouchement, abandonnant la parturiente, anesthésiée dans son lit »¹⁶⁰ ; le refus d'un médecin de se déplacer au chevet une personne dont il ne pouvait ignorer la gravité de l'état - le patient était atteint de méningite¹⁶¹ ; le médecin qui pratique un acte médical qu'aucun hôpital n'avait accepté de faire et commet une faute (défaut de prémédication), suite

¹⁵⁸ TGI Nancy, 07.11.1994, Dame Mengotti c/ Dr.A..., Gaz. Pal spécial Droit de la santé, 1995 .somm. p.375

¹⁵⁹ CA Paris, 1^{ère} ch. B, 0901.1996, Mme Lesure c. Dr Couturier et S.A. Assurances, (Cass. 09.01.1996, même arrêt)Gaz. Pal. 16.07.1996, jurisp.p.407, note J. BONNEAU.

¹⁶⁰ R. SAVATIER, Cass. crim., 02.10.1958, Porchas et a. c. Dr X..., JCP 1958.II.10834.

¹⁶¹ Cass. Crim., 26.03.1997, RD sanit. soc. 1997, p.63.

à laquelle l'enfant décède¹⁶² ; le médecin qui, conscient de la précarité des conditions d'hébergement d'un nouveau-né, s'est abstenu d'intervenir alors qu'il avait été prévenu par téléphone des maux de l'enfant¹⁶³... Comme le souligne L. MOATTI¹⁶⁴, « *les tribunaux répressifs retiennent la privation de toute possibilité de survie à l'exclusion des chances de survie* ».

Néanmoins, certaines espèces peuvent paraître assez choquantes. Dans un arrêt de 1999¹⁶⁵, la Cour de cassation a ainsi refusé de condamner un médecin qui, s'étant trompé de patiente, avait voulu retirer un stérilet sur une femme enceinte. Il avait provoqué une rupture de la poche des eaux, et obligé la femme à avorter, parce que le fœtus ne pouvait plus, du fait de son erreur, se développer. La Cour d'Appel¹⁶⁶ avait accepté de condamner le gynécologue, parce que « le fœtus était « *en parfaite santé* ». La cour de cassation s'y refusera, parce que celui-ci « *n'avait pas atteint le seuil de viabilité et n'était donc pas une personne humaine protégée au sens de l'article 221-6 C.pén.* »¹⁶⁷...

Surtout, il convient de souligner, comme le remarque MEMETEAU¹⁶⁸, que si le lien de causalité est certain, il est possible que le préjudice réside dans cette perte de chances. On peut donc considérer que la perte de chances appréhendée sous l'angle de la causalité est inconcevable en droit pénal, mais que rien ne s'oppose à cette théorie lorsqu'elle est envisagée sous l'angle, normal, du préjudice¹⁶⁹.

Ainsi, un anesthésiste a été condamné par la Cour d'Appel de Paris¹⁷⁰ à trois mois d'emprisonnement avec sursis et à des dommages-intérêts parce qu'alors qu'il était « *conscient du risque majeur pesant sur son malade et de ce que la clinique n'était pas équipée sur le plan de la réanimation [il] avait attendu plus de neuf jours avant d'autoriser la prise en charge du malade par le SAMU d'un autre établissement* ».

¹⁶² C. Cass., 30.01.1978. En l'espèce, quatre rapports d'expertises avaient été rendus, et les juges du fond avaient douté du caractère certain du lien de causalité. Finalement, l'oto-rhino laryngologue sera condamné pour homicide involontaire.

¹⁶³ Cass. crim. 17.02.1972, Jurisclasseur pénal 2002 « abstention délictueuse », D. REBUT.

¹⁶⁴ L. MOATTI, « *En l'absence de faute du médecin, n'existe-t-il pas un préjudice ?* », Gaz. Pal. 1998 doct. P.672.

¹⁶⁵ C. Cass., 30.06.1999, D. 1999, p.710, note D. VIGNEAU.

¹⁶⁶ CA Lyon, 13.03.1997, *La vie prénatale en question*, JCP G 1997.II.22955 note G. FAURE.

¹⁶⁷ D. VIGNEAU, préc.

¹⁶⁸ *Perte de chances et responsabilité médicale*, préc.

¹⁶⁹ Cass.crim. 06.06.1990 Gaz.pal.1991 somm.p.20.

¹⁷⁰ CA Paris, 16.11.1995.

Evidemment, cette jurisprudence de la chambre criminelle ne fait qu'entériner les arguments des opposants à l'utilisation de la perte de chances dans le cadre de la causalité, puisqu'il paraît a priori illogique que le juge civil condamne sans certitude sur le caractère direct du préjudice alors que le juge pénal s'y refuse. Selon SAVATIER¹⁷¹, cette jurisprudence des juges répressifs ne ferait donc que révéler « *l'arbitraire judiciaire auquel conduit la mesure de la causalité du dommage* ». Cependant, il ne faut pas oublier que, comme nous l'avons déjà signalé, les philosophies des deux juges sont différentes...

Malgré cette jurisprudence qui peut paraître exclure du droit pénal toute hypothèse de perte de chances lorsque le lien de causalité est incertain, on peut considérer que les médecins ont pu assister à une extension des comportements considérés comme répréhensibles et donc susceptibles de les mener devant le juge répressif.

Ainsi, est puni tout délaissement d'une personne en danger et hors d'état de se protéger et toute omission de porter secours (art.223-3 et 223-4 N.C.P., inspirés des articles 349s anciens). Ont de ce dernier chefs été condamné un médecin qui n'a pas porté d'assistance à un enfant né clandestinement, alors que celui-ci bénéficiait de larges chances de survie¹⁷² ; un autre qui n'a pas demandé de renseignements complémentaires pour savoir quel était l'état de gravité du malade¹⁷³ ; un troisième pour avoir refusé de se déplacer sans s'assurer que le malade ne nécessitait pas une intervention immédiate¹⁷⁴ ... On peut penser, au travers de la jurisprudence, que les comportements considérés comme entrant dans cette catégorie d'infraction se sont multipliés

Dans tous ces cas, il est impossible pour la personne incriminée de faire valoir que les secours donnés auraient été inefficaces parce que la personne n'avait quasiment aucune chance de guérison ou de survie ; en effet, l'omission de porter secours « *est indépendante de l'état physiologique de la victime et de son évolution fatale ; l'infraction n'est pas de ne pas avoir sauvé la vie de quelqu'un, mais de ne pas lui avoir prêté une aide ou une assistance sans que l'intervention soit subordonnée à l'efficacité des secours* »¹⁷⁵

Peut-on finalement considérer qu'on a assisté à une extension des fautes pénales, comme on a assisté à un élargissement des fautes civiles ? Pendant une période, oui, puisque

¹⁷¹ Note sous Cass. crim. 09.06.1977 Bucher, préc.

¹⁷² Cass. Crim., 23.06.1955, bull. Crim. n°320, D.1955.575.

¹⁷³ T. corr. Béthune, 22.03.1963, JCP 1963, II, 13386, note PATUREAU.

¹⁷⁴ crim. 21.01.1954, Bull. crim. n°25, D. 1954.224.

¹⁷⁵ Code Pénal, commentaires.

les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique étaient plus facilement sanctionnées en vertu de l'infraction de mise en danger d'autrui (art. 223-1s. C. pén.). Le nouveau Code Pénal, entré en vigueur le 1^{er} Mars 1994¹⁷⁶, prévoyait en effet que «*le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures (...) par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence...*»¹⁷⁷ et qu'il y a «*délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements, sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales, compte-tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait*»¹⁷⁸. Il consacrait ainsi, de façon innovante, les fautes d'imprudence consciente. Dans ce cadre, comme le souligne G. MEMETEAU¹⁷⁹, il devenait possible de «*correctionnaliser l'infliction d'une perte de chances en elle-même*», sachant qu'en plus «*l'infraction ne suppose pas la réalisation d'un préjudice*»¹⁸⁰. On peut constater que la définition de cette incrimination était imprécise, sujette à diverses interprétations. Elle laissait donc une large marge de manœuvre aux juges, leur permettant d'étendre les fautes considérées comme pénalement répréhensibles. Ainsi, même si la «*mise en danger*» n'était punissable que si «*la loi ou le règlement*» avait imposé une obligation, il semble que le juge ait étendu les hypothèses dans lesquelles l'infraction était constituée. De plus, on était donc dans le cadre de l'équivalence des conditions, «*toute faute ayant concouru au dommage, dès lors que le lien de causalité était établi*»¹⁸¹, rendant le médecin punissable, même s'il n'était que l'auteur indirect du dommage.

Cependant, depuis le vote de la loi du 10 juillet 2000, il semblerait que les médecins, comme les responsables politiques, ne puissent être plus mis en cause aussi facilement. En effet, alors que, jusque là, les auteurs indirects du dommage pouvait être facilement condamné, désormais, il faudra établir qu'ils ont «*violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité...*». Par cette modification législative, on aurait en quelque sorte abandonné l'équivalence des conditions pour adopter la causalité

¹⁷⁶ Loi 16.12.1992, dite «*loi d'adaptation*».

¹⁷⁷ Art. 223-1 N.C.P.

¹⁷⁸ Art. 121-3 N.C.P.

¹⁷⁹ *Perte de chances et responsabilité médicale*, Gaz. Pal. 25.10.1997, p.1367.

¹⁸⁰ Il faut toutefois souligner que la violation de la règle de sécurité doit être intentionnelle, et non pas seulement due à une simple maladresse ou une inattention.

¹⁸¹ Y. LACHAUD, *Causalité indirecte et faute qualifiée après la loi du 10.07.2000*, Gaz. Pal. 07.09.2001 p.10.

adéquate¹⁸². Aussi, la Cour de Cassation¹⁸³ a-t-elle cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait reconnu un gynécologue coupable d'homicide involontaire sur un nouveau-né, parce que le médecin n'était pas directement responsable de la mort de l'enfant.

Comme nous venons de le voir, la perte de chances a surtout été critiquée du fait de l'incertitude quant au lien de causalité et de ses répercussions dans tout le droit de la responsabilité. La cour de cassation a donc essayé de lui redonner une vertu en l'envisageant sous l'angle du préjudice. Dans un arrêt de 1982¹⁸⁴, elle a été claire à ce sujet en censurant un arrêt d'une cour d'appel au motif « *qu'en ayant recours à la notion de perte de chances pour déclarer le médecin partiellement responsable, alors que cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice...* », les juges du fond avaient violé l'article 1147 du code civil. Par la suite, la Cour de cassation affirmera, dans la lignée de cette jurisprudence, que ne pouvaient être indemnisés les parents d'un enfant malformé parce que cet état ne pouvait en aucun cas être imputé aux irradiations subies lors des radiographies de l'abdomen qu'elle avait faites en début de grossesse¹⁸⁵.

Si initialement la perte de chances a été prise en compte sous l'angle de la causalité et qu'aujourd'hui cette notion est encore utilisée en l'absence de certitude quant au caractère direct du dommage, on ne peut étudier cette notion sans mettre en exergue le fait que, depuis la fin des années 70, elle est envisagée du côté du préjudice....

Aussi, même si on ne peut aujourd'hui occulter le fait que la perte de chances sert toujours de « *déguisement causal* »¹⁸⁶, il convient donc, désormais, de s'intéresser à la façon d'appréhender la perte de chances en tant que préjudice.

¹⁸² Selon la circulaire du 11.10.2000 commentant les dispositions de la loi du 10.07.2000 (C.R.I.M.-00-9/ F1), « *le législateur est partiellement revenu (...) sur le principe de l'équivalence des conditions, en posant dans le 4^{ème} alinéa de l'art. 121-3 du Code pénal de nouveaux critères permettant l'application de la causalité adéquate* ».

¹⁸³ Cass. crim., 10.01.2001, n°41 0083-354 FS-p7f, Bull. n°100, 04.04.2001.

¹⁸⁴ Cass. civ., 17.11.1982, *Goddé c/ Debrune*, bull. civ., I, n°333.

¹⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 05.02.1991, *Cts Mabire c/ Calendrier et a.*, Gaz. Pal., 1991 panor. P.172.

PARTIE II : La perte de chances, une notion à appréhender sous l'angle du préjudice.

La théorie de la perte de chances, comme nous l'avons déjà vu, a suscité de multiples controverses, parce que, selon la formule de F. CHABAS, elle pourrait permettre d'indemniser un dommage sans la certitude que la personne condamnée l'a certainement causé. Cependant, comme le souligne P. CUVILLIERS¹⁸⁷ dans son mémoire, cette notion est surtout, depuis la fin des années 1970 pour le Conseil d'Etat¹⁸⁸ et le début des années 1980 pour la Cour de Cassation¹⁸⁹, envisagée comme un dommage sui generis. Elle constitue donc un préjudice distinct de l'invalidité ou du décès survenu, comme le souligne l'arrêt de la cour de cassation du 7 Février 1990 en affirmant que le médecin a privé « *seulement le malade 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* »¹⁹⁰. Le fait que l'autorité de la chose jugée au pénal ne s'impose pas en ce qui concerne ce préjudice permet également de confirmer cette spécificité.

On constate donc que, par le biais de cette théorie, on indemnise alors la perte d'une chance qui se serait réalisée dans le futur et de façon éventuelle. Pour M. DEGUERGUE, il faut cependant prendre garde dans l'hypothèse de la perte de chances à ne pas dissocier celle-ci en préjudice actuel et préjudice futur, parce que, dans ce cadre, « *c'est toujours un préjudice actuel éprouvé du fait de la disparition d'une chance qui aurait pu, elle, survenir dans le futur* ». Cela pose quelques problèmes, parce que, logiquement, pour qu'un préjudice soit réparé, il est nécessaire qu'il soit certain, direct et personnel. Après les problèmes de causalité déjà rencontrés, on se trouve donc face à des interrogations quant un caractère certain ou non du préjudice. Par conséquent, certaines décisions sont critiquées du fait de l'incertitude du lien de causalité, d'autres du fait du doute quant au caractère certain du préjudice et il existe des décisions qui permettent de cumuler les deux sortes de reproches...

¹⁸⁶ J. SAISON, *Essai sur les variations de la notion de faute médicale...*, préc., p.68.

¹⁸⁷ P. CUVILLIERS, *Le consentement à l'acte médical*, Mémoire DEA Lille, 1991, 132p., p.22.

¹⁸⁸ CE, 02.12.1977, *Dame Rossier*, Leb. P.485. ; CE, 19-12-1984, *Boehrer*, Leb. p.433.

¹⁸⁹ Cass.1ère civ. 24.03.1981, *Vve ALLAOUI c/ Dr Nemegyei*, D.81 p.545, Note PENNEAU.

Sachant qu'hormis ce problème, se posent également des difficultés quant à la manière d'appréhender ce chef de préjudice et de l'évaluer ...

CHAPITRE I : La perte de chances, un préjudice « classique » ou teinté d'originalité ?

La perte de chances, envisagée sous l'angle du préjudice, pose-t-elle moins de difficultés que lorsqu'elle est vue du côté causal ? A priori, ma réponse devrait être positive, puisque les hautes juridictions ont préféré la voir ainsi pour lui « redonner une vertu ». Cependant, nous verrons que cette notion, si elle a des traits caractéristiques du préjudice classique, parce qu'elle doit être certaine par exemple, a aussi ses spécificités, notamment celle de rendre indemnisable des dommages qui, dans la théorie classique de la responsabilité, ne pourraient donner lieu à aucune réparation... Nous verrons ensuite que ce préjudice est susceptible d'évoluer, de s'adapter, ... afin de recouvrir des types de dommages de plus en plus larges, mais que, quelle que soit l'époque, elle est toujours restée particulièrement complexe à appréhender...

SECTION I : Les rapports ambigus de la perte de chances et du préjudice.

Comment caractériser la « perte de chances » entendue sous l'angle du préjudice ? Quels caractéristiques doit-elle avoir pour être indemnisée ? Quels rapports entretient-elle avec l'évolution de la notion de « préjudice » dans le cadre de la responsabilité classique ?

§1. La perte de chances, un préjudice à la fois certain et « distinct ».

Dans le cadre de la perte de chances, la première question qui se pose est: est-on certain que la chance, de guérison par exemple, existait bel et bien ? Différents arrêts ont ainsi pu repousser toute réparation parce que les chances étaient inexistantes. Ainsi, la Cour de Cassation a-t-elle pu souligner que le retard d'un médecin à provoquer un accouchement n'avait pu, compte tenu des circonstances, fait perdre une quelconque chance d'éviter une

¹⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 07.02.1990, D. 1991, Som.183 obs. PENEAU.

anoxie, celle-ci étant inéluctable¹⁹¹ ; de même, le fait de n'avoir pas diagnostiqué un mal n'est pas dommageable si aucune amélioration de l'état du patient n'était envisageable¹⁹²...

En fait, il faut, comme pour la causalité, partir d'une approche probabiliste. On sait, par exemple, que pour telle maladie, tel traitement donne de bons résultats dans x% de cas. Si la prise en charge médicale ou chirurgicale permet d'améliorer l'état du patient dans neuf cas sur dix, alors il est clair que le médecin aurait pu traiter son client avec de grandes chances de réussites. Il est donc on ne peut plus légitime que celui-ci se plaigne.

Prenons maintenant une autre hypothèse et imaginons que la seule opération chirurgicale envisageable sans risque majeur réussisse dans 10% des cas seulement et que le praticien ne l'ait pas proposée à son malade. Pourra-t-on, malgré ce faible taux de guérison, considérer que le patient a perdu une chance ? La réponse logique serait sans doute négative. Pourtant, il faut bien admettre que le malade aurait pu faire partie des 10% de personnes susceptibles de voir leur état de santé s'améliorer. Le médecin a donc fait perdre une chance, certes plus faible, mais existante à son malade. Dans ce cas, le préjudice est certain, mais l'indemnisation sera moins importante du fait de la moindre chance de succès de l'intervention.

Différents arrêts illustrent parfaitement cette hypothèse dans laquelle les chances de réussites existaient mais étaient peu importantes. Ainsi, la Cour d'appel d'Orléans¹⁹³ considère « *que pour minimes qu'elles soient, les chances de C... en un résultat favorable et positif de l'électrothérapie (...) n'étaient pas hypothétiques, mais réelles et certaines* » ; de même, la Cour Administrative d'Appel de Paris¹⁹⁴ accepte de condamner un hôpital parce que « *le défaut de transmission [des résultats d'examens], à l'origine d'un retard de vingt-six heures dans l'administration des soins (...), est constitutif d'une faute engageant la responsabilité de l'hôpital, dès lors qu'il a privé le malade de chances réelles, bien que faibles, de survie* ».

D'autres arrêts, concernant la perte de chances de se faire avorter, reflètent bien la nécessité d'un préjudice certain. Si la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat avaient accepté,

¹⁹¹ R. SAVATIER, *Cass 1^{ère} civ.*, 02.05.1978, Mandryka c Frank et a. (Bull. civ.I n°166), JCP G 1978.II.18966..

¹⁹² *Cass. civ. 1^{ère} ch.*, 12.11.1985, M. Konstantinow c/ Dr Manrique et a., Bull. civ. 1985 p.265 n°299.

¹⁹³ *Orléans*, 27.02.1969, D.1969, p.6661.

¹⁹⁴ *CAA Paris*, 13.06.1989, *Consorts Lahouel*, Leb. p.909.

avant la loi du 4 Mars 2002, d'indemniser des parents pour le préjudice de n'avoir pas eu le choix entre garder leur enfant et avorter, encore faut-il que les conditions requises pour que la femme puisse décider d'une interruption volontaire ou thérapeutique de grossesse soient réunies. Pour Mme Perruche, aucun problème ne se posait, puisque les résultats de son amniocentèse lui étaient parvenues avant les dix semaines de grossesse (soit 12 d'aménorrhées)¹⁹⁵ pendant lesquelles la femme en état de détresse peut décider de ne pas poursuivre sa grossesse. De toute façon, en l'espèce, on peut présumer que sa demande d'ITG aurait été facilement acceptée.

Dans les trois arrêts rendus le 13 Juillet 2001, la situation était différente parce que, s'il n'y avait pas eu de fautes à lecture des échographies¹⁹⁶, seules des ITG auraient été envisageables, le délai pour les avortements pour détresse étant passé. Or, si l'ITG peut être pratiquée « à toute époque », elle n'est possible que si deux médecins attestent que l'enfant à naître est atteint d'une affection d'une particulière gravité dont le caractère est reconnu comme incurable au moment du diagnostic. De ce fait, on ne peut considérer qu'une chance a été perdue que si on estime que des praticiens consciencieux auraient considéré la condition remplie au vu des échographies pratiquées. Dans le cas contraire, il faudra alors considérer que les requérants ne peuvent se prévaloir d'aucun préjudice puisqu'ils n'auraient pu modifier leur destin¹⁹⁷.

Dans les trois espèces, la Cour de Cassation considérera d'ailleurs que l'ITG n'aurait pu être accordée. Pourtant, dans l'un au moins des arrêts dont la cassation était demandée cette décision est contestable, puisque la petite fille, atteinte d'un spina-bifida, est née avec une paraplégie complète des membres inférieurs, une hydrocéphalie et une incontinence anale...

Même si on peut critiquer le fait que la haute juridiction ait regardé dans les trois cas l'ITG comme impossible, il faut admettre que le raisonnement de la cour de cassation est logique : nul ne saurait se prévaloir de la perte d'une chance qui n'existait pas. Finalement, le seul reproche qu'on peut formuler sur ce mode de raisonnement tient au fait qu'elle induit une

¹⁹⁵ Depuis la Loi n°2001-588 du 04.04.2001, JO 07.07.2001 p.10823, la femme peut recourir à l'IVG jusqu'à 12 semaines de grossesse, soit quatorze semaines d'aménorrhée. Pour un commentaire de cette loi, voir C. BRUNETTI-PONS, *Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse*, D. famille, Nov. 2001 p.4.

¹⁹⁶ Pour savoir comment la Cour de Cassation envisage les fautes au cours d'échographies et la façon de les réparer, voir M.GOBERT, *République, Cour de cassation et échographie, A propos des arrêts d'assemblée plénière* du 13.07.2000, LPA 21.11.2001 p.7.

¹⁹⁷ Pour un exemple du même type, en matière d'ITG, voir M. HEERS, *Conclusions sur TA Strasbourg*, 17.07.1990, *Sokal c/ Hôpital Notre-Dame du bon secours*, Gaz. Pal.1991, jurisp. p.53.

inégalité entre les parents selon l'époque à laquelle peut être décelée l'anomalie du fœtus. En effet, la femme qui aura été avertie de celle-ci avant 10 (aujourd'hui 12) semaines de grossesse pourra recourir à l'IVG même pour une malformation mineure et sera indemnisée de cette perte de chances si l'information ne lui a pas été donnée, alors que la femme dont l'enfant est atteint d'un mal assez grave mais pas suffisant pour que les conditions de l'ITG soient remplies ne pourra se plaindre de rien. Toutefois, il convient d'atténuer partiellement cette critique en pensant que la sagesse des juges les conduiraient à débouter des plaignants qui n'invoqueraient qu'une malformation mineure.

Par conséquent, une fois que les juges ont acquis la certitude que la chance existait, c'est au moment de l'indemnisation qu'ils devront se demander si celle-ci était quasi-nulle, partielle ou totale...

Une deuxième question se pose alors : peut-on considérer que le préjudice que constitue la perte de chances est uniquement moral ? N'indemnise-t-on que le regret de la personne de n'avoir pas été mieux soignée, de ne pas avoir pu choisir une autre technique médicale ou refuser une intervention ? La cour de cassation comme le Conseil d'Etat évoquent toujours le préjudice moral, l'idée pour le patient que sa vie après le début de la maladie aurait pu être autre...

Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt de 1990¹⁹⁸, récusera cette vision restrictive du préjudice. Comme elle l'avait souligné dès 1981¹⁹⁹, ce préjudice recouvre une partie du dommage dans sa totalité et a donc une valeur moindre que celui-ci. Cette absence de disjonction totale entre la perte de chances et l'intégralité des souffrances apparaît bien éclairée dans le cas d'aggravation de l'état de la victime suite à la faute qui lui a fait perdre des chances. Dans ce cas, les juges acceptent aisément de revoir le montant de l'indemnisation, et la Cour de Cassation comme le Conseil d'Etat cassent les arrêts des cour d'Appel qui n'auraient pas voulu procéder à une révision de leur jugement.

Malgré le fait que ce préjudice soit considéré comme distinct, on ne peut donc occulter qu'il entretient des rapports, qu'on peut *a priori* considérer comme ambigus, mais qui sont en fait logiques, avec le dommage dans son intégralité. Si on veut représenter le préjudice

¹⁹⁸ Cass., 1^{ère} civ., 10.01.1990, Gaz. Pal., 1, pan. jur., 95.

¹⁹⁹ Cass., 1^{ère} civ., 24.03.1981, D. 1981, 545, Vve ALLAOUI c/ Dr Nemegeyi, note PENNEAU.

« perte de chances », il faut imaginer un camembert qui représente le dommage dans son intégralité. A l'intérieur de celui-ci, un cercle représente les chances perdues. Seul la part que représente ce petit rond sera indemnisée. La détermination de ce préjudice dépendra donc de l'importance des dommages subis et de la perte de chances, estimée à 10, 20, 50, 80%..., le problème étant bien évidemment de savoir quelle part du dommage intégral constitue la perte de chances...

Logiquement, les Cours suprêmes refusent donc les deux extrêmes que sont l'indemnisation du préjudice moral seulement et la réparation de l'entier dommage. Ainsi, la Cour de cassation peut-elle casser des arrêts qui affirment que le requérant ne subi qu'un préjudice moral et casser un arrêt d'une cour au motif « *qu'ayant retenu la responsabilité de M... parce qu'il avait fait perdre une chance de survie, l'arrêt attaqué ne pouvait, en conséquence, indemniser les consorts F... que pour le préjudice causé par cette perte de chance et non pour celui résultant du décès de la demoiselle F...* »²⁰⁰. Nous reviendrons plus longuement sur les problèmes posés par la réparation dans le second chapitre. Ici, il convient seulement de comprendre le caractère distinct du préjudice de « perte de chances ».

Evidemment, comme la perte de chances consiste en une partie du dommage intégral, il est logique que les chefs de préjudice invocables sous le couvert de cette notion dépendent de l'évolution de la perception du préjudice dans la société à un moment x ...

§2. Le incidences (paradoxales ?) de l'évolution de la notion de préjudice sur la notion de perte de chances.

Pour bien comprendre les raisonnements qui vont suivre, rappelons d'abord la différence entre dommage et préjudice. Celle-ci n'a pas toujours été reconnue, puisque C-A COLLIARD²⁰¹, dans sa thèse, considérait les deux termes comme synonymes, à l'instar de P. DUEZ ou de WALINE. Cependant, comme l'écrit R. CHAPUS dans son manuel de droit administratif²⁰², « *il est nécessaire [pour obtenir une réparation] qu'existe un préjudice et qu'il soit la conséquence directe du fait considéré comme dommageable* ». Cette affirmation implique que les deux termes aient une signification différente.

²⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère} ch., 02.05.1978, *Mandryka c/ frank et a.*, JCP 1978.II.18966, obs. SAVATIER.

²⁰¹ C-A COLLIARD, *Le préjudice en droit administratif français*, Thèse Aix, imprimerie P. Roubaud, p.14.

²⁰² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc. p.1185.

On peut en fait considérer que le dommage est de l'ordre de l'événement, que c'est le fait brut originaire, objectif, qui n'a aucune signification juridique. C'est la détérioration d'une situation prise en elle-même. Le préjudice, lui, est la traduction juridique du dommage, « *c'est le dommage se répercutant sur une personne juridique*²⁰³ », « *l'expression subjective, la traduction individualisée du dommage* »²⁰⁴. Aux termes de M. DEGUERGUES²⁰⁵, « *en toute logique juridique, il peut [donc] y avoir dommage sans préjudice, mais pas préjudice sans dommage* ».

Un même fait peut donc être considéré comme préjudiciable pour certaines personnes alors que pour d'autres il ne le sera pas, parce qu'elles ne peuvent arguer d'un droit lésé, d'une situation juridiquement protégée²⁰⁶. En fait, pour qu'un dommage puisse être considéré comme un préjudice et donc être indemnisable, il faut tout simplement qu'il soit « *certain, direct, évaluable en argent et porter atteinte à une situation légitime* »²⁰⁷. Comme l'écrit I. POIROT-MAZERES, « *un dommage, en tant qu'il affecte la situation [de la victime] se transforme en préjudice et provoque ainsi la rupture d'un équilibre qu'il importe de retrouver* ». Le préjudice appelle donc la réparation, alors que le dommage reste un fait, dont on peut certes se plaindre, mais qui ne permet pas de condamner qui que ce soit

Prenons un exemple : le Conseil d'Etat n'accepte d'indemniser les souffrances que depuis l'arrêt Morell de 1942²⁰⁸. Imaginons que la théorie de la perte de chances ait existé avant cette date en matière médicale. Dans ce cas, le juge aurait pu indemniser la perte de chances de guérison mais n'aurait pas pu considérer que les souffrances induites par le prolongement de la maladie ou l'aggravation de l'état du patient puissent être prises en compte comme un préjudice en partie imputable au médecin. Cela s'explique par le fait qu'à cette époque, les douleurs étaient certes considérées comme des dommages mais non comme des préjudices.

De même, pour prendre un autre exemple, des parents ont été indemnisés de la perte de chances de ne pas subir un préjudice moral d'affection, suite à la mort d'un enfant né

²⁰³ F-P BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé*, JCP 1957.I.1351.

²⁰⁴ I. POIROT MAZERES, *La notion de préjudice*, RD publ. 1997, p.519.

²⁰⁵ M. DEGUERGUES, *Les préjudices liés à la naissance*, Resp. civ. et assur., Mai 1998, p.14.

²⁰⁶ G. GEST, *Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique*, RD publ. 1981, p.1645.

²⁰⁷ D. TRUCHET, « *Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer* », RD sanit. soc., Janv-Mars 1993, p.1.

²⁰⁸ CE 24.04.1942, Morell, Rec. p.136, RDP 1943, p.80.

prématurément après un déclenchement artificiel de l'accouchement²⁰⁹. A une période où le Conseil d'Etat comme la cour de Cassation considéraient que « *les larmes ne se monnayent pas* », il eut été impossible de réparer ce type de douleur...

Comme le souligne P. JOURDAIN²¹⁰, on assiste aujourd'hui à la fois à « *l'éclatement d'un préjudice donnant naissance à des éléments de préjudices distincts* », tels que les souffrances physiques et morales, le préjudice d'agrément, auquel on ajoute le préjudice sexuel²¹¹, le préjudice physiologique et fonctionnel... et à « *l'apparition de préjudices nouveaux, tels que le préjudice moral par ricochet, le préjudice de contamination par le Sida...* ». Le juge, parti intégrante de la société, ne peut que suivre l'évolution des mentalités²¹²... Comme la perte de chances représente une partie du dommage total, celle-ci s'étend logiquement au fur et à mesure qu'on envisage des dommages autrefois non indemnisables comme étant de nouveaux types de préjudices.

Cependant, aujourd'hui encore, il existe de nombreuses situations dommageables, qui pourraient donner lieu à réparation, mais qui ne peuvent être invoquées faute d'être considérées comme préjudiciables. A titre d'exemple, aucun enfant ne peut se plaindre du fait qu'il ne connaît pas ses origines biologiques parce que sa mère a accouché sous X ou que ses parents officiels ont reçu un don de sperme ou d'ovocytes. Pourtant, le Conseil d'Etat lui-même a reconnu les problèmes psychologiques que ces non-dits causaient aux enfants du silence, parce que comme le souligne I. CORPART-OULERICH²¹³, « *il doit être insupportable de savoir que des tiers connaissent une vérité, enregistrée et archivée qui vous est refusée mais vous obsède* ». Dans ce cas, évidemment, le refus de communication n'est pas constitutif de préjudice tout simplement parce qu'on estime que l'intérêt des parents biologiques ou la cohésion de la famille d'adoption le requiert²¹⁴.

²⁰⁹ P. JOURDAIN, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, La perte d'une chance, dommage par ricochet*, RTD civ. 1996 p.912.

²¹⁰ P. JOURDAIN, *Le préjudice et la jurisprudence*, Resp. civ. et assur., Hors Série Juin 2001, p.45.

²¹¹ La Cour de cassation a cassé des arrêts qui avaient considéré le préjudice sexuel comme un élément de l'incapacité permanente et en a fait un préjudice moral autonome (Cass. crim., 23.02.1988, D.1988, jurispr. p.311.

²¹² Dans notre société, on estime désormais tout à fait normal que la douleur soit indemnisée. Aujourd'hui, on va même jusqu'à admettre les héritiers puissent invoquer les souffrances subies leur aïeul devant le Conseil d'Etat (CE, sect., *AP-HP c/ Cts Jacquié*, n°195662) comme devant la Cour de Cassation afin de recevoir une indemnité de ce chef...

²¹³ I. CORPART-OULERICH, *Le secret des origines*, RD sanit. soc.janv.1994.

De même, aucun ayant-droit ne peut se plaindre du fait que des médecins n'aient pas procédé à une euthanasie active, alors que la volonté du défunt était d'en finir. Cependant, le problème est plus aigu en matière d'euthanasie passive²¹⁵, puisque celle-ci est interdite mais que l'acharnement thérapeutique n'est pas autorisé non plus... Un médecin a ainsi été condamné pour homicide involontaire avoir procédé à une extubation et à un arrêt de réanimation²¹⁶. Mais d'autres personnes reprochent au contraire aux médecins de prolonger artificiellement des vies qui ne sont plus que douleur... Si les médecins doivent préserver la vie dans quelle mesure des proches pourrait-on leur reprocher d'avoir persisté dans des soins alors que le malade souffrait? Comment établir la frontière entre soins normaux et acharnement thérapeutique? Comment éviter à la fois de faire perdre des chances de survie au malade et de le faire souffrir quand cela est devenu inutile?

Il semblerait que, jusqu'à présent, les juges donnent toujours la priorité à la vie et refusent de condamner un médecin qui a donné des soins, même pour acharnement thérapeutique... La Cour de Cassation refuse d'ailleurs tout droit à l'euthanasie, même quand l'individu souhaite la mort parce qu'il estime que sa vie ne vaut plus la peine d'être vécu... Le conseil d'Etat fait de même. Quant à la CEDH²¹⁷, amenée à trancher le débat, elle a entériné cette solution, dans le cas d'une femme britannique qui souhaitait que son mari l'aide à se suicider.

Pourtant, cette situation pose de multiples problèmes, particulièrement pour les grands prématurés. Comme le souligne A. BECAUD-GUILLET²¹⁸, « *il est aujourd'hui possible de procéder à une interruption médicale de grossesse jusqu'au neuvième mois si l'enfant présente des risques de malformations graves ou en cas de nécessité thérapeutique ; mais il n'est pas possible, compte tenu de la législation, de procéder à un arrêt de réanimation sur un fœtus de même âge gestationnel et présentant le même pronostic défavorable* ». Or, les parents préféreraient parfois perdre un enfant qui de toute façon serait mort à la naissance s'il était né à une autre époque ou dans un établissement moins équipé plutôt que de voir leur enfant lourdement handicapé et dans une perpétuelle souffrance... Certains services acceptent donc, alors que les soignants ont réanimé l'enfant comme le veut la législation, « *d'injecter*

214 Toutefois, on peut se demander si la jurisprudence européenne ne risque pas de remettre en cause cet état de fait.

²¹⁵ J. POUSSON-PETIT, *Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents*, Droit de la famille, Fév.2001 p.4.

²¹⁶ Cass. crim., 19.02.1997, D. 1997, n° 18, p.236, note Legros.

²¹⁷ CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ R.U., Req. 2346/02, www.hudoc.echr.coe.int.

des sédatifs lorsque les enfants sont devenus autonomes sur le plan respiratoire mais restent atteints de séquelles, notamment neurologiques, extrêmement graves... La tension éthique, dans ce genre de cas, est due, selon C. BAILLON-PASSE, au fait « *qu'il s'agit le plus souvent de choisir non pas entre la vie et la mort, mais entre la certitude de la mort et l'incertitude sur l'état futur de l'enfant* »²¹⁹.

Dans la majorité des cas, ce qui pose des difficultés, c'est que l'absence de réanimation a été prise en dehors de toute information et a fortiori de tout consentement des parents. Même si les arrêts sont très rares, parce qu'il est délicat de prouver que le grand-prématuré avait quelque chance de survie, il est anormal que les parents ne soient pas associés à cette prise de décision. Cependant, s'agit-il vraiment d'eugénisme, alors qu'il est clair que sans les techniques modernes de réanimation, l'enfant serait mort-né ?

Quand on étudie ce qui peut apparaître comme préjudiciable, on s'aperçoit aussi que le fait de donner naissance à un enfant bien formé, normal, après une stérilisation ou une tentative d'avortement ne peut être qualifié comme tel²²⁰. Le conseil d'Etat, d'abord, dans l'arrêt Delle R...²²¹, a affirmé que la naissance d'un enfant, en conséquence de l'échec de l'avortement demandé par la mère, « *n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir droit à réparation* ». La Cour de Cassation, un an après, lui a emboîté le pas. Aussi, ne peuvent être indemnisés que des préjudices « *distinct[s] des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant* »²²². Seules quelques exceptions, comme la « *conception après un viol* »²²³, la naissance d'un enfant handicapé suite à l'échec de l'IVG²²⁴ ou le traumatisme psychique/physique de la mère, voire son décès pourraient justifier une indemnisation, le manque de moyens financiers n'étant pas invocable. En aucun cas, la mère ne peut donc demander à être

²¹⁸ A. BECAUD-GUILLET, *Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie*, LPA 16.09.1998, n°8.

²¹⁹ C. BAILLON-PASSE, *De quelques réflexions sur l'état des lieux et des esprits à la veille de la révision des lois de bioéthique*, LPA, 04.07.2001, p.3.

²²⁰ Voir l'article de A. DORSNER-DOLIVET, *Les préjudices liés à la naissance*, Resp. civ. et assu., Mai 1998 p.14 ; B. MATHIEU, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique*, RFD adm. 1997, p.384 ; V. PECRESSE, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique*, RFD adm. 1997 p.374.. Cependant, si la femme est encore dans les délais pour procéder à une deuxième IVG, son préjudice consistera dans la prolongation de son état de détresse. Dans un jugement isolé (*T.G. I. Evreux, 21.12.1979*, D. 1981, J.P. p.187, note PENNEAU), des juges ont accepté de réparer le fait qu'une jeune fille, pour des problèmes de délai, ait été subir sa seconde opération à Londres.

²²¹ *CE Ass, 02.07.1982, Melle R...*, Leb. p.266, AJ 1983, p.206 ; J.C., AJDA 1983 p.206.

²²² J. MARTINEZ, *TA Strasbourg, 21.04.1994, Mme M... c.Hospices civils de Colmar*, RD publ. 1994, p.1837s ; *Echec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public*, RFD adm. 1994 p.1223 ; P. le TOURNEAU, *Note sous CA de Riom 06.07.1989, Dr Y... c. Melle X...*, D.1990 jurisp.p.284.

²²³ *Riom, 1^{ère} civ., 06.07.1989, Picard c/ Melle P...*, JCP 1989, IV, p.342.

²²⁴ *CE, 27.09.1989, K...*, note M. VERPEAUX, D.1991, J.80.

indemnisée du fait qu'elle aura à entretenir et élever un enfant non désiré, qu'elle aura perdu une chance d'avoir une vie plus agréable, avec moins de soucis...

Cette jurisprudence se base sur le fait qu'un enfant est présumé être un « *heureux événement* », qu'il lui serait dommageable d'apprendre « *un jour qu'il fut d'abord un préjudice indemnisé* »²²⁵ et qu'une logique de vie doit prévaloir. La Cour d'appel de Riom est même allée jusqu'à affirmer qu'une requérante mère malgré une IVG « *disposait de la possibilité (...) d'abandonner, si elle n'admettait pas sa venue et ses conséquences, l'enfant à la naissance* »...

Par conséquent, dans le cadre classique de la responsabilité, il est impossible qu'une mère engage la responsabilité d'un médecin du fait d'une naissance²²⁶. De ce fait, dans ce genre de cas, le seul moyen pour une mère de voir une partie de son « *malheur* » indemnisé est de recourir à la notion de perte de chances d'avoir pu renouveler l'opération pour les cas d'échec d'IVG, ou d'avoir pu prendre des précautions pour la stérilisation non réussie. Ainsi, le juge affirme-t-il, par exemple, que « *la cause immédiate du préjudice réside bien dans l'échec de l'IVG et dans sa découverte tardive, qui a privé... [la jeune fille] de la possibilité de se soumettre (...) à une seconde intervention* »²²⁷.

La notion de la perte de chances peut donc être utilisée pour pallier aux difficultés rencontrées par des requérants dont la situation ne peut moralement être considérée comme préjudiciable. Elle est donc à la fois dépendante de ce qui peut être entendu comme « *préjudiciable* » et palliatif de solutions inextricables dans le cadre de la responsabilité classique... Peut-on considérer, au regard de la jurisprudence, que le préjudice de perte de chances a évolué au fil du temps ? Si oui, cela l'a-t-il rendue plus facile à appréhender, à évaluer, ou au contraire plus complexe, plus insaisissable ?

SECTION II. Evolution et évaluation du préjudice de perte de chances.

Les hypothèses dans lesquelles la perte de chances peut être invoquée se sont multipliées au cours du temps, tant et si bien qu'elle devient invocable dans des contentieux

²²⁵ Expression de l'avocat général GAUNET, Bull. int. C.cass., 15.09.1991, p.28.

²²⁶ puisque celui-ci n'est pas constitutif d'un préjudice, et que toute demande de dommages-intérêts, pour aboutir, implique que soit établi un lien entre une faute et ses conséquences préjudiciables.

²²⁷ A.DORSNER-DOLIVET, *note sous Trib.gr.inst. Bobigny, 3^{ème} ch.civ.09.02.1983 Melle P c. clinique du Bois d'amour et autre*, JCP 1984.II.20149.

de plus en plus nombreux. Ce succès a-t-il perverti la notion telle qu'elle était envisagée à l'origine ? L'a-t-il rendue de plus en plus difficile à évaluer ?

§1. Le passage de la perte de chances de ne pas subir à deux types de perte de chances, celle de ne pas voir sa situation s'aggraver et celle d'agir.

La notion de perte de chances a-t-elle évolué au fil du temps ? L'envisage-t-on aujourd'hui de la même façon qu'hier ?

Quand on étudie l'évolution de cette notion depuis son apparition en droit médical, on constate qu'on est passé d'une perte de chances de ne pas subir à deux hypothèses différentes de perte de chances : celle de ne pas souffrir davantage ou de ne pas mourir de sa maladie et celle d'agir, d'exercer un droit.

Pendant longtemps, le médecin n'a été condamné sur la base de la perte de chances que lorsque le patient aurait pu recevoir des soins appropriés à temps et ne pas voir sa maladie s'aggraver ou ne pas en mourir. Le problème, dans cette hypothèse, est par exemple de savoir dans quelle mesure on peut considérer que le processus morbide, qui s'est réalisé, pouvait être évité et quelle probabilité avait la personne de s'en sortir. L'étendue du préjudice subi par les fautes du médecin est donc évalué par comparaison avec les données statistiques de personnes correctement soignées.

Les arrêts relevant de cette hypothèse sont tous rédigés de la même façon : « *les erreurs commises par le Dr X... avaient eu pour effet de priver l'enfant des chances de guérison...* »²²⁸ ; « *un médecin généraliste a commis une faute en retardant l'hospitalisation du patient dont la conséquence est la perte d'une chance d'être soigné plus efficacement* »²²⁹ ...

Dans ces cas, le malade, de lui-même, ne pouvait rien faire pour améliorer son état de santé – sinon peut-être aller consulter quelqu'un d'autre. Seul le médecin était capable de poser un diagnostic correct et de donner le traitement approprié. De plus, il s'agit de « *la perte de chance d'un espoir et non d'un droit* »²³⁰.

²²⁸ C. Cass., 1^{ère} ch. civ., 14.12.1965, Dr X... et Soc. Le Sou méd. C/ M. et autres, JCP 1966.II.14752.

²²⁹ Cass.1^{ère} civ., 05.11.1997, Resp. civ. et assur. 1998, comm. 58 ; pour un exemple de jeune mère décédée des suites de l'accouchement, voir E. PHILIPPART, *Errements natus d'une clinique chic*, Libération 19.07.2002 p.15.Évidemment, ce ne sont que deux exemples parmi tant d'autres.

²³⁰ G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Litec, Paris 1985, p.523.

Ainsi, PENNEAU²³¹, dans un article de 1992, pouvait-il affirmer que la responsabilité médicale ne pouvait être engagée que dans « *deux séries d'hypothèses* :

-soit l'acte fautif a aggravé l'état du patient ou a entraîné son décès ;

-soit la méconnaissance des règles de l'art médical a laissé le patient en l'état physiologique ou psychique antérieur, alors que pouvait être escompté un soulagement, une guérison, une délivrance, ou que pouvait être évité un événement défavorable ».

Evidemment, cette sorte de perte de chances est toujours utilisée aujourd'hui. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Cassation de 1997²³², les juges estiment que le « *médecin généraliste a commis une faute en retardant l'hospitalisation du patient dont la conséquence a été la perte d'une chance d'être soigné plus efficacement* ».

Cependant, à côté de cette jurisprudence traditionnelle, est apparu un nouveau type de perte de chances, à savoir la perte de chances d'agir, d'exercer un droit. Celle-ci est, dans toutes les hypothèses étudiées, causée par une mauvaise information ou l'absence totale de celle-ci. Comme cette jurisprudence n'a connu son essor que récemment, le préjudice résultant du fait que la personne aurait pu refuser un traitement, avorter... ne s'est réellement développé que depuis une vingtaine d'années.

Dans les cas où le défaut d'information suivi de la réalisation d'un risque médical est la cause du préjudice, on peut considérer que la personne, dûment avertie des risques inhérents à l'opération ou au traitement, aurait pu refuser de s'y plier. Elle a donc perdu une chance de choisir entre ne pas se faire soigner, demander un traitement différent et suivre les conseils du médecin mais en acceptant les risques inhérents au protocole de soin.

Prenons des hypothèses concrètes de pertes de chances d'agir. Dans la plupart des jurisprudences étudiées, il s'agit de femmes qui regrettent de n'avoir pu avorter faute d'information adéquate²³³. Les considérants de tous les arrêts et jugements rendus depuis l'apparition de l'idée d'un droit à l'avortement « réussi » se ressemblent tous. En 1983, le

²³¹ J. PENNEAU, *Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25.06.1991, Melle X. c. Y...*, JCP 1992. II.21784.

²³² *Cass. 1^{ère} civ., 25.11.1997, Resp. civ. et assu.* 1998, comm.58.

²³³ Sur la question de savoir si l'avortement est bien un droit, voir M. HEERS, *Existe-t-il un droit à l'avortement, A propos de la responsabilité d'un hôpital du fait de la non-révélation d'une anomalie fœtale*, RD sanit. soc.1991 p.69.

Tribunal de Grande Instance de Bobigny peut ainsi affirmer « *qu'en l'absence de faute du Dr W... ayant entraîné ou l'échec de l'IVG ou l'impossibilité pour Melle P... de se soumettre à une seconde intervention...* »²³⁴, aucune réparation ne sera accordée à la requérante ; la Cour de Cassation a pu considérer par exemple, que « *la Cour d'Appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse...* »²³⁵. Le Conseil d'Etat raisonne de la même façon puisqu'il énonce par exemple que « *cette faute, qui rendait sans objet une nouvelle amniocentèse que Mme Quarrez aurait pu faire pratiquer dans la perspective d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique...* »²³⁶ ;

Tous ces arrêts soulignent que 1. la requérante de par sa situation et de par la législation, avait la possibilité de recourir à un droit ; 2. elle n'a pu y recourir (une première ou une seconde fois), parce que des fautes ont été commises. Il est donc normal qu'elle soit indemnisée de cette perte de chances de faire un choix.

Dans d'autres cas, le patient a plutôt perdu des chances de prendre davantage de précautions. Il en est ainsi par exemple lorsqu'une femme a eu des enfants malgré sa stérilisation volontaire et affirme que, si elle avait été correctement renseignée, elle aurait eu un comportement différent. La Cour de Cassation estime par exemple que « *l'absence de mise en garde du Dr G...[après la stérilisation a] dans une certaine mesure participé à la réalisation de ces difficultés et perturbations [à savoir la naissance d'un enfant et les conséquences pour la mère]*»²³⁷.

Enfin, il convient de souligner un jugement particulier, dans lequel les juges ont accepté de réparer la perte de chances de ne pas utiliser un droit parce qu'en définitive cela ne s'avérait pas nécessaire²³⁸. Il s'agissait en l'espèce d'une femme qui, pendant plusieurs années, avait subi un traitement pour lutter contre l'infertilité. Alors qu'elle parvient enfin à tomber enceinte, les résultats d'un test HIV apparaissent positifs. Dépitée, elle décide de recourir à l'avortement thérapeutique- puis apprend que le laboratoire a commis une erreur, et qu'en fait elle est séronégative ! Les juges considéreront que, « *compte tenu de la charge émotionnelle qui s'attache actuellement au sida en raison des conséquences personnelles,*

²³⁴ Trib.gr. inst. Bobigny, 3ème ch. Civ., 09.02.1983, Melle P. c/ Clinique du Bois d'amour et a., note A. DORSNER-DOLIVET, préc.

²³⁵ Cass., 28.11.2001, Ep. X c/ Dr Y..., LPA 30.11.2001, p.5

²³⁶ CE, 14.02.1997, Ctre Hosp. Rég. De Lille c/ Ep. Quarrez, RFD adm. 1997 p.381.

²³⁷ Cass.1^{ère} civ., 09.05.1983, Dr G... c/ Ep. Coffard, D. 1984, jurispr. p. 122, note J.PENNEAU.

familiales et professionnelles, tout laboratoire contracte envers son client une obligation de résultat » ; la jeune femme sera indemnisée pour la perte de chances de donner la vie à cet enfant et pour son préjudice moral.

Evidemment, si les mentalités évoluaient, d'autres chefs de préjudice pourraient être envisagés. Ainsi, si on admettait qu'il existe un droit à mourir dans la dignité et sans trop de souffrances, on pourrait envisager que des médecins soient condamnés pour ne pas avoir informé un malade de la gravité de son état, celui-ci ou ses descendants arguant qu'il aurait préféré se suicider plutôt que de devenir grabataire... de même, si on admettait un droit à l'euthanasie, serait-il peut-être possible de dénoncer le refus du médecin²³⁹...

Comme nous venons de le voir, la perte de chances constitue un préjudice évolutif. Difficile à appréhender, constituant un préjudice distinct, une question cruciale se pose désormais : comment l'évaluer ?

§2. L'évaluation des chances perdues, un problème complexe.

On peut se demander comment le juge procède pour évaluer les chances qui ont été perdues. Reprenons l'hypothèse simple de tout à l'heure: le malade avait 10% de chances de guérison, mais le médecin n'a pas donné le traitement adéquat ou l'a fait tardivement. Ce cas est aisé à comprendre, et on estimera que le médecin est responsable à hauteur de 10% des conséquences de la maladie.

Mais on peut imaginer que d'autres paramètres tels que l'âge, la morphologie de l'individu, son sexe... entrent en compte. Reprenons notre exemple : imaginons que, si le traitement réussit pour 10% des individus, les personnes âgées de moins de quarante ans aient de plus fortes chances, de l'ordre de 25%, qu'il soit profitable. Dans ce cas, le juge devra tenir compte non seulement de la maladie en question, mais aussi des caractéristiques de la personne qui rendaient les espérances qu'elles pouvaient avoir en ce traitement plus ou moins réalisables...

De même, il est possible d'imaginer que le traitement que n'a pas mis en œuvre le médecin était le seul envisageable, mais qu'il présentait, par exemple, des dangers pour les

²³⁸ T.G.I. Colmar, 25.10.1989, Le Monde 15.10.1990, Le Quotidien des médecins 15.10.1990.

²³⁹ Cependant, on peut légitimement penser qu'il existerait une clause de conscience du médecin comme il en existe une pour l'avortement.

cardiaques, et que c'est pour cela que le médecin a évité de le prescrire. Dans ce cas, il faudra tenir également compte de cette circonstance particulière, et faire un bilan coûts/avantages de l'abstention...

Prenons quelques exemples qui illustrent la façon dont les juges évaluent le préjudice.

Intéressons nous aux cas dans lesquels le médecin décide d'intervenir sans le consentement du patient ou malgré son refus. Les exemples du premier type abondent et on retrouve des décisions très anciennes. En général, on considère que le médecin ne doit intervenir que s'il lui est impossible de demander à l'individu son avis, parce que l'opération est urgente et qu'il est inconscient, du fait d'un choc ou d'une anesthésie. Dans ce cas, qui relève de l'état de nécessité, le médecin devra se comporter comme un gérant d'affaire et prendre les décisions qu'il croit les plus appropriées.

Par contre, si le malade endormi risque de pâtir de séquelles importantes et que l'opération ne s'impose pas de toute urgence, il doit réveiller le malade pour lui demander l'autorisation de l'opérer. Ainsi, un individu serait fondé à se plaindre si on lui retirait un sein ou si on l'amputait d'une jambe sans l'avoir averti au préalable...

Les cas de refus de soins posent beaucoup plus de difficultés²⁴⁰. Certes, le médecin doit respecter le choix du patient. Cependant, jusqu'où doit-il accepter de se conformer à celui-ci? L'homme de l'art, dans ce type d'affaires, se trouve confronté à deux exigences antagonistes, à savoir soigner le malade ou respecter son libre-arbitre. L'une de ses obligations doit-elle prévaloir sur l'autre? La Cour administrative d'appel de Paris, en 1998²⁴¹, avait semblé admettre que la volonté du patient devait prévaloir tant que sa vie n'est pas en jeu, mais qu'ensuite, en cas de danger de mort, le médecin ne commettait aucune faute en transfusant le malade contre son gré. Ainsi, elle affirmait que « *l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en état de l'exprimer [...] trouve sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin [...] de protéger la santé, c'est-à-dire, en*

²⁴⁰ Pour des articles concernant les témoins de Jéhovah, voir M. HEERS, *Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient*, RFD adm. 1998 p.1231 ; J-B BLADIER, CAA Paris 09.06.1998, *Mme Donyoh c. AP-HP et Senanayake*, Gaz. Pal.17.06.1999, jurisp.p.391 ; D. CHAUVAUX, CE, 26.10.2001, *Mme Senanayake*, RFD adm 2002 p.147...

²⁴¹ CAA Paris, 09.06.1998, deux arrêts : *Mme Donyoh* ; *Mme Senanayake*, RFD adm. 1998 p.1241 ; J-B BLADIER, CAA Paris 09.06.1998, *Mme Donyoh c. AP-HP et Senanayake*, Gaz. Pal.17.06.1999, jurisp.p.391.

dernier ressort, la vie même de l'individu ». C'était aller dans le même sens que l'arrêt Garnier²⁴².

Dans cet arrêt du 29 Juillet 1994, le Conseil d'Etat avait condamné un médecin pour avoir accepté de n'administrer que des traitements homéopathiques à une patiente qui refusait tout traitement nécessaire pour soigner son cancer. En effet, la Haute juridiction considérait que ces « *remèdes illusoires* » pouvaient avoir incité la patiente à persister dans ces refus et que, donc, ils l'avaient « *privée d'une chance de guérison ou de survie* ». Pourtant, le médecin, sachant que c'est à lui qu'il incomberait en cas de litige de prouver le fait que la patiente avait rejeté tout protocole de soin²⁴³, avait fait signer à celle-ci une déclaration de refus de soins...

Cette solution pouvait paraître logique, puisqu'il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles les pouvoirs publics acceptent qu'un individu soit protégé en dépit de son refus. Ainsi, les alcooliques dangereux et les aliénés peuvent-ils être hospitalisés de force, les personnes suicidaires soignées malgré leur désir de mourir, les personnes atteintes de maladies vénériennes contraintes de se soumettre à un traitement²⁴⁴... Cependant, elle « *apparai[ssait] parfaitement à contre-courant du droit positif et surtout des tendances qui le caractérisent et qui consistent à donner une place croissante au consentement du patient* »²⁴⁵.

Dans l'arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Paris, c'est donc du fait de l'absence de faute du médecin que les ayants-droit n'avaient pu être indemnisés du préjudice subi par leur proche. La question du dommage potentiellement éprouvé par l'intéressé n'était donc pas discutée. Le Conseil d'Etat, en tant que juge de cassation, refusera cette primauté donnée à la vie sur le consentement et s'interrogera par conséquent au préjudice supporté par la personne soignée malgré elle. Comme le souligne D. CHAUVAUX²⁴⁶ dans ses conclusions, accepter que le médecin passe outre la volonté de son patient, c'est accepter que « *le droit d'une personne de recevoir des soins puisse se transformer en une obligation de les*

²⁴² L. DUBOUIS, *Doit-on sanctionner le médecin qui respecte le refus d'un malade de consentir à un traitement ?*, CE 29.07.1994, Garnier, RD sanit. soc. Janv.1995 ; A.GARAY, CE 29.07.1994, Garnier, Gaz. Pal.13.07.1995 p.367.

²⁴³ Cass. civ. 1^{ère} ch., 07.11.1961, Dr X... c/ Y..., D. 1962, p.72.

²⁴⁴ Aux termes de l'ordonnance n°60-1246 du 25.11.1960, « *Tout agent contaminateur qui, se sachant atteint d'une maladie vénérienne, ne peut faire la preuve d'un traitement régulier est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 30.000fr. ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

²⁴⁵ J-B BLADIER, *Note sous CAA de Paris, 09.06.1998, Mme Senanayake c/ AP-HP*, Gaz. Pal. 1999, jurisp.p.393.

²⁴⁶ D. CHAUVAUX, CE, 26.10.2001, Mme Senanayake, RFD adm. 2002 p.147.

subir ». Considérer cette attitude comme non fautive, c'est aussi admettre que « *ceux qui respecteraient le refus formellement exprimé par le patient ne s'exposeraient à aucune sanction*²⁴⁷ [...]. *Il en irait de même pour ceux qui passeraient outre. [...] Il paraît difficile d'affirmer que, sur une question aussi importante, il n'existe pas un devoir unique* ».

La Haute juridiction, après avoir admis le caractère fautif de la transfusion malgré le refus de l'individu, considérera qu'il faut tenir compte non seulement des souffrances morales éprouvées mais aussi du bénéfice qu'il a pu tirer de l'intervention. D. CHAUVAUX affirme ainsi que, « *si le patient témoin de Jéhovah a survécu nous n'éprouvons guère d'hésitation pour considérer que l'atteinte purement morale qu'il a subie est plus que compensée par le fait qu'il a eu, en contrepartie, la vie sauve- et avec elle la possibilité de continuer à avoir des convictions religieuses, voire d'en changer* ». Par contre, si le patient est mort, le commissaire du gouvernement proposait qu'on ne considère pas que le fait qu'il ait gagné une chance de survie occulte le préjudice moral, dont il doit être indemnisé. Il proposait donc d'accorder, à titre symbolique, la somme de 1 fr. de dommages et intérêts à la requérante. Cependant, le Conseil d'Etat ne le suivra pas et considérera qu'en l'espèce l'attitude des médecins n'était pas fautive... Il ne cassera donc l'arrêt de la Cour d'Appel qu'à cause de la « *hiérarchie objective* »²⁴⁸ affirmée entre la vie et la volonté.

Cette jurisprudence laisse en suspens quelques questions : imaginons que le patient ait été contaminé par le virus de l'hépatite C alors qu'il avait refusé l'intervention. Que se passerait-il dans ce cas ? Verrait-il son indemnisation majorée du fait d'une perte de chances de ne pas être transfusé ?

De même, serait-il possible de condamner un médecin pour les souffrances subies du fait de son acharnement thérapeutique ? Logiquement, oui. S'il n'existe pas de droit de mourir dans la dignité expressément reconnu comme étant indemnisable, les souffrances peuvent donner lieu à réparation. Mais alors, il faudrait se demander à partir de quand il y a eu acharnement, si les soins prodigués ont allongé démesurément la vie du patient, et s'il ne serait pas mort dans de plus atroces souffrances sans eux...

²⁴⁷ Cette affirmation occulte toutefois des arrêts comme l'arrêt Garnier. Mais sans doute celui-ci n'était-il qu'une exception à la règle...

²⁴⁸ D. de BECHILLON, *Note sous CE, 26.10.2001, Mme Senanayake*, RFD Adm 2002, p.156.

Après le vote de la loi sur le droit des malades, de nouvelles questions, telles que « *que décider dans le cas d'une demande d'arrêt de soin ?* »²⁴⁹, se posent. En effet, celle-ci a réaffirmé avec force le principe du consentement éclairé du patient.

Pour apprécier dans quelle mesure le défaut d'information peut être considéré comme constitutif d'une perte de chances de ne pas se soumettre à un acte médical ou de choisir un autre traitement, le juge devra prendre en compte la situation du patient et les opportunités qui s'offraient à lui. Ainsi, si un seul traitement était de nature à soulager son mal et que ce traitement était indispensable, tout refus entraînant un mal très important ou un risque mortel, le juge sera amené à considérer que le patient n'a en réalité perdu que très peu de chance de ne pas s'exposer au danger. Il ne pourra donc, au mieux, qu'indemniser la victime pour son « *préjudice d'impréparation* »²⁵⁰, parce qu'elle n'a pu se faire à l'idée d'un risque de rester handicapée, de souffrir...

Par contre, s'il existe différentes techniques opératoires ou différents protocoles de soins, le médecin doit informer le patient des différentes possibilités qui s'offrent à lui, en expliquant pour chacune d'entre elles les avantages et les inconvénients²⁵¹. Evidemment, il peut orienter ce choix, mais ne peut décider à la place de la personne concernée. Si par exemple, la technique utilisée présente des risques accrus par rapport à d'autres, mais serait aussi intéressante pour le patient pour telle et telle raison, le médecin est obligé d'obtenir le consentement exprès de l'intéressé après de bonnes explications²⁵². En effet, il ne saurait décider seul d'exposer son client à des risques plus importants que ceux normalement impliqués par la thérapeutique classique. Par contre, dans un domaine comme l'anesthésie²⁵³, si les risques inhérents à deux techniques sont identiques, c'est au médecin qu'il reviendra de faire le choix, en informant seulement les patients des dangers encourus²⁵⁴.

Cependant, si un accident survient alors que la technique opératoire/ anesthésiante ou le traitement ont été choisis par le médecin seul alors qu'il existait un choix possible, quelle sera l'attitude du juge ? Il est bien évident que si, dans 95% des cas, c'est la technique

²⁴⁹ E. DOLARD-ROCHE, *Un témoin de Jéhovah peut-il refuser une transfusion sanguine ?*, Journal de médecine légale, Janv.2002, p.60.

²⁵⁰ M. PENNEAU, *Le défaut d'information en médecine*, D.1999, jurisp. p.46 ; pour un exemple dans lequel les juges ont estimé que le patient n'avait perdu aucune chance parce que l'intervention était indispensable, voir CAA Nancy 3^{ème} ch. 21.03.2002, D..., Req. 98NC00017, Resp. civ. et assur. Juill-Août 2002, p.16.

²⁵¹ Pour arrêt expliquant clairement le devoir du médecin lorsqu'il existe une possibilité de choix, voir l'arrêt de la Cour de Cassation du 28.01.1942, Gaz. Pal. 1942, I, 178.

²⁵² Aix 23.11.1949, JCP 1949.II.793.

²⁵³ J. GUIGUE, *La responsabilité du fait anesthésique*, Gaz. Pal. 24.10.1998 p.1384.

²⁵⁴ J. BRUNET, *Note sous Paris 1^{ère} ch., 16.01.1950, H... c/Epx T... et C...*, et autres arrêts, JCP 1950.II.5716.

opératoire choisie par le médecin qui est utilisée, se posera le problème de savoir s'il est vraiment fautif qu'il ait omis de mentionner un autre moyen ; si on considère que oui, il faudra alors se demander si l'avenir du patient aurait pu être différent, donc si le non-choix est une des causes déterminantes des dommages subis.

Si le lien de causalité entre l'absence d'information et le fait que le patient n'ait pu choisir son traitement est incontestable, une question se pose : si le patient souffrait d'un mal qu'il n'était pas urgent de traiter ou avec lequel il pouvait vivre sans trop de difficultés, averti des dangers inhérents au traitement ou à l'opération, aurait-il consenti ? Aurait-il eu vraiment intérêt à choisir l'autre option ? Cette absence de liberté a-t-elle vraiment contribué au dommage final, a-t-elle été réellement préjudiciable ? Le juge sera amené à se mettre à la place du patient pour savoir ce qu'un individu raisonnable aurait fait à sa place. Pour répondre à cette question, le juge va utiliser la technique des « *standards* »²⁵⁵, c'est à dire va apprécier le comportement qu'aurait eu un individu normalement raisonnable devant le même dilemme.

Le juge apprécie in abstracto²⁵⁶ quelle aurait pu être l'attitude du patient s'il avait été correctement informé. Si les malades atteints du même mal que lui acceptent l'intervention dans 90% des cas, le juge en déduira que le requérant aurait sans doute, lui-aussi, accepté l'intervention dommageable. Il ne sera donc que faiblement indemnisé, puisque la probabilité qu'il refuse était faible. Par contre, si seulement 30 ou 40% des personnes dans la même situation acceptent de se soumettre aux dangers de l'opération, le juge considérera que la chance perdue est beaucoup plus importante et réparera en conséquence.

Comme le souligne C. NOIVILLE, « *le juge est ainsi amené à comparer le degré de nécessité de l'intervention et le dommage qui en est résulté, pour voir si, au bout du compte, la souffrance, l'infirmité ou le décès constituent un moindre mal, un mal nécessaire ou un mal que rien ne justifiait* »²⁵⁷.

²⁵⁵ S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Librairie générale du droit et de la jurisprudence, 1980, 564 p.

²⁵⁶ Comme le souligne RIALS dans son ouvrage *Le juge administratif et la technique du standard*, l'appréciation in abstracto se différencie de l'appréciation abstraite sur le plan de l'élément de référence. Dans le cadre de l'appréciation abstraite, le modèle de référence est unique, il s'agit du « *bonus paterfamilias* », alors que dans le cadre de l'appréciation in abstracto le juge se réfère à la réaction typique des individus qui ont des points communs avec le requérant (profession, âge...). Ainsi, dans le cadre de cette étude, le juge se réfère aux malades atteints des mêmes maux que la victime, et peut encore amenuiser au besoin son cadre de référence en tenant compte de l'âge de la victime ou de faiblesses particulières de celles-ci.

²⁵⁷ C. NOIVILLE, *L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin*, LPA, 05.05.1999p.4s., p.8.

Ainsi, pour envisager dans quelle mesure on peut considérer qu'il y a eu réellement préjudice, il faudra mettre en balance les bienfaits du traitement et ses inconvénients. Ainsi, dans l'arrêt Delle Beynel, les juges affirment que « *le dommage provoqué par les [conséquences du traitement] ne peut ni en droit ni en équité, être isolé du bienfait qui a pu être procuré (...); que c'est cet état d'ensemble qui devra être pris en considération, en se plaçant exclusivement avant et après le traitement, et que cette comparaison permettra seule de fixer et l'étendue et la somme du préjudice* ».

Par conséquent, si les avantages de l'intervention médicale dépassent les inconvénients qui en sont résultés, le patient n'aura droit à aucune indemnité puisqu'il est inconcevable qu'il puisse se plaindre d'aller mieux qu'auparavant. Le médecin, en l'absence de consentement du malade, est donc responsable civilement de tout échec thérapeutique, mais ne saurait être condamné pour une réussite.

Prenons un exemple encore plus éclairant, celui de personnes contaminées par le virus du sida pendant la période 1983-1984, alors que de graves suspicions pesaient sur l'innocuité des transfusions. Dans un arrêt de 1999, les juges de la Cour administrative d'appel de Paris soulignent que, de ce fait, les médecins n'auraient dû procéder à ce genre de traitement que pour les « *interventions graves et urgentes pour lesquelles aucune alternative ne pouvait être envisagée* »²⁵⁸. Ils considèrent alors que « *la prescription de produits sanguins concentrés alors qu'il existait des traitements de substitution constitue une faute de nature à engager la responsabilité....* »²⁵⁹. Par contre, dans une situation de nécessité absolue, la Cour administrative d'appel de Lyon refusera de considérer comme fautifs médecins parce que « *les soins à prodiguer à M.N. nécessitaient d'urgence des transfusions (...)* ».

En fait, dans le premier arrêt, le comportement des médecins étaient fautif parce qu'ils avaient fait perdre une chance au malade d'échapper à une contamination, alors que dans la deuxième espèce, le malade serait mort en l'absence d'intervention. Comme le souligne A. GOSSEMENT, pour déterminer le caractère fautif ou non des actions du personnel médical, « *le juge procède donc à une balance des risques en présence risque de contamination d'une part, risque résultant de l'absence de transfusion d'autre part* ». On peut donc en déduire, de manière implicite, qu'entre le risque de mourir et celui d'être contaminé par le virus du sida,

²⁵⁸ CAA Paris, 12.11.1999, Consorts X...c/ AP-HP de Paris, RDP 2001, p.1267, note A. GOSSEMENT.

²⁵⁹ CAA Lyon, 09.07.1992, Assistance publique de Marseille et centre hospitalier Font Pré de Toulon, Rec. p.569 M.N.

la Cour admet qu'il valait mieux opter pour une transfusion... Le malade n'ayant perdu aucune chance de guérison ni de survie par cette intervention, elle était donc légitime.

Evidemment, dans le cadre de la chirurgie esthétique, les juges sont beaucoup plus sévères avec le médecin, qui devrait déconseiller toute opération dangereuse et donner une information beaucoup plus complète sur les risques²⁶⁰. En effet, il existe une très forte présomption de refus du patient de se soumettre à une opération non nécessaire s'il existe un risque important d'atteinte à la santé ou de préjudice esthétique plus important que celui existant. D'ailleurs, le législateur a décidé, notamment dans la loi du 4 Mars 2002, de mieux encadrer l'exercice de cette activité, afin d'éviter certains abus, des interventions inutiles et potentiellement dangereuses²⁶¹...

Comment faire pour chiffrer la réparation de la perte de chances ? Comment réparer l'entier préjudice, tout le préjudice mais rien que le préjudice ? Comme nous venons de le voir, le fait d'avoir accepté qu'il s'agisse d'un préjudice distinct a beaucoup simplifié les choses, mais tout n'est pas résolu pour autant, car il convient par la suite d'évaluer en argent ce préjudice spécifique...

Comme disait L. KORNPORBST²⁶² : *« Comment chiffrer cela ? Comme on chiffre, hélas, tout ce qui n'est pas chiffrable... Il faudra mettre des nombres exacts sur des choses imprécises, appliquer des coefficients subjectifs... pour aboutir à la seule chose, au fond, qui intéresse les plaideurs : la fixation d'une somme d'argent, toujours insuffisante pour l'un, et pour l'autre excessive, sans que l'on puisse, humainement, affirmer qu'ils n'ont pas, sur ce point, tous les deux raisons ».*

²⁶⁰ Paris, 14.09.1990, *Corson c/ Melle Mounis*, Versailles, 17.01.1991, *Mondin c/ Melle Pillet et a.*, Paris, 11.05.1990, *Bon et a. c/ Mme Romer et Paris*, 28.09.1991, *Mme Rouge c/ Bon*, D.1991 som. com. p.359 ; Cass. 1^{ère} civ. 17.11.1969, *Vve V... c/ Dr X...*, D.1970 jurisp. p.85. ; CE, 15.03.1996, *Mlle Durand*, Rec. p.85, JCP G 1996.IV.1953, *Melle Durand*, Obs. M.ch. ROUAULT : *« en matière de chirurgie esthétique, le praticien est tenu d'une obligation particulièrement étendue à l'égard de son client ».*

²⁶¹ C. EDON, *Vers un encadrement de l'exercice de la chirurgie esthétique*, Gaz. Pal. 01.05.2002 p.12 : le patient doit être pleinement informé des dangers encourus et doit bénéficier d'un délai de réflexion.

²⁶² L. KORNPORBST, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion 1957, cité par P-R PREVOST, *La perte de chance en responsabilité médicale*, préc.,

CHAPITRE II. La perte de chances, ou les affres du principe

« tout le préjudice, rien que le préjudice ».

La perte de chances, comme nous l'avons vu, a été élaborée et utilisée par les juges afin de pouvoir assurer une réparation à des victimes alors que le lien de causalité ou le caractère certain du préjudice était sujets à caution. A priori, on pourrait donc penser que ce système leur est favorable. Cependant, la réalité semble beaucoup plus nuancée... On peut en effet se demander si la balance ne penche pas plutôt en faveur des responsables du dommage et même s'il existe une égalité entre plaignants... La perte de chances est-elle une solution équitable, en théorie et en pratique ?

SECTION I. La perte de chances, entre indemnisation symbolique et réparation intégrale.

La façon dont les juges procèdent pour indemniser la perte de chances peut parfois paraître bien mystérieuse. Ainsi, la Cour d'appel de Poitiers, dans un arrêt de 1983²⁶³, condamne un médecin parce qu' *« en omettant de prescrire un nouvel examen, le Dr G... a privé Dame T... d'une chance de rétablissement moins anormal, puisque la réduction dans les jours qui ont immédiatement suivi la mise sous contention plâtrée n'aurait laissé qu'une IPP de l'ordre de 6% alors qu'elle est de 8 % ; que la perte de chance (...) sera réparée par l'allocation d'une somme de 10.000fr »*. Aucune explication n'est donnée sur le pourquoi de cette somme...

On comprend que de tels arrêts aient attiré les foudres de la doctrine. Comment en effet affirmer que le juge n'a pas sous-estimer ou au contraire sur-estimer le préjudice ? Le point d'IPP est-il estimé à 5000 fr.? S'agit-il plutôt d'une indemnisation symbolique ? D'un jugement d'équité ? *« Il est à craindre que la banalisation de la théorie de la perte de chance n'entraîne la jurisprudence vers la notion d'équité. « Inéquitable équité », enseignaient les anciens juristes »*²⁶⁴.

La jurisprudence, en matière d'indemnisation, a longtemps été incertaine, mais il semblerait qu'aujourd'hui un consensus ait été trouvé sur la manière d'indemniser les chances perdues...

²⁶³ CA Poitiers, 16.02.1983, JCP 1984, IV, 193.

§1. De longues hésitations jurisprudentielles sur la manière d'indemniser la perte de chances.

Comment faire pour calculer la somme due par les auteurs de faute ayant entraîné une perte de chances ? Diverses possibilités s'offraient au juge²⁶⁵. Ils auraient pu, comme nous l'avons déjà vu, se contenter d'une indemnité symbolique, compensant seulement le « *fait de savoir toute sa vie que l'on aurait pu vivre autrement, dans des conditions plus favorables* »²⁶⁶. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 10 Janvier 1990²⁶⁷, a souligné de manière explicite son refus de consacrer une telle solution.

Pourtant, on peut douter du caractère intangible de cette jurisprudence, puisqu'elle a accepté en février²⁶⁸ de ne réparer que le dommage moral à l'exclusion du préjudice corporel... Dans cet arrêt, elle souligne que « *le malade ne peut reprocher aux juges du fond d'avoir estimé, pour ne réparer que son préjudice moral qu'il n'existait pas de relation de causalité*²⁶⁹ *entre la faute du médecin [ici, le défaut d'information] et les seuls préjudices d'ordre corporel dont il demandait réparation* ». Dernier sursaut d'une jurisprudence destinée à disparaître ? Solution motivée par les circonstances, par le fait que la faute réside dans un défaut d'information ? Il semblerait que, malgré cet arrêt, la Haute juridiction ait opté pour une indemnisation plus large que le seul préjudice moral.

Dans toutes les jurisprudences récentes, de l'arrêt Dame Karl aux arrêts Perruche et Guilbot, la réparation a dans tous les cas excédé l'indemnisation du simple préjudice moral. On peut donc penser que le juge a abandonné cette idée de restriction de l'indemnisation, ou qu'il n'est prêt à l'utiliser que dans des cas où les chances perdues seraient très faibles ou le lien de causalité des plus incertains. Il ne réparerait alors la « perte de chances » sujette à caution qu'au travers du préjudice moral par compassion pour la victime...

A l'autre extrême, il est possible d'indemniser l'intégralité du préjudice subi par la victime. C'est d'ailleurs la solution pour laquelle a longtemps opté le Conseil d'Etat, dans des arrêts tels que Dame Rossier²⁷⁰ de 1977 et Marty de 1980²⁷¹. Elle n'est à vrai dire pas logique,

²⁶⁴ J. BONNEAU, *Note sous CA Paris 1^{ère} ch. B, 11.05.1995, T...c/ Dr B...*, Gaz. Pal., 16.07.1996, jurispr.p.401.

²⁶⁵ M. LAROQUE, *La réparation de la perte de chances*, Gaz. Pal. 07.11.1985, p.607.

²⁶⁶ M. HEERS, *L'indemnisation de la perte d'une chance*, Gaz. Pal.23.03.2000, p.525.

²⁶⁷ *Cass 1^{ère} civ., 10.01.1990*, Bull. Civ. I, n°10.

²⁶⁸ C. Cass., 07.02.1990, D. 1991, som. com.p .183, obs. PENNEAU.

²⁶⁹ Dans ce cas, la Cour de cassation rejette l'existence d'un lien de causalité, même partiel, entre le défaut d'information et la réalisation d'un risque. Cependant, ce manque de lien de cause à effet se retrouve dans tous les cas où le juge répare l'aléa thérapeutique alors que le patient n'avait pas été informé de ce type de danger...

²⁷⁰ *CE 02.12.1977, Dame Rossier*, Rec. p.485.

mais s'explique par le fait que le Conseil d'Etat ait pendant longtemps refusé de parler de perte de chances, sans doute pour affirmer sa différence par rapport à la Cour de Cassation. Dans toutes les hypothèses où son homologue aurait affirmé qu'une chance de survie ou de guérison avait été perdue, et que donc le médecin fautif n'était responsable qu'en partie des conséquences dommageables, le Palais Royal constatait simplement que l'individu était mort ou gravement souffrant et indemnisait ce dommage dans son intégralité. Cela peut a priori sembler étrange pour un ordre de juridiction censé être soucieux des finances publiques, mais s'explique aisément par le fait qu'une faute lourde était exigée en matière médicale, ce qui limitait les espèces dans lesquelles cette perte de chances occultée était indemnisée²⁷².

La jurisprudence des cours administratives d'appel, elle, était loin d'être homogène, ce qui induisait des inégalités entre requérants lorsque aucun pourvoi en cassation n'était formé. Ainsi, si on invoquait la perte de chances, mieux valait se retrouver devant la Cour de Paris que devant celle de Lyon ou de Nancy, puisque la première indemnisait le dommage dans son intégralité (donc au delà de la perte de chances) alors que les deux juridictions de province tentaient de distinguer dommage intégral/ perte de chances et de réduire les indemnités à la valeur de ce dernier chef de préjudice. Ainsi, la Cour de Lyon affirme clairement, dès 1996, que les fautes étaient « *directement à l'origine de la perte de chances subie* »²⁷³ et non du dommage dans son intégralité ; certaines juridictions la suivent mais d'autres s'y refusent clairement.

En matière de consentement ou de bonne information, la Cour de Cassation, encore hésitante, acceptait parfois, elle-aussi, une indemnisation intégrale. Ainsi, dans un arrêt du 11 Février 1986²⁷⁴, elle considère que le fait que le médecin n'ait pas informé le patient a permis la réalisation d'un risque, alors que le patient aurait pu refuser cette intervention s'il avait été conscient des dangers. Dans ce cas, elle juge le médecin entièrement responsable et indemnise la totalité du préjudice subi.

Evidemment, cette idée d'indemnisation intégrale a ses défenseurs. PENNEAU ou F. CHABAS, par exemple, en sont partisans, parce que, selon les termes du second, « *le*

²⁷¹ CE 29.10.1980, Marty, Rec. tables p.874.

²⁷² Toutefois, il convient de souligner que même pour le contentieux de la fonction publique ou l'obtention d'un marché, il en allait de même...

²⁷³ CAA Lyon, 14.03.1996, CH général J. Marcel, req . n°94LY01398.

²⁷⁴ Cass., 1^{ère} civ., 11.02.1986, JCP G 1986.II.20775.

*médecin qui a pratiqué une intervention sans le consentement de son patient n'a pas permis à ce dernier d'exercer ce choix ; par conséquent, ce sera au médecin d'assumer les conséquences néfastes du traitement ainsi pratiqué »*²⁷⁵.

D'ailleurs, il semblerait que, dans différents arrêts récents, la jurisprudence ait opté pour la réparation intégrale²⁷⁶...A titre d'exemple, dans un arrêt du 26 Mars 1996, la Cour de Cassation répare intégralement le fait qu'une mère ait accouché d'un enfant lourdement handicapé du fait de sa contamination par la rubéole alors que les tests pratiqués avaient conclu à l'absence de danger. Cela paraît normal puisque les juges estiment qu'il existait une quasi certitude sur le comportement qu'auraient eu les parents. Si la perte de chances est de 99%, alors le préjudice est indemnisé quasiment dans sa totalité...Dans d'autres cas, les juges accordent aussi une réparation intégrale, mais en se référant à la « *création d'un risque injustifié* »²⁷⁷ et non à la perte de chances.

Cependant, il semblerait que désormais le Conseil d'Etat comme la Cour de Cassation penchent plutôt pour une indemnisation totale de la perte de chances, mais partielle du dommage dans son intégralité...

§2. Un récent consensus sur la manière d'évaluer ce préjudice...

La Cour de cassation semble depuis un certain temps pencher pour la solution qui consiste à réparer intégralement la perte de chances mais partiellement le dommage intégral, même si, comme nous venons de le voir, elle a parfois eu une jurisprudence incertaine. Elle rappelle donc régulièrement que le responsable d'une perte de chances ne peut en aucun cas être condamné à réparer l'intégralité des dommages subis, même si, comme nous l'avons vu, elle a parfois été amenée à opter pour une solution différente.

Ainsi, dans un arrêt du 27 Mars 1973²⁷⁸, elle affirme que, la perte de chances de survie étant différente de la mort, le médecin ne peut être tenu de réparer qu'une partie du dommage, sachant qu'il faut tenir compte des probabilités qu'avaient le patient de ne pas succomber. Dans un arrêt de 1989, elle rappelle qu'il faut, pour déterminer quelles chances ont été perdues, tenir compte de la gravité de son état, de sorte qu'il convient de revaloriser l'indemnité si le patient voit son état s'aggraver. Pour MEMETEAU, il convient de parler de

²⁷⁵ F. CHABAS, *L'obligation d'information médicale en danger*, JCP G 2000.I.212.

²⁷⁶ *Cass. 1^{ère} civ.*, 17.02.1998, dr. et patrimoine, mai 1998, p.101, n°1939, obs. F. CHABAS.

²⁷⁷ *Cass. 1^{ère} civ.* 13.02.1978, JCP 1978, II, IV, p.255.

« la réparation totale de la perte de chance et de la réparation partielle du décès ou de l'invalidité définitive »²⁷⁹.

Désormais, le juge administratif comme le juge judiciaire considèrent donc que la perte de chances se calcule en fonction de la « chance » plus ou moins probable qu'aurait eu une issue plus heureuse de se réaliser. Ce mode de raisonnement, au sein de la juridiction administrative, a été introduit par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy, en 1991²⁸⁰ et a été consacré par le Conseil d'Etat dans ses arrêts Guilbot et Telle de janvier 2000²⁸¹.

Comme le souligne P. SARGOS, « si les différents préjudices en droit commun sont, par exemple, de 100, le juge doit évaluer la perte de chance d'éviter des préjudices entre 0.1 et 99.9 »²⁸² Une fois cette étape passée, il devient aisé d'évaluer l'indemnité à accorder au requérant. Pour cela, il convient, dans un premier temps, d'estimer le montant total du préjudice subi, en tenant compte de l'état antérieur du patient ; le juge devra alors distinguer clairement les sommes soumises à recours des tiers payeurs de celles qui appartiennent au requérant ; puis, dans un second temps, il lui faudra fixer le montant de l'indemnité due à une fraction de ce dommage, déterminée en fonction de la probabilité qu'avait le patient de guérir, de ne pas mourir ou d'agir en refusant ou au contraire en demandant à subir une intervention médicale.

Pour un exemple clair, il suffit de se référer à l'arrêt Meurice de la Cour d'appel de Paris. Mr Meurice avait, le 5 Septembre 1987, ressenti une douleur au mollet gauche, douleur qui s'était amplifiée le lendemain. Il s'était donc rendu à la clinique, d'où, une erreur de diagnostic ayant retardé la mise en œuvre du traitement adéquat, il était ressorti avec des séquelles neurologiques à la jambe. Les juges, pour établir le montant de son indemnité, ont considéré que son entier dommage pouvait être chiffré, pour les sommes soumises à recours des tiers-payeurs, à 171.336, 13 fr. et son préjudice personnel à 79.150 fr. Au total, le préjudice global était donc évalué à 250.486, 13fr. Comme M. Meurice s'était présenté près

²⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ, 27.03.1973, Bull. civ., I, n°115.

²⁷⁹ MEMETEAU, *Droit médical*, préc. p.524.

²⁸⁰ CAA Nancy, 09.07.1991, *Mme Devresse*, Rec. CE. Tables p.1185.

²⁸¹ CE 05.01.2000, Telle, Req. n° 1818999, Note D. CHAUVVAUX, RFD adm. 2000 p.641 ; Note P. BON, Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire, RFD adm. 2000 p.654.

²⁸² P. SARGOS, *Conclusions sur Cass. 1^{ère} Civ.08.07.1997, Meurice c/ Cortet et a. ; Rocq c/ Chasseriau*, JCP G 1997.II.22921.

de 24 heures après les premières douleurs, il était évident qu'il avait lui-même contribué à une partie de sa perte de chances, ce que les juges devaient prendre en compte. Considérant ensuite que le docteur Cortet était responsable pour moitié du dommage et son collègue pour un quart, les juges en ont déduit que le premier médecin devait 85.668 fr. + 39.575fr., et le second la moitié de ces sommes.

Comme nous l'avons déjà souligné, les juges prennent également en compte l'état de la personne antérieurement à l'intervention. Prenons l'exemple de Mr Guilbot²⁸³ : ce patient, lorsqu'il entre à l'hôpital Lariboisière, est atteint d'une maladie héréditaire, une angiomatose disséminée, due à une malformation du système vasculaire. Comme le souligne le commissaire du gouvernement E. COROUGE²⁸⁴, quand l'état antérieur à l'hospitalisation est *«grave ou même préoccupant, cette circonstance augmente le caractère nécessaire de l'intervention de sorte que la perte de chance – à savoir la probabilité qu'avait le malade de renoncer à l'intervention- s'en trouve nécessairement diminuée»*. Par conséquent, le Palais Royal considère que le préjudice global de ce jeune homme, à savoir une paraplégie des membres inférieurs, peut être évaluée à un million de franc. Comme l'intervention aurait sans doute été acceptée si tous les dangers de celle-ci avaient été exposés au requérant, les juges considèrent qu'il *« sera fait une juste appréciation de l'indemnisation résultant de la perte de chances en condamnant l'AP-HP à payer à M. Guilbot la somme de 200.000fr. »*. La Cour d'appel a donc partiellement suivi Mme COROUGE, qui avait proposé que 25% du montant de l'indemnisation intégrale lui soit alloué...

Le conseil d'Etat, dans son arrêt Telle de janvier 2000, se ralliera à cette jurisprudence, en soulignant qu'en l'espèce il convenait de tenir compte *« du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques d'hémorragie cérébrale qui étaient encourus en cas de renoncement à ce traitement »*. Son arrêt, clair, mentionne tous les chefs de préjudice allégués par M. Telle et combien lui aurait été alloué pour chacun d'entre eux, puis établit la perte de chances à un cinquième et détermine ainsi la somme qui lui est due.

²⁸³ CAA Paris, 09.06.1998, Guilbot, Note C. GUETTIER, CE 01.2000, Epx. TELLE c/ Guilbot, RD publ. Mars 2001 ; Note D. CHAUVAUX, RFD adm. 2000 p.641. Pour un autre exemple illustrant bien le fait que le juge tient compte de l'état antérieur du patient, voir CA de Paris 1^{ère} ch. B., 02.04.1999 M. Verges et a. c/ L. Lentin et a., Gaz. Pal.17.06.1999 jurispr. p.387.

²⁸⁴ E. COROUGE, Conclusions sous CAA Paris, 09.06.1998, Guilbot, RFD adm. mai-juin 2000, P.637.

Les cours d'appel, qui jusque là avaient considéré différemment la perte de chances, certaines réparant intégralement le dommage alors que d'autres ne réparaient qu'une partie de celui-ci (mais l'intégralité de la chance perdue), se rallièrent toutes à cette jurisprudence, à la fois claire, logique et qui avait le mérite de ne pas attirer les foudres de la doctrine sur les problèmes engendrés par le dualisme de juridiction²⁸⁵.

Cette jurisprudence sur l'indemnisation totale de la perte de chances mais partielle du dommage intégral s'explique sans doute par la multiplication des hypothèses d'indemnisation de perte de chances. En effet, comme nous l'avons déjà vu, le fait de se référer au fait que, mieux informé, le patient aurait refusé une intervention ou aurait agi différemment, fait valoir ses droits... est récent. Il apparaissait donc beaucoup trop coûteux de continuer à accorder une réparation pour toutes les conséquences négatives, surtout à une époque où la juridiction administrative accepte d'engager la responsabilité pour faute simple...

De plus, « *la victime ne doit être, à la suite du dommage qu'elle a subi, ni appauvrie ni enrichie* »²⁸⁶ et le responsable est redevable de « *tout le préjudice, mais rien que le préjudice* »²⁸⁷. Dès lors, il aurait paru incongru de continuer d'appliquer une solution illogique...

Après la tempête soulevée par l'arrêt Perruche de la Cour de Cassation, plusieurs questions se posent encore, malgré cette clarification récente: les juges, en l'espèce, ont-ils indemnisés la perte de chances de l'enfant, ou son dommage dans son intégralité ? Au vu des sommes allouées, on pourrait considérer que les juges ont réparé l'entier préjudice- si tant est qu'il y ait préjudice. Si cette somme ne représente qu'une indemnisation partielle, il faut alors croire que les juges ont estimé à 98 ou 99% sa perte de chances...

Cependant, il semble beaucoup plus logique de considérer que le juge est resté dans le cadre classique de la responsabilité, puisqu'il serait difficile d'imaginer que l'enfant ait perdu une quelconque chance. A moins de penser qu'il a perdu une chance de ne pas naître...

Ensuite, on peut se demander pourquoi la haute juridiction a accepté d'indemniser directement l'enfant au lieu d'imiter le Palais Royal. Comme le souligne M. GOBERT²⁸⁸, la solution du Conseil d'Etat est plus sournoise, moins retentissante, mais n'est pas tellement

²⁸⁵ Pour des exemples récents qui prouvent que les juges du fond ont suivi le Conseil d'Etat, voir par exemple CAA Nantes, 2^{ème} ch., 28.02.2001, G..., Req. 96NT02322 ; CAA Paris, 3^{ème} ch., 19.06.2001, Cts C..., Req. N°98PA03970, tous deux dans Resp. civ. et assur. Juillet-Août 2002 p.15.

²⁸⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, préc.

²⁸⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit du dommage corporel*, 1993.

plus humaine. En effet, « *dans la mesure où la rente mensuelle est allouée pendant la vie de l'enfant à ses parents, qu'advient-il si ceux-ci pré décèdent ?* ». Et cet auteur d'ajouter : « *On ne peut tout de même pas accuser le Conseil d'Etat d'avoir présumé la mort prématurée de l'enfant trisomique.* »...

Cependant, hormis ce type de jurisprudence, dans lesquelles on peut se demander si la situation de l'enfant est ou non indemnisée sur la base d'une perte de chances, la jurisprudence paraît claire...

Aussi, la solution paraît désormais simple : pour reprendre les termes de A. DORSNER-DOLIVET²⁸⁹, il semblerait que « *lorsque la probabilité de réalisation du risque à la suite de la faute médicale est importante, le juge devrait accorder réparation de l'entier dommage, lorsque cette probabilité est plus réduite il ne devrait réparer que la perte d'une chance d'éviter le dommage* ». La règle est donc en matière de responsabilité pour perte de chances la réparation partielle, et l'exception la réparation intégrale, possible que lorsqu'il y a à la fois une quasi-certitude sur le lien causal et une probabilité qu'un événement meilleur se serait réalisé proche de 100%.

La perte de chances, dans son concept, semble être une solution idoine pour condamner le responsable à réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Elle paraît donc a priori équitable pour la victime. Mais l'est-elle vraiment ? Constitue-t-elle une panacée, ou un pis-aller ?

²⁸⁸ M. GOBERT, *La cour de Cassation méritait-elle le pilori ?*, LPA 08.12.2000, n°245 p.4.

²⁸⁹ A. DORSNER-DOLIVET, *Note sous Versailles, 1^{ère} ch., 30.03.1989, B... et autre c. consorts Boizard et a.*, JCP 1990 jurisp. n°21505.

SECTION II. La perte de chances, une panacée ou un pis-aller?

Dans tout le droit de la responsabilité médicale, des problèmes se posent. Ceux-ci seront bien évidemment accentués dans le cadre de la perte de chances, parce que, comme nous l'avons déjà vu, s'il appartient aux juges d'établir s'il existe ou non un lien de causalité et d'évaluer les préjudices subis, ils ont toujours recours à des experts plus ou moins indépendants et impartiaux. La victime sera donc, trop souvent, sous-indemnisée, sans que son avocat ne soit toujours à même de la défendre correctement, soit parce qu'il est mal informé des spécificités du domaine médical, soit parce qu'il est tour à tour serviteur des intérêts des victimes et de ceux des compagnies d'assurances...

De plus, si les grilles indiciaires qui servent à calculer le taux d'incapacité sont critiquées, on peut se demander si le fait de considérer que le patient a perdu x% de chance de guérir, par exemple, n'ajoute pas de « l'a peu près » à des approximations déjà existantes, et ce d'autant plus que les chefs de préjudice invocables, notamment le préjudice d'agrément, sont assez mouvants.

§1. Une solution équitable, ou un instrument dévié permettant de sous-indemniser les victimes?

« En tant que mesure d'instruction, l'utilité d'une expertise médicale est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond »²⁹⁰. Cependant, force est de constater que dans les faits, les magistrats, qui ne sont pas des médecins, sont quasiment obligés de s'en remettre au savoir d'un expert. Celui-ci est très puissant et a beaucoup d'ascendant sur les juristes, sachant que, lorsqu'il s'agit « d'une faute de technique médicale, la distinction est peu évidente entre l'appréciation des faits et la traduction juridique de ces faits »²⁹¹. Dire que l'expert n'a qu'un pouvoir « technique » alors que le juge garderait toute la plénitude de sa compétence sur la qualification juridique des faits relève donc de la gageure. D'ailleurs, si cette fonction était si peu influente, on ne voit pas pourquoi l'article R.163 de l'ancien code des tribunaux administratifs et des Cours d'appel prévoyait que « les experts peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges »...

Le juge se rangera généralement aux conclusions de l'expert, sauf, dans de rares occasions, lorsque son intime conviction sera différente ou que d'autres personnes tout aussi

²⁹⁰ F. BAUDE, *Le contentieux administratif français de l'expertise médicale et l'exigence du procès équitable de l'article 6§1 de la C.E.D.H.*, LPA 17.03.2002, p.2.

²⁹¹ M. HARICHAUX, *L'obligation du médecin de respecter les données de la science*, JCP G 1987.I.3306.

compétentes auront conclu différemment. Cependant, il faut savoir que si le juge n'est pas obligé de recourir à une expertise –ce à quoi la Cour Européenne n'a rien trouvé à redire²⁹²-, le requérant peut encore plus difficilement demander à ce qu'une contre-expertise soit ordonnée...

Dans un domaine comme celui de la perte de chances, on peut imaginer toute la latitude laissée aux experts. En effet, il leur revient en tout premier lieu d'établir le lien de causalité. Celui-ci peut être plus ou moins évident, et le rapport, par son ambiguïté, pourra aisément semer le doute dans la tête des magistrats. Ensuite, ce sera à l'expert d'estimer quelles étaient les chances de survie ou de guérison du malade. Là encore, l'incertitude est de mise et l'expert, afin d'épargner son confrère, pourra sous-estimer le préjudice du patient... A défaut de contre-expertise, l'homme de l'art désigné aura par conséquent une sorte de toute puissance, nul profane ne pouvant se permettre de contester sa vision de la situation et du futur tel qu'il aurait pu être sans la faute.

Les victimes sont d'ailleurs assez critiques sur la façon dont est déterminé leur préjudice. Elles ont la sensation d'être seules face à des spécialistes dont elles ne comprennent pas toujours les questions et l'incidence de leur réponse ; elles ont « *l'impression de subir un second traumatisme par une mise en doute systématique et quasi inquisitoriale de leur vécu traumatique* »²⁹³ ; elles ne sont pas à même de comprendre la teneur des rapports ; surtout, elles doutent de la réelle indépendance de ces médecins.

Se pose donc le problème de l'impartialité de l'expert, qui tient au fait que les plus compétents de ces médecins travaillent alternativement pour des sociétés d'assurance, comme expert judiciaire, comme médecin-conseil de victimes... Un doute subsiste donc toujours quand à leur absence de parti pris, chacun connaissant le poids des assureurs²⁹⁴... Prenons un exemple qui illustre bien pourquoi la victime est en quelque sorte lésée. Les juges, pour estimer la valeur vénale des préjudices subis, se réfèrent aux grilles indiciaires, grilles assez largement critiquées. Comme le souligne le Dr DREYFUS, lui-même médecin expert d'une

²⁹² Dans son arrêt H c/ France du 24.10.1989 (CEDH, série A, n°162, §61), la Cour estime que c'est au juge d'apprécier l'utilité d'une expertise –donc a fortiori d'une contre expertise. Selon elle, en l'espèce, « *eu égard à l'ensemble des circonstances, le Conseil d'Etat pouvait s'estimer suffisamment éclairé pour être à même de trancher sur la base de l'instruction et du dossier. Le fait de ne pas avoir ordonné une expertise n'a pas dans ces circonstances porté atteinte au droit du requérant à un procès équitable* ».

²⁹³ B. DREYFUS, *Evolutions cours et propositions nouvelles dans l'évaluation médico-légale des séquelles d'un dommage corporel*, Gaz. Pal., 17.03.2002, p.4.

cour d'appel, il est nécessaire de bien comprendre « *combien l'évaluation médicale amiable [est], tant du point de vue technique expertale que barème, construite, menée et contrôlée par les sociétés d'assurance* »²⁹⁵. Et il en va pratiquement de même dans le cadre du contentieux.

En fait, il existe plusieurs barèmes mais la Cour de Cassation refuse de contrôler les méthodes d'évaluation utilisées, parce qu'il s'agit d'un « *pouvoir souverain des juges du fond* »²⁹⁶. Aussi, les compagnies d'assurance ont-elles fini par imposer le barème Rousseau, publié au concours médical en 1982 et qui a pour effet de réduire les taux d'invalidité des victimes... Le Dr DREYFUS constate ainsi que les taux d'IPP alloués pour les mêmes dommages ont diminué depuis une vingtaine d'années²⁹⁷, ce qui contribue évidemment à baisser les indemnités allouées.

Cette possibilité de faire varier les taux s'explique par le fait qu' « *aucun taux n'est prédéterminé et incontestable* », sachant que, si tel était le cas, « *il suffirait de faire fonctionner un ordinateur bien programmé, et en conséquence de supprimer les médecins conseils, devenus inutiles* »²⁹⁸, voire les juges. Les experts ont donc toute latitude...

De plus, ce médecin peut, parce qu'il existe dans la profession médicale comme dans beaucoup d'autres un sentiment de confraternité, avoir quelque hésitation à condamner un confrère lorsque le lien de causalité est assez incertain ou qu'il hésite sur la réalité des chances de survie. Ces rapports sont donc assez souvent équivoques, ce qui, comme nous l'avons déjà vu, justifie dans une certaine mesure le recours à la perte de chances par les magistrats, soucieux d'une certaine équité.

S'agissant des médecins-conseils, il faut savoir que leur impartialité est encore plus sujette à caution, et ce même s'ils affirment leur « *indépendance intellectuelle* » ; en effet, leur clientèle leur étant directement envoyée par les compagnies d'assurance, ils tiennent logiquement compte des intérêts de celles-ci dans leurs évaluations. « *Qu'ils le veuillent ou non, [ils] ne peuvent pas se soustraire entièrement à la volonté des assureurs de les associer à leur politique de restriction des dépenses* », écrit donc L. MELENNEC, docteur en droit et

²⁹⁴ Même si ce problème devrait se résoudre du fait des récentes évolutions du droit médical.

²⁹⁵ Art. préc., p.1412.

²⁹⁶ voir note 8 la victime d'un dommage, Gaz. Pal 07.09.1999, p.1273.

²⁹⁷ Ce qui signifie que, par exemple si en 1980 une personne était considérée comme ayant un IPP de 75%, aujourd'hui on considérera qu'il est de 70%.

²⁹⁸ B. A. H. DREYFUS, *De l'indépendance et du rôle des médecins conseils spécialisés dans l'évaluation du dommage corporel*, Gaz. Pal., 24.10.1998.

en médecine²⁹⁹. Le Conseil d'Etat³⁰⁰ et la Cour de Cassation³⁰¹ considèrent donc que ces médecins sont des travailleurs subordonnés aux compagnies.

Selon B. A. H. DREYFUS³⁰², seulement 10 % des victimes sont assistées par un médecin conseil, alors que dans les autres cas, qu'on se situe dans le cadre des expertises amiables ou judiciaires, la compagnie d'assurance est toujours représentée mais pas le malade. De plus, selon lui, dans 9 cas sur dix, lorsque le malade est ainsi assisté, le médecin est imposé par la compagnie d'assurance. 1% seulement des personnes sont donc soutenues par un médecin qu'elles ont choisi...

Cependant, pour mettre fin à cette inégalité des armes entre compagnies d'assurances et victimes, différents textes ont été adoptés. Ainsi, des directives des Communautés Européennes de 1987³⁰³, puis une loi de 1989³⁰⁴ obligent les sociétés d'assurance à s'organiser de manière à ce que les mêmes personnes ne soient pas au carrefour d'intérêts contradictoires, « *la gestion des sinistres en « défense » ou en « recours » [devant] être effectuée par des personnels distincts, ou par une sous-traitance par une entreprise distincte* ».

Enfin, « *une infime minorité de victimes ont la chance d'être assistées par des avocats spécialisés et des médecins conseils indépendants (...). Les autres, c'est-à-dire la quasi-totalité de victimes, sont sous-indemnisées* »³⁰⁵. Cela s'explique par le fait qu'il n'existe malheureusement aucune spécialité consacrée au droit médical au barreau. Les victimes ne peuvent donc être sûres de trouver un avocat réellement compétent, même si de facto il existe des juristes mieux informés que d'autres en ce domaine. Faute d'informations à ce sujet, les

²⁹⁹ L. MELENNEC, *Les médecins des compagnies d'assurance sont juridiquement dépendants de leurs employeurs*, Gaz. Pal., 24.10.1998, p.1403.

³⁰⁰ CE 15.02.1978, *Sieur Gaume Pierre*, Le médecin conseil « doit être regardé, non comme exerçant une profession indépendante, mais comme se trouvant dans la situation de subordination qui caractérise le louage de services ».

³⁰¹ Cass. 19.11.1986, Bull.1986, p.408, n°538.

³⁰² B. A. H. DREYFUS, « *Il est absolument nécessaire que les victimes soient assistées par un médecin conseil lors de toutes les expertises* », Gaz. Pal. 17.06.1999, p.919.

³⁰³ Directives du Conseil des communautés Européennes n°87.344 du 22.06.1987.

³⁰⁴ Loi n°89.1014 du 31.12.1989 portant adaptation du Code des Assurances à l'ouverture au marché européen, JO 03.01.1990 p.63.

³⁰⁵ J-G. M, *Du souci du législateur d'assurer enfin pour tous une réparation équitable du dommage corporel*, Gaz. Pal. 17.03.2002, p.2 ; voir également Y LAMBERT FAIVRE, *La victime d'un dommage corporel et son avocat*, Gaz. Pal 07.12.1999 p.1272.

plus malchanceux risquent donc de se retrouver défendus par un avocat quasiment incompetent en ce domaine, alors qu'elles étaient rassurées d'être assistées par un juriste ...

Evidemment, cette absence de spécialité pose d'énormes problèmes dans les cas classiques, mais encore plus dans le cadre de la perte de chances. En effet, il faut que l'avocat soit au courant non seulement de l'utilisation des outils tels que les barèmes d'incapacités professionnelles ou de déficits séquellaires, mais aussi des subtilités dans la détermination de la chance perdue, afin de défendre la meilleure indemnisation possible. Or, pour un néophyte, comment savoir si le patient avait 50% ou 90% de chances de guérir ? Sachant que les experts ne sont pas toujours très impartiaux, comment prouver l'existence d'un lien de causalité quasiment certain ? De plus, sans aller aussi loin, sachant que les juges ne statuent que dans la limite des conclusions des parties et qu'ils commencent par évaluer le dommage dans son intégralité avant de calculer la somme due au titre de la perte de chances, il faut que l'avocat invoque tous les chefs de préjudice nécessaires et sache à combien il convient de les estimer.

De surcroît, les mêmes problèmes d'indépendance se posent pour l'expert et pour l'avocat. En effet, ceux qui sont réellement compétents en matière de contentieux médical s'occupent souvent alternativement des intérêts de malades et de ceux des compagnies d'assurance. Et, pour un patient conscient de ce problème, il est difficile d'obtenir une liste des juristes réellement indépendants...

Les victimes ont donc du mal à faire prévaloir leur droit dans la responsabilité pour faute en général et dans la responsabilité pour pertes de chances en particulier. Mais on peut également se demander si, du fait de la complexité de cette technique, il n'y a pas également une inégalité entre personnes ayant perdu les mêmes chances dans des circonstances quasi-identiques...

§2 Avantages et inconvénients de ce système dans l'hypothèse d'un procès plus équitable

Le dommage, lorsqu'il est réparé intégralement, donne déjà lieu à des contestations. La réparation de la perte de chances, de ce point de vue, paraît, a fortiori, d'autant plus

critiquable. Prenons l'exemple de M. Guilbot³⁰⁶. Le commissaire du gouvernement proposait de réparer 25 % de son préjudice total au titre de la perte de chances. Le Conseil d'Etat accordera 20%. On ne sait pas ce que les experts avaient proposés, mais force est de constater qu'il s'agit plus d'un jugement de Salomon que d'une appréciation scientifique...

Les juges, pour que leur réparation paraissent moins arbitraires, ont donc quelquefois été tentés par l'utilisation des mathématiques et plus particulièrement des statistiques, pour mesurer, par exemple, le pourcentage de personnes ayant subi une même faute médicale et qui en succombe ou en sort gravement invalide. Cette façon de procéder, condamnée par la Cour de Cassation belge³⁰⁷, n'a pas eu une grande influence en France, sans doute parce que les deux juridictions suprêmes s'y étaient tacitement opposées. Il faut dire que cette méthode avait contre elle le fait de donner encore plus de poids à l'expertise, même si on aurait pu arguer de sa rigueur intellectuelle...

Comme le souligne R. SAVATIER³⁰⁸, « le mot « chances » correspond alors à une incertitude que [le juge] reconnaît mathématiquement irréductible dans son esprit ».

En outre, il peut arriver que la victime conserve, malgré la faute commise, quelque chance de survie. Dans ce cas, le juge est obligé de « faire un abattement sur l'indemnisation pour tenir compte des chances de guérison ou de survie que la victime conserve malgré la faute du médecin. Or, il est bien certain que, pour opérer cette réduction, le juge ne dispose d'aucun critère objectif : il est donc conduit à adopter des solutions arbitraires »³⁰⁹.

De surcroît, dans bien des cas, le juge apprécie plus quantitativement que qualitativement la perte de chances, c'est-à-dire tient plus compte du caractère plus ou moins solide du lien de causalité que de la probabilité qu'aurait eu une situation plus favorable de se réaliser. Celle-ci se trouve par conséquent, selon F. SALLET, « dissociée du dommage final ».

De plus, comme nous l'avons déjà vu, les chefs de préjudice ont tendance à se multiplier, tant et si bien qu'on ne sait plus quel dommage a été réparé et à quel titre. Le

³⁰⁶ CAA Paris, 09.06.1998, Guilbot.

³⁰⁷ C. Cass. Belge, 29.09.1974, JCP 1976.II.18216, note R.SAVATIER.

³⁰⁸ R. SAVATIER, Cass. 1^{ère} Civ., 02.05.1978, Maudryka c/ Franck et a., JCP 1978.II.18966.

préjudice d'agrément, par exemple, pose énormément de problèmes, parce que c'est une notion intéressante pour les plaideurs du fait de l'absence de recours des tiers payeurs, mais aussi une notion « fourre-tout », dont la consistance est très malléable.

Longtemps, il n'a servi qu'à réparer le fait que la victime ne pouvait plus s'adonner à certains loisirs tels que le sport, à cause de son état physique. Dans ce cadre, il a été assez critiqué, à juste titre, par la doctrine, qui soulignait qu'il valait mieux faire partie des catégories aisées de la population. En effet, s'il est facile de montrer qu'on faisait partie d'un club hippique ou de golf, il est beaucoup plus malaisé de prouver qu'on faisait son jogging tous les dimanches...

Différents préjudices sont sortis au fur et à mesure de ce préjudice d'agrément et ont été indemnisés de manière distincte. Il en va ainsi par exemple du préjudice sexuel ou de la possibilité de fonder une famille. Prenons l'attendu d'un arrêt de la chambre criminelle³¹⁰. *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité allouée pour le préjudice d'ordre sexuel, (...) échappe au recours des tiers-payeurs et sans rechercher, par ailleurs, si l'impossibilité de s'établir en mariage n'était pas, à elle-seule, compte tenu de l'âge de la victime, constitutive d'une perte de chances susceptible d'être aussi indemnisée au titre du préjudice d'agrément, la cour d'appel a méconnu les textes... ».*

Les préjudices sont donc difficiles à cerner. Mais, même en admettant qu'une certaine clarification soit possible, qu'on sache exactement sous quel chef de préjudice il faut indemniser quel dommage, comment l'évaluer ? Prenons l'exemple de la perte d'une chance d'avorter. Comment le juge fait-il pour estimer la valeur vénale de ce préjudice ? Tient-il compte de l'état de santé dans lequel est né l'enfant ? De la situation économique du foyer ?

De même, comment évaluer une contamination par le virus du Sida en tenant compte du caractère plus ou moins indispensable d'une transfusion ? On a déjà souligné que, dans le cas de défaut d'information, il était nécessaire de prendre en compte l'état initial du patient ; mais cela présuppose « qu'il soit possible de quantifier ces deux types de risques » que constituent l'intervention et la non-intervention. Cela peut évidemment s'avérer très délicat. Comment aurait-on dû, au milieu des années 80, soupeser le danger de contamination par le Sida, maladie encore peu connue, à l'intérêt d'une transfusion ? Le juge doit-il considérer que le patient n'a perdu aucune chance, parce que sinon il serait mort, et donc considérer qu'il

³⁰⁹ G. VINEY, *Traité de droit civil (Les obligations- les effets-la responsabilité*, LGDJ Paris, 1988, p.439.

³¹⁰ *Cass. crim., 29.10.1991, Ansiri, AGF et B., Resp. civ. et assur. janv.1992, p.5.*

vaut mieux vivre en étant contaminé par le Sida ? Va-t-il indemniser ce préjudice, et dans ce cas à quelle hauteur ?

Dernière question : existe-t-il des écarts entre les sommes allouées par le juge administratif et le juge judiciaire ? Longtemps, le premier a été considéré comme beaucoup moins généreux. Cela s'expliquait, d'une part, parce que les chefs de préjudice indemnissables n'étaient pas les mêmes, d'autre part parce que, pour un même préjudice, le juge administratif donnait moins. Cela est-il toujours vrai ? Les divergences jurisprudentielles, notamment celles qui existaient avant la loi du 4 Mars 2002 en matière d'aléa ou de jurisprudence type « Perruche », rendaient-elles l'un des deux ordres plus bienveillant pour les victimes ? Prenons l'exemple de patients victimes d'un aléa thérapeutique alors qu'ils n'avaient pas été informés de ce risque, avant que ne soit créé le fonds d'indemnisation prévu par la loi du 4 Mars 2002. Comme nous l'avons déjà vu, l'idée de passer par la théorie de la perte de chances pour indemniser ce type d'accident a été critiquée, parce que les médecins considèrent qu'il est anormal qu'ils soient condamnés pour un dommage dont ils ne sont pas responsables alors que les patients estiment injuste de ne voir leur dommage réparé que partiellement. En effet, comme leur « *préjudice dépend de la perte de chance subie par le patient du fait de sa non information* », et que le médecin « *dans une écrasante majorité des cas, retient comme solution technique celle qui offre le meilleur compromis entre les avantages escomptés et les risques qu'elle induit* »³¹¹, la réparation ne peut être que limitée.

Cette jurisprudence ne satisfaisait donc aucune des parties, et rappelait l'inconvénient du dualisme juridictionnel puisque le juge administratif, lui, avait accepté d'instaurer une responsabilité sans faute en cas d'aléa thérapeutique. Certes, ces conditions demeuraient assez strictes, mais il valait mieux être victime d'un tel accident à l'hôpital plutôt que dans une clinique ou chez un médecin libéral³¹². Cette divergence de jurisprudence pouvait donc paraître choquante, même s'il convient de souligner qu'en ce qui concerne les premières médicales, le problème était moins important, parce que la majorité se déroulent dans des centres hospitaliers universitaires. La loi, heureusement, devrait mettre fin à ces problèmes.

³¹¹ E. GOUESSE, Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation, LPA 25.01.2000, n°17 p.10.

³¹² Même si comme nous l'avons déjà vu le juge passe parfois par la responsabilité sans faute en cas de mauvaise information.

La perte de chances, avec ses avantages et ses inconvénients, est-elle finalement un pis-aller qu'il convient de préserver ? Si on compare cette théorie aux régimes spéciaux institués pour indemniser certains types de victimes³¹³, on s'aperçoit que la perte de chances est un système beaucoup plus souple. En effet, le législateur « *a multiplié au coup par coup les interventions circonstanciées, tantôt déclenchées par la survenance de quelque catastrophe ou trouble social, (...) tantôt dictées par la pression de l'opinion publique ou d'une catégorie socioprofessionnelle, tantôt arrachées par une provocation jurisprudentielle* ». Or, il existe toujours une certaine incomplétude, des personnes qui ne rentrent pas dans les critères d'éligibilité malgré la certitude de leur préjudice. Cette incomplétude est source d'inégalité, certaines personnes étant indemnisées selon le droit commun alors que d'autres peuvent bénéficier des facilités des fonds. Et même si le législateur se rend compte de cette injuste différence, il ne fera que multiplier les régimes spéciaux....

Pour les victimes, généraliser le recours à la perte de chances pourrait par conséquent se révéler avantageux, puisque cette notion est malléable et peut, en cas d'aggravation importante de leur état, permettre d'obtenir des indemnités substantielles. De plus, elles ont la certitude que le préjudice sera évalué à sa juste valeur³¹⁴ et non de manière forfaitaire. Toutefois, il ne faut pas occulter le fait qu'il leur faut prouver qu'une faute a été commise, alors que les régimes spéciaux fonctionnent souvent dans le cadre d'une responsabilité sans faute.

Pour les médecins, le recours à la perte de chances peut également être intéressant d'un point de vue financier, du moins si le système n'est pas dévoyé et qu'ils ne sont condamnés qu'à réparer la part de préjudice dont ils sont responsables. Il paraît en effet logique que si le médecin n'a pas causé la mort mais seulement précipité celle-ci, il ne soit pas obligé de réparer le fait que le patient soit décédé. La jurisprudence qui les tenait pour responsables d'aléa thérapeutique était par contre critiquable, puisque par hypothèse il n'y avait aucun rapport entre la faute commise et la survenance de l'aléa.

Des problèmes comme celui de l'aléa thérapeutique ne pouvaient donc rester indemnisés de cette manière, qui, comme nous l'avons vu, ne satisfaisait personne. Il était par

³¹³ F. LEDUC, *L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux*, Hors série Resp. civ. et assur. Juin 2001, p.50

³¹⁴ Sous réserve des critiques formulées plus haut.

conséquent logique que le législateur intervienne comme il l'a fait avec la loi du 2 Mars 2002 afin de permettre une indemnisation de l'aléa. Par contre, dans les autres hypothèses, a perte de chances semble assez équitable.

CONCLUSION

La perte de chances a-t-elle un avenir en droit médical ou est-elle condamnée à disparaître ? Nous avons vu qu'elle avait été beaucoup critiquée, qu'elle posait de multiples problèmes, que le législateur était parfois intervenu pour contrer son développement. Cependant, elle a aussi les qualités de ses défauts... Alors, est-elle une notion du futur, ou un instrument du passé ?

Dans le court terme, il serait logique qu'après les revirements des deux juridictions suprêmes beaucoup de médecins soient condamnés sur la base d'une information incomplète, puis que la jurisprudence sur ce type d'affaires se fasse de plus en plus rare. En effet, on peut penser que la majeure partie des hommes de l'art prendront énormément de précautions et seront à même de fournir la preuve que les obligations d'humanisme ont bien été remplies. Les patients, ayant choisi librement, en toute connaissance de cause, de se soumettre à un traitement ou à une opération pourront se satisfaire de l'opération réussie mais devons aussi assumer les risques inhérents aux soins s'ils surviennent. Comme l'écrit J-S CAYLA³¹⁵ en parlant de l'exposition au tabac, « *celui qui est averti des dangers auxquels il s'expose peut choisir librement ; il assume une part de la responsabilité du dommage qu'il subit* ». La jurisprudence relative à la perte de chances du fait d'un accident médical auquel le patient n'était pas préparé devrait donc se tarir, sachant que, de toute façon le législateur a prévu un système d'indemnisation de l'aléa, qui n'est critiquable que parce qu'il omet les « *petits risques* ».

Par contre, du fait de la multiplication des examens de l'enfant à naître et de leur relative fiabilité, on peut imaginer que de plus en plus de parents se plaindront de n'avoir pas été avertis de la maladie ou du handicap dont était porteur leur bébé. Si on prend l'exemple de l'amniocentèse, on s'aperçoit qu'on est passé d'un dépistage des femmes de plus de 38 ans à un dépistage de masse. Il en ira sans doute de même pour la plupart des examens anténataux. Comme pour les échographies, les parents risquent donc d'exiger des résultats sûrs et d'engager systématiquement la responsabilité des laboratoires en cas d'erreur.

³¹⁵ J-S CAYLA, *Message sanitaire avec toute propagande ou publicité pour le tabac*, RD sanit. soc. 1997, p.44.

De plus, selon M-A HERMITTE³¹⁶, « *des difficultés sont prévisibles à moyen terme du fait de la multiplication rapide des tests de diagnostics portant sur de simples prédispositions à des maladies graves et sur les maladies qui ne se déclenchent que tardivement dans la vie de l'individu* ». Pour le Comité Consultatif National d'Ethique, il faudrait simplement ne s'intéresser dans le cadre du diagnostic prénatal qu'aux maladies qui se déclarent avant la majorité, de sorte qu'une famille ne pourrait reprocher à quiconque de n'avoir pas décelé un risque de maladie à l'âge adulte. Mais, avec l'évolution des mentalités et l'émergence de l'idée d'un droit à la santé, ne pourra-t-on pas reprocher un jour à des médecins de n'avoir pas rechercher les prédispositions à telle ou telle affection, même d'apparition tardive dans la vie de l'individu ?

Les patients pourront sans doute, dans un proche avenir, également reprocher aux médecins de ne pas les avoir avertis qu'ils faisaient partie d'un groupe à risques, ce qui les a empêché de recourir à des « *stratégies procréatives* » telles que les diagnostics antéconceptionnels. L'arrêt dans lequel un couple reproche à un professeur de médecine de ne pas l'avoir correctement renseignés sur le caractère héréditaire de la maladie du père peut à ce titre paraître précurseur. Il ne serait pas étonnant non plus que les contentieux en matière d'assistance médicale à procréation, même si certains sont voués à l'échec, se développent, parce que les parents ont eu le mauvais bébé³¹⁷, parce que l'un des deux parents décède avant l'insémination³¹⁸

Si on s'intéresse maintenant à la situation de l'enfant, il semblerait que le législateur ait mis fin à la jurisprudence Perruche, même si on peut admettre que dans ce cas ce n'était pas la naissance elle-même mais le fait de naître handicapé qui avait été indemnisé. Cependant, si se multiplient les techniques de soins in utero, il sera à terme concevable qu'un individu se plaigne du fait qu'il aurait pu bénéficier de traitements ou d'une opération et qu'il a donc perdu une chance de naître en bonne santé.

³¹⁶ M-A HERMITTE, *Le contentieux de la naissance des enfants handicapés*, Gaz. Pal.1997, n° spécial, doct. P.1405.

³¹⁷ C-T AGLIONE, *L'émergence du contentieux de la responsabilité en matière d'assistance médicale à procréation*, LPA 24.09.1999 p.10.

³¹⁸ J-S BERGE, *Le droit communautaire dévoyé, le cas Blood*, JCP G 16.02.2000 p.289.

Du côté des pertes de chance de survie ou de guérison, on peut raisonnablement penser que le contentieux risque d'augmenter. On pourrait même assister à la naissance de nouvelles sortes de perte de chances comme par exemple celle de ne pas souffrir davantage que les personnes souffrant des mêmes maux ou de mourir dans la dignité. Pour des exemples du premier type, alors que la lutte contre la douleur devient une priorité pour le corps médical, on pourrait imaginer que des patients se plaignent du fait que le médecin n'a pas cherché à apaiser leur souffrance alors qu'il en avait la possibilité. De même, pour les personnes en fin de vie, si les soins palliatifs³¹⁹ se développaient, il serait envisageable que des héritiers engagent un contentieux parce que leur aïeul est décédé dans d'énormes souffrances...

A fortiori, si l'euthanasie active était acceptée, des malades ne manqueraient pas de saisir les tribunaux parce qu'on leur refuse l'apaisement définitif des souffrances. Cela n'est pas impossible, puisqu'une requérante britannique est allée jusqu'à saisir la Cour Européenne des droits de l'Homme³²⁰ pour demander à ce que son mari soit autorisé à lui administrer une dose de produit mortel...

Enfin, il serait sans doute possible d'invoquer la perte de chances lorsque des révélations sur l'état de santé du patient ou sur ses risques potentiels ont eu des répercussions sur sa vie professionnelle, familiale, affective... Ce type de problèmes se pose notamment du fait de l'instauration de fichiers³²¹, de la progression des recherches génétiques, des pressions des assureurs...

Dernières hypothèses, mais des plus farfelues celles-là, on pourrait imaginer que des plaignants invoquent la perte de chances pour des refus de cryogénéisation³²², de clonage..., et ce même si leurs chances de succès sont infiniment minces.

³¹⁹ Selon la loi n° 99-477 du 09.06.1999 (JO 10.06.1999, p.8487), « toute personne qui le requiert a le droit : a) d'accéder à des soins palliatifs ; b) à un accompagnement. Les soins palliatifs visent à soulager la douleur, à apaiser la souffrance psychique, à sauvegarder la dignité de la personne malade et à soutenir son entourage ».

³²⁰ CEDH, 29.04.2002, Pretty c/ R.U., Req. 2346/02, www.hudoc.echr.coe.int.

³²¹ J-S CAYLA, *Veille sanitaire et transmission à l'autorité sanitaire des données individuelles de certains malades*, RTDSS oct-déc1999 ; M. CORMIER, *L'informatisation des archives hospitalières*, RD sanit. soc. juillet 1994 ; C. BYK, *Recherche médicale et droits de l'homme : une approche européenne*, JCP G 1993.I.3719.

³²² F LEMAIRE, *Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété par cryogénéisation*, TA St Denis de La Réunion, Cts Leroy C/préfet, JCP G 05.04.2000.II.10287.

Comme nous venons de le voir, la perte de chances a sans doute encore un bel avenir devant elle, surtout si on pense que les malades, de plus en plus exigeants du fait de l'accroissement des techniques, vont multiplier les contentieux³²³. La pression des compagnies d'assurance dans une société vieillissante risque de pousser les juges à opter pour la perte de chances plutôt que la réparation intégrale dans tous les cas de doute sur le lien de causalité ou lorsque la maladie a largement contribué au dommage.

Cette théorie a pour vertu de paraître équitable, parce que les médecins ne sont tenus pour responsables que de la perte de chances réellement subie. Juridiquement, elle peut donc paraître idéale, parce qu'elle est en adéquation totale avec le principe « *tout le préjudice, mais rien que le préjudice* », la difficulté principale résidant simplement dans la détermination de la part du dommage total qui correspond à la perte de chances.

Comme le souligne C. CHATELAIN³²⁴ dans sa thèse, donner son essor à la théorie de la perte de chances pourrait aboutir à rendre sa pureté à la responsabilité pour faute, qui ne serait plus utilisée que lorsque le lien de causalité est de l'ordre de 100% et le préjudice certain. Dans les autres cas, majoritaires, il conviendrait de recourir à la perte de chances ; celle-ci apparaîtrait donc dans toutes les hypothèses où « *la conduite litigieuse n'a pas entraîné de façon certaine et directe le préjudice final subi par la victime, mais [où] elle a pourtant joué un rôle dans la survenance du dommage [et] a donc fait perdre au patient une chance d'échapper au dommage* ». Ainsi, dans les espèces où il est question d'intervention tardive du médecin ou de soins pas exactement appropriés, elle permettrait de tenir compte du fait que le patient n'avait plus que des chances de survie ou de guérison, et donc que sa mort n'a pas été causée uniquement par la faute.

Ainsi, les médecins ne seraient plus condamnés pour faute que lorsque le lien de causalité est certain et lorsque le dommage subi, réparé dans ce cas dans son intégralité, est vraiment dû à leur comportement...

³²³ même si la perspective d'une augmentation à l'américaine semble assez lointaine

³²⁴ C. CHATELAIN, thèse préc., p.222.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES.

- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 8^{ème} édition, Montchrestien, 1999, 1312 p.
- C. CHATELAIN, *La théorie de la perte de chances en droit hospitalier*, Thèse Lille, 2002, 350 p.
- Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1996, 132 p.
- J-M CLEMENT, *Principales décisions de la jurisprudence hospitalière*, Berger-Levrault 1995, 269p.
- C-A COLLIARD, *Le préjudice en droit administratif français*, Thèse Aix, 1938, 440 p.
- P. CUVILLIERS, *Le consentement à l'acte médical*, Mémoire DEA, 1991, 132p.
- L. DALIGAND, D. LORIFERNE, ..., *L'évaluation du dommage corporel*, Masson 1992, 285p.
- G. DEVERS, *Pratique de la responsabilité médicale*, Eska 2000, 279 p.
- J-N HANSON, *La perte d'une chance de survie*, Thèse Seclin (médecine) 1981, 80p.
- C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, les contrats*, 4^{ème} édition, Economica 1998, 957 p.
- M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, Expertises, principes, Indemnités, 15^{ème} édition, Litec, 2000, 250 p.
- G. MEMETEAU, *Droit médical*, Litec Mars 1985, 543p..
- J. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Ed. Sirey, 1977, 331p. (Voir chapitre le préjudice, p.103).
- P-R PREVOST, *La perte de chance en responsabilité médicale*, Thèse Lille (médecine), 1983, 79p.
- S. RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Librairie générale du droit et de la jurisprudence, 1980, 564 p.
- J. SAISON, *Essai sur les variations de l'exclusion de la faute médicale au regard des fonctions de la responsabilité*, Thèse Lille, 2000, 467p.
- F. SALLET, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, L.G.D.J., 1994, 100p.

A.SERIAUX, *Le droit de la biologie humaine*, Ellipses 2000,176p. (voir p. 67, Les tests génétiques).

G. VINEY, - *Les obligations : la responsabilité : conditions*, LGDJ 1987, 1080 p. (voir p.341s).

- *Traité de droit civil*, LGDJ Paris 1988 p.341s.

RAPPORTS.

M. HARICHAUX REMU, Jurisclasseur Resp. civ. et assur. fascicules 440-3 ; 440-5 ; 440-6.

Rapport du Conseil d'Etat, *Le droit de la santé*, La documentation française 1998, 510p..

Rapport CCNE, *Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention*, rapport Octobre 1995, Documentation française, p.49.

Rapport CCNE sur *l'information à donner aux patients à propos de la possibilité de transmission de l'agent de Creutzfeld-Jacob par des composants du sang*, Rapport 1997, Documentation française, p.102.

Rapport CCNE, *Avis sur les problèmes éthiques posés par le désir d'enfant chez des couples où l'homme est séropositif et la femme séronégative*, Documentation Française 1998.

ARTICLES.

A.

C-T AGLIONE, *L'émergence du contentieux de la responsabilité en matière d'assistance médicale à procréation*, LPA 24.09.1999 p.10.

N ALBERT, *Responsabilité pour risque et utilisation dommageable d'une thérapeutique nouvelle*, LPA 10.06.1996 p.11.

S. ALLOITEAU, *L'arrêt CHR de Nice : l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale*, CE 14.02.1997, LPA 28.05.1997 p.23.

D. ARTUS, *Hépatite C transfusionnelle : des réponses désormais clarifiées*, D. 2001 p.1745.

C ATIAS, *Les références médicales opposables : révolution ou continuité ?*, RD sanit. soc. janv.1995, p.21.

J-M AUBY, *TA Bordeaux, 21.10.1955 Dame Mauvy c/ Comm ;de Domme*, D.1956 Jurisp.p.618.

B

J.B., *TGI Grenoble, 19.11.1998*, Gaz. Pal.17.06.1999 jurisp. p.401.

C. BAILLON-PASSE, *De quelques réflexions sur l'état des lieux et des esprits à la veille de la révision des lois de bioéthique*, LPA 04.07.2001.

J-F BARBIERI, *Intervention « médicalement nécessaire » et obligation d'information du chirurgien*, LPA 03.11.2000 p.10.

J-F BARON, *Table ronde (sur le consentement)*, Gaz. Pal. 1999 p.37.

A. BATTEUR, *De la protection du corps à la protection de l'être humain*, LPA 14.12.1994, p.29.

F. BAUDE, *Le contentieux administratif français de l'expertise médicale et l'exigence du procès équitable de l'article 6§1 de la CEDH*, LPA 11.03.2002 p.4.

A.BECAUD GUILLET, *Le statut du fœtus ex utero : du droit à la vie au droit sur la vie*, LPA 16.09.1998, p.8.

D. De BECHILLON, *CE 26.10.2001 Mme Senanayake*, RFD adm. 2002, p.156.

B. BEIGNIER, *note sous 06.05.1997 X... et autres ; Mme Xc/SNC Y*, D.1997 p.596.

F-P BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé*, JCP 1957, I, 1351.

J-S BERGE, *Le droit communautaire dévoyé, le cas Blood*, JCP G 16.02.2000 p.289.

J-B BLADIER, *CAA Paris 09.06.1998, Mme Donyoh c. AP-HP et Senanayake*, Gaz. Pal.17.06.1999, jurisp.p.391.

P. BON, *Alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire, Note sous CE 05.01.2000 AP-HP et Cts Telle*, RFD adm. 2000 p.654.

J. BONNEAU, - *Le risque thérapeutique*, Gaz.Pal.31.08.1993, p .1074.

- Cass. 1^{ère} civ. 09.01.1996, *Mme P... c/ Ctre hosp. de la Grave*, Gaz. Pal. 16.07.1996 jurisp. p.400.
- Note sous CA Paris 1^{ère} ch. B., 11.05.1995, *T...c/ Dr B...*, Gaz. Pal., 16.07.1996, jurisp.p.401.
- CA Paris, 1^{ère} ch. B, 12.01.1996, *Mme Lesure c. Dr Couturier et S.A. Assurances*, Gaz. Pal. 16.07.1996, jurisp.p.407
- Cass. 2^{ème} ch., 24.01.1996, Gaz. Pal. 25.10.1997 p.630.
- Cass. crim., 19.02.1997, *Girer*, Gaz. Pal. 17.06.1999, jurisp .p.379.

J. BORE, *L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP G 1974.I.2620.

J. BORRICAND, *Commentaire de la loi n°88-1138 du 20.12.1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales*, D. 1989 Chron. XXVI.

P. BOURDIER, *Vae victims ! (malheur aux victimes)*, Gaz. Pal.24.04.1999 p.518.

M. BOURRIE-QUENILLET, *Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation*, JCP 1996.I.3986.

F. BOUVIER, *La responsabilité médicale*, Gaz. Pal 12.06.1984 p.284

J. BRUNET, -note sous Paris, 1^{ère} ch., 16.01.1950, *H...c/ Epx T... et C... ; cass.civ.13.07.1949 Dr X... c/Detrez...*, JCP G 1950.II.5716.

- Rouen, Ch.acc. 26.02.1969 *Dr X... c.min.publ et Epx.R.*, JCP G 1971.II.16848.

C. BRUNETTI-PONS, *Quelques réflexions à propos de l'évolution de la législation relative à l'interruption volontaire de grossesse*, D. famille, Nov. 2001 p.4.

C BYK, -*Bioéthique : législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique*, JCP G 11.07.2001 p.1369.

- *Recherche médicale et droits de l'homme : une approche européenne*, JCP G 1993.I.3719.

C.

J.C., *CE Ass. 02.07.1982, Melle R...*, AJDA 1983 p.206.

CABANES et LABETOULLE, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA 1971, p.274.

J. CARBONNIER, *Note sous Paris 1^{ère} ch. 07.03.1952, Dr X... c/ dame Resek*, JCP 1952.II.7210.

S. CARPI, *Regards sur la causalité*, LPA 08.06.2001 p.12

J-S CAYLA, *Veille sanitaire et transmission à l'autorité sanitaire des données individuelles de certains malades*, RTDSS oct-déc1999

F CHABAS, - *L'obligation médicale d'information en danger*, JCP 2000.I.212 p.459.

- *Cass. 1^{ère} civ. 21.12.1970, TGI Montpellier ; 21.12.1970, Proc. Rép. C/ Dr X... et Y...*, D.1971, jurisp. p.637.

- *Vers un changement de nature de l'obligation médicale*, JCP 1975.I.2541.

- *Cass. crim. 09.01.1979, Dr G...*, JCP G 1980.II.19272.

- *Cass. crim 09.02.1979 Dr G...*, JCP 1980.II.19272.

D. CHAUVAUX, -*CE 05.01.2000 APHP c/ Guilbot et Epx. Telle*, RFD adm. 2000 p.641.

-*Elaboration de produits sanguins par plusieurs centres de transfusion, Conclusions sur CE, 15.01.2001, AP-HP (5espèces)*, RFD adm. 2002 p.130.

-*Conclusions sur CE 15.01.2001 Assistance publique-hôpitaux de Paris*, RFD adm. 2002 p.138.

-*Transfusion contre la volonté du patient, CE 26.10.2001 Mme Senanayake*, RFD adm. 2002 p.147.

C. CLEMENT, *L'obligation d'information médicale : les divergences des juges administratif et civil*, LPA 09.06.1999, p.12.

M. CORMIER, *L'informatisation des archives hospitalières*, RD sanit. soc. juillet 1994.

E. COROUGE, *Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière*, CAA 09.06.1998 Guilbot, RFD adm. mai 2000 p.637.

I. CORPART-OULEIRICH, *Le secret des origines*, RD sanit. soc., janv.- Mars 1994 p.

E. COSTE, *Douai 1ere Ch. 10.07.1946, Bournoville contre Gossard*, JCP G 1947.I.3373.

D

G. DARCY, *Note sous TA Strasbourg, 17.07.1990, Ep. Sokal c/ Hôpital Notre-Dame-de-Bon-Secours*, AJDA 1991, p.217.

L. DAUBECH, *Les formes légales du consentement*, Gaz. Pal. 1999 p.19.

M. DEGUERGUE, - *Les préjudices liés à la naissance*, Resp. civ. et assur., Mai 1998, p.14.

-CE 27.10.2000 *Ctre Hosp.Seclin*, AJDA 20.03.2001 p.307.

D. DENDONCKER, *L'obligation d'informer du médecin hospitalier*, AJFP Juillet-Août 2000, p.50.

R. DEPEYROT, M. TRICAUD, D. AUTIE, *Cass. Civ. 1ère, 29.05.1979, Brun et a.*, JCP G 1979.IV. p.257.

P.DEVOLVE, *L'interruption volontaire de grossesse : nouvelles dispositions, nouvelle jurisprudence*, RFD adm. 1991 p.316.

O. DIAMANT-BERGER, *Table ronde (sur le consentement)* Gaz. Pal. 1999 p.38.

E. DOLARD-ROCHE, *Un témoin de Jéhovah peut-il refuser une transfusion sanguine ?*, Journal de médecine légale, Janv.2002,p.60.

J-P DOLL, *Responsabilités en matière de vaccination obligatoire*, JCP 1975.I.2736.

A.DORSNER-DOLIVET - *note sous Trib ;gr .inst. Bobigny, 3 ème ch.civ.09.02.1983 Melle P c. clinique du Bois d'amour et autre*, JCP 1984.II.20149.

- *Cass.civ.09.03.1983 G... c/ep.C...*, JCP 1984.II.20262.

- *CA Nancy (Ch. Mineurs), B...*, Gaz. Pal. 1984.II. p.132.

- *Versailles, 1ère Ch. 30.03.1989 B... et autre c/ Cts Boizard et a.*, JCP 1990.II.21505.

- *Sida et responsabilité des cliniques*, JCP G, 1995.I.3824.

- *Les préjudices liés à la naissance*, Resp. civ. et assur., Mai 1998 p.14.

A. DREISS, *Le juge des enfants et la santé des mineurs*, JCP G 1983.I.3125.

B. DREYFUS, *Evolutions cours et propositions nouvelles dans l'évaluation médico-légale des séquelles d'u dommage corporel*, Gaz. Pal., 17.03.2002, p.4.

B. A.H. DREYFUS, *De l'indépendance et du rôle des médecins-conseils spécialisés dans l'évaluation du dommage corporel*, Gaz. Pal. 24.10.1998, p.1409.

L. DUBOUIS, *-Doit-on sanctionner le médecin qui respecte le refus d'un malade de consentir à un traitement ?*, CE 29.07.1994, Garnier, RD sanit. soc. Janv.1995.

-La preuve de l'information du patient peut être faite par tous moyens, Cass.1^{ère} civ.14.10.1997 Guyomar c/Le Lay, RD sanit. soc. 1998 p.62.

- Actualité juridique des médecins (différents arrêts sur la perte de chances), RD sanit. soc. 1998 p.62.

G. DURRY, *- La faute du médecin diminuant les chances de guérison du malade*, RTD civ., 1967, p. 180.

- Faute médicale et perte de chances de survie, RTD civ. 1972, p.408.

- Note sous Cass. 1^{ère} civ. 17.11.1982, Dr G..., RTD civ. 1983.547.

E-F

C. EDON, *Vers un encadrement de l'exercice de la chirurgie esthétique*, Gaz. Pal. 01.05.2002 p.12.

J-M de FORGES, *Sida et indemnisation des préjudices résultant de contamination par transfusion sanguine*, RD sanit. soc. oct-déc. 1992 p. 555.

P. FRYDMAN, *Les incidences de l'intervention du Fonds d'indemnisation sur la détermination du préjudice réparable*, RFD adm. mai-Juin 1994 p.5 53.

G

A.GARAY, *-CE 29.07.1994, Garnier, Gaz. Pal.13.07.1995 p.367.*

- Consentement aux actes médicaux et droits des patients, Gaz. Pal. 1999 p.27.

Y. GAUDEMET, CE , 20.03.1991,*Ctre Hospitalier Régional de Toulouse c/ consorts Oulié*, RD publ.1991, chron..

G. GEST, *Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique*, RDP 1981, p.1645.

B. GIZARDIN, *Indemnisation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang*, Gaz Pal 27.11.1993, P.1315.

B. GLORION, *Le consentement et ses aspects déontologiques*, Gaz. Pal. 1999 doct. p.5 (n° spécial « *Consentement aux actes médicaux* »).

M.GOBERT, - *République, cour de cassation et échographie, A propos des arrêts d'assemblée plénière* du 13.07.2000 LPA 21.11.2001 p.7.

- *La cour de cassation méritait-elle le pilori ?*, LPA 08.12.2000 p.4.

A. GOSSEMENT, *Le juge administratif et le risque thérapeutique suspecté*, CAA Paris, 12.11.1999, Cts X c/ AP-HP, RD publ. 2001 p.1267.

E. GOUESSE, -*L'obligation d'information du médecin, A propos de deux arrêts de la Cour de Cassation* du 07.10.1998, LPA 09.06.1999 p.4.

- *Consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale*, Gaz.Pal.17.06.1999, doct. p .900.

- *Réflexion sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation*, LPA 25.01.2000.

GRIDEL, *TGI Montpellier*, 15.12.1989, JCP G 1990.II.21556.

S. GROMB, *L'expert et le consentement éclairé*, Gaz. Pal. 1999 p.15.

H. GROUTEL, -*Réparation ou inquisition (à propos des victimes en état végétatif)*, Resp. civ. et assur., hors série Déc.1998, p.68.

-la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, Resp.civ.et assur. Hors Série Déc.1998 p.172.

- L'indemnisation des transfusés contaminés : l'assemblée plénière prend position, Resp.civ.et assur. Hors Série Déc.1998 p.181.

- Cass. 23.02.1988, Krass et Sprenger, D.1988 jurisp.p ;311.

C.GUETTIER, - *CE 01.2000, Epx.TELLE c/Guilbot*, RD publ. Mars 2001.

- *Responsabilité administrative et responsabilité civile : destins croisés*, Resp. civ. et assur. Hors série Juin 2001 p.30.

- *L'obligation d'information des patients par le médecin*, , Resp civ. et assur., Juillet-Août 2002, p.4

J. GUIGUE, - *La responsabilité du fait anesthésique*, Gaz.pal. 24.10.1998 p.1384.

- *Note sous C. cass., C.D.T.S. de l'Essone et a. c/ Cts X...*, Gaz. Pal.13.07.1995, jurisp.p.344.

- *Note sous Cour d'Appel de Paris, 1^{ère} ch. B*, 16.12.1994, J-F Chicancard et P. Riscala c/N. Dupas, Gaz. Pal.13.07.1995, p.352.

- *CA de Paris 1^{ère} ch. B., 02.04.1999 M. Verges et a. c/ L. Lentin et a., Gaz. Pal.17.06.1999 jurisp. p.387.*

- *Présentation de la loi relative aux droits des malades, Gaz. Pal. 01.05.2002 p.2.*

H

J. HARDY, *Transfusion sanguine : un cas de cumul de responsabilités publique et privée, JCP G 2001.II.10584.*

M. HARICHAUX, *L'obligation du médecin de respecter les données de la Science, JCP G 1987.I.3306.*

M. HEERS, - *Existe-t-il un droit à l'avortement, A propos de la responsabilité d'un hôpital du fait de la non-révélation d'une anomalie fœtale, RD sanit. soc.1991 p.69.*

- *Conclusions sur TA Strasbourg, 17.07.1990, Sokal c/ Hôpital Notre-Dame du bon secours, Gaz. Pal.1991.jurisp. p.53.*

- *Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient, RFD adm. 1998 p.1231.*

- *L'indemnisation de la perte d'une chance, Gaz. Pal.22.03.2000 p.525.*

C. HERMON, *Responsabilité sur faute des hôpitaux et conditions imposées, CE 03.11.1997, Gaz .Pal.10.03.1998, p.341.*

P. HUBERT, *Le fait de ne pas informer les débiteurs d'aliments des conséquences financières du transfert d'une personne âgée hospitalisée dans un établissement de long séjour engage la responsabilité de l'hôpital, CE 11.01.1991 Dame Biancale, RD sanit. soc. 1991 p.269.*

J-K

C. JACQUINOUT, *Révision de la loi sur la bioéthique, Gaz. Pal.17.06.1999 p.878.*

C. JONAS, *C. cass. 1^{ère} civ. 10.06.1997, D... c/ cts c..., Gaz. Pal.25.10.1997 p.624.*

P. JOURDAIN , - *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, La perte d'une chance, dommage par ricochet, RTD civ. 1996 p.912.*

- *Le préjudice et la jurisprudence, Resp. civ. et assur. Juin 2001 H.S. p.44.*

M. JOUVIN, *Conclusions sur CE 07.03.1958, Secrétaire d'Etat à la santé publique c/ Dejours*, RD publ. 1958 p.1087.

G. JULIEN, *De la difficile preuve du lien de causalité en matière de contamination sanguine, Toulouse 04.10.1999 Cts U c/Axa assur.* LPA 04.08.2000 p.18.

L

Y. LACHAUD, *Causalité indirecte et faute qualifiée en responsabilité médicale après la loi du 10.07.2000*, Gaz. Pal. 07.09.2001 p.10.

Y. LACHAUD-LAVELIN, *La responsabilité pour défaut d'information*, Gaz. Pal.17.06.1999 p.854.

A. De LAJARTRE, *La responsabilité hospitalière relative aux « premières médicales » (Jurisprudence Gomez et loi Huriet)*, AJDA Juillet 1997, p.563.

M. LAROQUE, *La réparation de la perte de chances*, Gaz. Pal. 07.11.1985, p.607.

Y LAMBERT FAIVRE, *La victime d'un dommage corporel et son avocat*, Gaz. Pal 07.12.1999 p.1272.

C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Quelle(s) réparation(s)*, Resp. civ et assur., n°spé Juin 2001.

C LAROUMET, *L'indemnisation de l' aléa thérapeutique*, D.1999, Chron.p.35.

M. LEBEAU, *Responsabilité et contaminations post-transfusionnelles*, Gaz. Pal.17.06.1999 p.880.

P-A LECOCQ, *Une nouvelle avancée du risque comme fondement de la responsabilité de l'hôpital*, LPA 09.01.1998 p.16.

F. LEDUC, *-Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile*, RD sanit. soc. Fév.2001 p.4.

-L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux, Hors série Resp. civ. et assur. Juin 2001, p.50

C.LELONG, *« Le droit médical doit préserver la frontière entre la faute et l'aléa »*, LPA 20.03.1998 p.4.

F LEMAIRE, *Refus d'un préfet d'autoriser l'inhumation d'un défunt dans une propriété par cryogénéisation, TA St Denis de La Réunion, Cts Leroy C/préfet*, JCP G 05.04.2000.II.10287.

LINDON, *Conclusions sur Cass . ch mixte 27.02.1970 Vve Gaudras c.Dangereux*, JCP 1997.II.16305.

M-N

J-G. M, *Du souci du législateur d'assurer enfin pour tous une réparation équitable du dommage corporel*, Gaz. Pal. 17.03.2002, p.2.

F. MALLOL, *Responsabilité hospitalière : le juge, le préjudice et le handicap mental*, Note sous CE, 14.02.1997, Ctre hosp. De Nice, RD sanit. soc. 1998 p.94.

J. MARTINEZ , *-Echec d'une stérilisation contraceptive et responsabilité de l'hôpital public*, TA Strasb.21.04.1994 Mme H/hospices civils de Colmar, RFD adm. 1994 p.1223.

- *Conclusions sur TA Strasbourg, 21.04.1994, Mme M...c/hospices civils de Colmar*, RDP 1994 p.1839.

B. MATHIEU, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique*, RFD adm. 1997, p.384.

R-M MEDOUZE, *L'arrêt Gomez, ou la naissance d'une responsabilité sans faute dans les hôpitaux publics pour risque d'utilisation de thérapeutique nouvelle*, RD sanit. soc. 1991 p.258.

L. MELENNEC, *Les médecins-conseils des compagnies d'assurance sont juridiquement dépendants de leurs employeurs*, Gaz. Pal. 24.10.1998, p.1403.

G. MEMETEAU, - *CE, 29.01.198, Mme Labidi*, JCP 1989.II.21222.

- *Défaut d'organisation d'une clinique*, JCP G.II.10384.

- *Pertes de chances et responsabilité médicale*, Gaz.pal.25.10.1997 p.1367.

- *Des médecins qui avaient peur du droit...*, Gaz. Pal.07.09.2001 p.5.

F. MEMMI, *Sida et responsabilité civile*, Gaz. Pal 27.04.1993, p.533.

P. MISTRETTA, *La loi n°2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Réflexions critiques sur un droit en pleine mutation*, JCP G, 12.06.2002, p.1075.

L.MOATTI, « *En l'absence de faute du médecin, existe-t-il un préjudice ?* », Gaz.pal.03.11.1988 doct.p.672.

J. MOREAU, - *CAA Lyon, 21.12.1990, Cts Gomez*, JCP 1991, II, 21698, p.238

- CE 10.04.1992 Ep. V..., JCP G 1992.II.21881.
 - CE 09.04.1993, Bianchi, JCP.1993.I.22061.
 - CE 14.02.1997 Ctre Hosp.rég de Nice, JCP 1997.II.22828
 - *Les médecins et chirurgiens doivent informer les patients ces risques encourus même si ces derniers ne se réalisent qu'exceptionnellement*, JCP G 2000.II.10271.
- P. MURAT, *La cour de cassation et la vie humaine : où va le droit commun ?*, D. de la famille, 01.11.2001 p.10.

C. NOIVILLE, *L'extension du contenu de l'obligation d'information du médecin*, LPA 05.05.1999, p.4.

P

- P.B., Paris 1^{ère} ch. 20.02.1946, *Vve Gaillot c. Dr Guillot*, JCP G 1946.II.3075.
- M. PAILLET, *A propos de l'arrêt Bianchi : observations sur la responsabilité hospitalière pour « risque exceptionnel »*, CE, 09.04.1993, Bianchi, RD publ. 1993, p.1099.
- F-J PANSIER,- *Trib. Enfants, 20.12.1996, Ep. Sthorez c/ Ministère public*, Gaz. Pal.25.10.1997 jurisp. p.627
- *Le consentement à l'hôpital*, Gaz Pal.1999 p.11.
 - *Commentaire de la loi du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades*, LPA 13.03.2002.
- F-J PANSIER et C. CHARBONNEAU, *La déontologie des professions et l'information des usagers du système de santé*, Gaz. Pal. 01.05.2002, p.28.
- H. PAULIAT, *Le risque thérapeutique et la responsabilité médicale et hospitalière sans faute*, LPA 13.06.1994 p.15.
- M-A PEANO, *Victimes en état végétatif: une étape décisive*, Resp. civ. et assur., Hors série Déc. 1998 p.69.
- V. PECRESSE, *Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique*, RFD adm. 1997 p.374.
- P. PELLOUX, *Table ronde (sur le consentement)* Gaz. Pal. 1999 p.39.
- J. PENNEAU :
- *Cass.civ.16.12.1975 Sieur A.*, JCP 1979.II.18503fdh

- *TGI Evreux, 21.12.1979 Delle G... c/clinique X*, D.1981 jurisp. p.186.
- *Paris, 1^{ère} ch. B., 18.12.1980, Rethy c/ Dubois*, D.1981, som. com.p.256.
- *Cass., 1^{ère} civ, 24.03.1981*, D. 1981, 545
- *09.05.1983 Dr G... c/ Ep. Coffard*, D.1984 jurisp .p.122.
- *C.cass.08.01.1985, Corson c.Gutmarcher et autre et 27.03.1985 Consorts Peyras C. SARL Clinique Juge et autre*, D.1986 p.390.
- *Droit médical*, D.1985 som. com. p.363.
- *Droit médical*, D.1991 som.com.p.176.
- *Note sous Cass. 1^{ère} civ., 25.06.1991, Melle X.. c. Y...*, JCP 1992. II.21784.
- *Note sous Versailles, 1^{ère} ch ;, 30.03.1989, Baudouin et a. c/ Cts X... et a.*, D. 1991, som. com. p.182.
- *Le consentement face au droit de la responsabilité médicale*, Gaz. Pal.1999 p.7.
- *Le défaut d'information en médecine*, D.1999, jurisp. p.46.

R. PERROT , *Note sous Cass .section civ.29.05.1951, Consorts Martin c/ BIROT*, JCP G 1951.II.6421.

I. POIROT-MAZERES, *La notion de préjudice*, RD publ. 1997, p.519.

J. POUSSON-PETIT, *Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents*, Droit de la famille, Fév.2001 p.4.

R

RABUT, - *Cass. 1^{ère} Ch. 25.04.1945, Dr X... c/Y...* JCP G 1946.II.3161.
 - *Cass.civ 1^{ère} 18.03.1969, Dr M... c.Dame Karoubi et Cass.civ;1^{ère} 27.01.1970, Dr F... et le sou médical c/dame Chicheportiche*, JCP 1970.II.16422.

C RADE, -*Alea jacta est*, Resp.civ et assur. Juin 2001 p.6.
 - *Etre ou ne pas naître, telle est la question*, Resp. civ. et assur. janv.2001

S. RAMEIX, *Quelles sont les dimensions éthiques de l'expression et du respect du consentement aux actes médicaux ?*, Gaz. Pal. 1999 (n° spécial « consentement ») doct. p.40.

J. ROCHE-DAHAN, *C.Cass 26.03.1996 X et autre c/Epoux X et 26.03.1996 Epoux Z c/Y et autres*, D.1997 p.34.

A-M ROMANI, *-L'indemnisation de l'accident médical (Du domaine réservé de l'obligation de sécurité résultats)*, LPA 29.05.2001 p.4.

- *Regards sur la causalité*, LPA 08.06.2001 p.12.

S

P. SARGOS, *Cass 1^{ère} civ .08.07.1997 : Meurice c/ Cortet et a. ; Rocq c/ Chasseriau*, JCP G 1997.II.22921.

E. SAVATIER, *C.Cass. 1^{ère} civ.26.05.1999, Clinique Victor Pauchet de Butler*, D.1999 jurisp. p.718.

R. SAVATIER, - *Montpellier 3^{ème} ch. 30.01.1951 Dr X c/ Semenou ; Aix, 1^{ère} ch., 09.07.1951...* JCP G 1952.II.6743.

- *Lyon 1^{ère} ch.17.11.1952 Dr X... c/Delle Beynel*, JCP G 1953.II.7541.

- *Paris 1^{ère} ch.20.04.1953 Epx Dubosz c.Dr X...*, JCP 1953.II.7663.

- *Cass. crim. 02.10.1958, Porchas et autres c.Dr X...*, JCP 1958.II.10834.

- *Cass. civ. 1^{ère} ch., 14.12.1965, Dr P... c/ M.. et Dr B...*, ; *Paris, 1^{ère} ch., 10.03.1966, T... c/ SA Clinique X... et Dr Y...*, JCP G 1966.II.14753.&

- *Cass.civ.29.10.1969 Dr N... c. Lhéronnelle, Clinique Z et Dame Y...*, JCP G 1969.II.15799.

- *Cass. crim. 22.06.1972, X... et Y... ; Cass.crim.22.06.1972 Sarrazin et N...*, JCP G 1972.II.17266.

- *Cass.civ. 27.03.1973, X... c/Vve Andry, Cass.civ.1^{ère} Y...c/Clinique N... et dame B... ;...*, JCP G 1974.II.17643.

- *Note sous C. Cass. Belge, 23.09.1974*, JCP 1976 II 18216.

- *Cass. crim 09.06.1977 Bucher*, JCP 1978 .II.18839.

- *Cass. civ. 02.05.1978, Mandryka C/ Franck et a.*, JCP G 1978.II.18966.

S.I.R.I.F., *La responsabilité médicale : Enjeux, réalités, perspectives*, Gaz.pal.24.10.1998 p.1448.

H SLIM, *La jurisprudence Perruche saisie par les conditions légales de l'interruption de grossesse pour motif médical*, Resp. civ. et assur. Déc.2001 p.4.

C. SOGNO, *Conclusions sous TA Grenoble, 21.02.2000, Syord*, AJDA 2000 p.665.

M. SOUSSE, *Quelle réforme en matière de responsabilité médicale*, LPA 12.10.1994, p.24.

M. STIRN, *Conclusions sur 17.02.1988 Ep.Camara*, D.1989 jurisp.p.41.

F. STRASSE, « *Le droit médical doit réserver la frontière entre la faute et l'aléa* », LPA 20.03.1998 p.4.

T

J-P TAUGOURDEAU, *Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique*, AJDA Nov. 1974 p.509.

B. TEYSSIE, -*Droit des personnes, (commentaire de différents arrêts)*, JCP G 1997.I.4052.

- *Droit des personnes (différents arrêts)*, JCP G 17.05.2000.I.229.

C. THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité*, RTD Civ. 1999 p.561.

P. le TOURNEAU, *Note sous CA de Riom 06.07.1989, Dr Y... c. Melle X...*, D.1990 jurisp.p.284.

H. de TOUZALIN, *Le refus de consentement à un traitement par les parents d'un mineur en danger de mort*, JCP G, 1974.I.2672.

D. TRUCHET, -« *Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réparer* », RD sanit. soc. janv-mars 1993, p.1.

- *La décision médicale et le droit*, AJDA 20.09.1995 p.611.

A. TUNC, *Perte d'une chance suite à une erreur de diagnostic*, RTD. civ.1963, p.334.

V-W

F. V. ,*CE 08.12.1989 Hairo Lescure*, RD sanit. soc. 1991, p.65.

F. L. et P. VAYRE, -*La décision médicale et le droit*, AJDA 20.09.1995 p.611.

- *Les confins du dommage par aléa et par faute : grille pour expertise technique en responsabilité médicale*, Gaz.pal. 23.03.2000 p.530.

P.VESPIEREN, *-Le refus de soin entraînant un conflit médecin-malade : aspect éthique*, Gaz. Pal. 1999 p.44.

-La grande souffrance et les demandes du malade, Gaz. Pal. 1999 p.44.

D. VIGNEAU, *L'atteinte involontaire, de la part d'un médecin, à la vie d'un enfant à naître n'entre pas dans les prévisions des art.319 ancien et 221-6 du code pénal*, C. Cass. crim.30.06.1999, D.1999 p.710.

J-G de VILLENEUVE, *Cass.civ. 1^{ère} 14.12.1965 Dr P... c/M... et Dr B... ; Paris, 1^{ère} ch.10.03.1966 T... c/Clinique X et Dr Y...*, JCPG1966.II.14753.

G. VINEY, *Responsabilité civile*, JCP 1996, I, n°3985, p.492.

J. WALINE, *Note sous CE 14.02.1997 Ctre hospitalier régional de Nice*, p.1139.

JURISPRUDENCE.

Angers 1^{ère} ch. 04.03.1947 Birot c/ J... et M..., JCP 1947.II.3525.

Aix, 1^{ère} ch., 27.02.1952, G... c. Dr X... et a., JCP 1952.II.6870.

Paris 1^{ère} ch. 20.04.1953, Epoux Dubosc contre Dr X..., JCP 1953 .II.7663.

Cass. civ. 27.10.1953, Bournoville et autres c.Gossard, JCP G1953.II.7891.

Gaz. Pal.1954, jurisp.p.149.

Cass. civ. 1^{ère} ch., 07.11.1961, Dr X... c/ Y..., D.1962, som. com. p.72.

Cass. . 09.11.1961 Guimarel c/X... Gaz. Pal 1962 p.104.

Cass. civ. 1^{ère} ch., 14.12.1965, Dr X... et Sou méd. C/ M... et a ., ; 07.03.1966, Dr X... c/B..., D. 1966, jurisp. p. 453.

C. Cass. 17.11.1969 Vve V... c. Dr X... D.1970, jurisp.p.86 ; RTD civ. 1970 jurisp. p.85.

Cass. civ. 1^{ère} 25.05.1971 Dr G... c. Perret et autres ; Cass. Civ 1^{ère}25.05.1971 Delle S...c. Perret..., JCP 1971.II.16859.

Cass. crim. 23.11.1971 Neyer c. Breyer, D.1972 jurisp.p.225.

CE 22.12.1976 APHP c.dame Derridj et autres, JCP 1978.II.18792.

Cass. civ. 1^{ère} ch., 12.11.1985, M. Konstantinow c/ Dr Manrique et a., Bull. civ. 1985 p.265.

CE 27.09.1989, Mme K... AJDA 1989 p.776.

Cass. 1^{ère} civ. 07.06.1989, M. parisi c/ M. Vignes, Bull. civ. 1989 p.130 n°230.

Riom, 1^{ère} ch., 06.07.1989, Picard c. Melle P., JCP G 1989.IV.342.

Civ. 1^{ère} 10.01.1990, Cts Sigillo et a. c/ Mme Malle Dupuis et a. ; civ., 1^{ère}, 05.02.1991, Cts Mabirec/ Calendrier et a., D. 1991, som. com. p ;358.

Aix-en-Provence, 23.04.1990, Cts X...c/Y... et a., D.1991 som. com. p.360.

Pau, 1^{ère} ch.08.03.1990, Ep. David c/ Gosse-Gardet et a., D.1991, som. com., p.362.

Paris, 1^{ère} ch. B., 14.09.1990, Corson et Mlle Mounis ; Versailles, 1^{ère} ch., 17.01.1991, Mondin c/ Mme Pillet et a., ..., D.1991, som. com., p ;359.

Cass. Civ. 1^{ère}, 16.07.1991 X c/ep.Y et A., JCP 1992.II.21947.

Cass. civ 25.06.1991, Melle X... c/ Y... JCP 1992.II.21784.

D.1995 som.com.p.101.

CA Paris, 1^{ère} ch. B., 29.10.1993, Michaud c/ Attuil et a., D.1995p.98.

CA Paris, 1^{ère} ch ; B, 17.12.1993, Ponnoussamy et a. c/ Perruche et a., D.1995, som.com. p.98.

CA Paris, 1^{ère} ch. B, 11.02.1994, Mme Delachaume c/ Bendjou et a., D. 1995, som. com., p.100.

CEDH 04.12.1995, Bellet c/France, D.1996 p.357.

CAA Nancy, 29.01.1998 Kaluska, LPA 30.10.1998 p.14.

Cass. 1^{ère} civ., 07.07.1998, Lafosse-Martin c/ Sté Clinique St-Martin et a., Resp. civ. et assur..., Nov.1998 p.18.

Indemnités : dommage corporel (différents arrêts), Gaz. Pal. 1999 Somm. Et notes p.813.

C.Cass12.11.1999 Consorts H ; Consorts K..., RFD adm.janv.2000, p.179.&

JCP 2000 somm. de jurisp., p.1885.

Cass. 2^{ème} civ. 04.05.2000 Cts Ourhamoune c/ M... et a., Resp. civ. et assur., p.12.Cass.1ère civ. 18.07.2000 Dame F. c/ clinique St Oren et autres, Resp.civ et assur Déc2000 n°371p.16.

Cass. 1^{ère} civ. 18.07.2000, Sioly c/ Me Pouly, JCP G somm.et jurisp. Et j. P.1885

C. cass., 1^{ère} ch. Civ., 08.11.2000, RTD civ. 2001 p. 154, obs. MESTRE.

CAA Nantes, 2^{ème} ch., 28.02.2001, G..., Req. 96NT02322, Resp. civ. et assur. Juillet-Août 2002 p.15.

CAA Paris, 3^{ème} ch., 19.06.2001, Cts C..., Req. N°98PA03970, Resp. civ. et assur. Juillet-Août 2002 p.15.

Cass.plén.13.07.2001 Ep.X c/y et autres Resp.civ et assur, sept.2001p.20.

Cass.plén.13.07.2001 X c/ Dame Y et a., Resp.civ et assur., sept.2001p.20.

Cass.1^{ère} civ.09.10.2001 Dame G c/ Le Cam ; A.C c/Christophe et autres, Resp.civ ;et assur déc2001 p.20.

Cass. ass. Plén. 28.11.2001, Ep. X... c/ Dr Y, LPA 30.11.2001 p.4.

.

TEXTES.

Loi n°89.1014 du 31.12.1989 portant adaptation du Code des Assurances à l'ouverture au marché européen, JO 03.01.1990 p.63.

Loi du 09.06.1999, JO 10.06.1999 p.8487 relative à l'accompagnement des personnes en fin de vie et JCP G 23.06.1999 p.1172.

Loi n°2001-588 du 04.04.2001, JO 07.07.2001 p.10823, relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

L. n°2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé , JO 05.03.2002, p.4118.

PRESSE.

P. BENKIMOUN, L'assemblée nationale limite l'indemnisation des parents dans le cadre de l'arrêt Perruche, Le Monde, 14.02.2002.

P. BENKIMOUN, Les fonds d'indemnisation des victimes se sont multipliés, Le Monde, 23.05.2002, p.10.

- C. PRIEUR, *A Paris, un dossier pénal instruit depuis dix ans dans l'ombre de l'affaire du sang contaminé*, Le Monde, 23.05.2002, p.10.
- R. BENGUIGUI, *A Montpellier, le premier procès de l'hormone de croissance*, Le Monde, 23.05.2002, p.10.
- S. BLANCHARD et P. KREMER, *Vingt cinq ans après, les « filles distilbène » demandent réparation*, Le Monde, 25.05.2002, p.8.
- S. BLANCHARD, *Les médecins français sont restés sourds aux alertes jusqu'en 1977*, Le Monde, 25.05.2002, p.8.
- S. BLANCHARD, *La Cour de Cassation invite à donner le statut de personne à l'enfant à naître*, Le monde 08.06.2002, p.11.
- L. LEROUX, *Le médecin de Salon-de-Provence utilisait ses patients comme cobayes*, 12.06.2002, p.15.
- J-M. DUMAY, *Malaise après les motivations du non-lieu pour le sang contaminé*, Le Monde, 07.07.2002 p.8.
- A-F HIVERT, *Un arrêt qui résonne « comme une insulte pour des milliers de victimes »*, Le Monde, 07.07.2002 p.8.
- R. BENGUIGUI, *L'Institut Pasteur conteste sa responsabilité dans l'affaire de l'hormone de croissance*, 11.07.2002, p.11.
- L'affaire des jumeaux vue par la presse de Londres*, Le Monde 11.07.2002, p. 16 (Courrierinternational.com).
- E. PHILIPPART, *Errements natals d'une clinique chic*, Libération 19.07.2002 p.15.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE : _____	A
LISTE DES ABREVIATIONS : _____	B
INTRODUCTION : _____	1
PARTIE I : _____	10
Existence et incidence d'un préjudice dont le caractère direct est sujet à caution.	
CHAPITRE I : _____	11
La perte de chances, ou l'avènement d'une responsabilité sans lien de causalité ?	
SECTION I : _____	11
L'incertitude du lien causal dans les hypothèses « classiques » de perte de chances.	
Paragraphe 1 : _____	12
<i>Illustrations de la mansuétude du juge dans l'appréciation du caractère direct du préjudice</i>	
Paragraphe 2 : _____	17
<i>Une approximation inéluctable du lien de cause à effet dans le cadre de la perte de chances...</i>	

SECTION II : _____	22
Problèmes de consentement et perte de chances : le degré supérieur du relâchement causal.	
Paragraphe 1 : _____	22
<i>La fin du paternalisme médical ou l'impérieuse nécessité d'un consentement éclairé.</i>	
Paragraphe 2 : _____	25
<i>Une notion « détournée » dans le cadre des problèmes d'information et de consentement ?</i>	
CHAPITRE II : _____	32
Le relâchement du lien causal, base d'une notion fonctionnelle ?	
SECTION I : _____	32
La perte de chances, une notion au carrefour des responsabilités pour faute et sans faute?	
Paragraphe 1 : _____	33
<i>Un subterfuge de la juridiction judiciaire pour indemniser partiellement l'aléa thérapeutique...</i>	
Paragraphe 2 : _____	38
<i>La responsabilité sans faute, une alternative à la perte de chances ?</i>	
SECTION II : _____	42
Un lien causal ténu accepté au civil mais apparemment pas au pénal...	
Paragraphe 1 : _____	42
<i>La possible combinaison d'une densification de la faute et d'un lien de causalité affaibli dans le cadre de la responsabilité civile.</i>	

Paragraphe 2 : _____ 46

*De la quasi impossibilité d'introduire la perte de chances au pénal
en l'absence de certitude quant au lien causal.*

PARTIE II : _____ 54

**La perte de chances, une notion à appréhender
sous l'angle du préjudice.**

CHAPITRE I : _____ 55

La perte de chances, un préjudice « classique » ou teinté d'originalité?

SECTION I : _____ 55

Les rapports ambigus de la perte de chances et du préjudice.

Paragraphe 1 : _____ 55

La perte de chances, un préjudice à la fois certain et « distinct ».

Paragraphe 2 : _____ 59

*Le incidences (paradoxe ?) de l'évolution de la notion de préjudice
sur la notion de perte de chances.*

SECTION II : _____ 64

Evolution et évaluation du préjudice de perte de chances.

Paragraphe 1 : _____ 65

Le passage de la perte de chances de ne pas subir à deux types

de perte de chances, celle de ne pas voir sa situation s'aggraver et celle d'agir.

Paragraphe 2 : _____ 68

L'évaluation des chances perdues, un problème complexe.

CHAPITRE II : _____ 76

La perte de chances, ou les affres du principe

« tout le préjudice, rien que le préjudice ».

SECTION I : _____ 76

La perte de chances, entre indemnisation symbolique et réparation intégrale.

Paragraphe 1 : _____ 77

*De longues hésitations jurisprudentielles sur la manière
d'indemniser la perte de chances.*

Paragraphe 2 : _____ 79

Un récent consensus sur la manière d'évaluer ce préjudice...

SECTION II : _____ 84

La perte de chances, une panacée ou un pis-aller?

Paragraphe 1 : _____ 84

*Une solution équitable, ou un instrument dévié permettant
de sous-indemniser les victimes?*

Paragraphe 2 : _____ 88

Une évaluation approximative de la valeur vénale du préjudice ?

CONCLUSION : _____ 94

BIBLIOGRAPHIE : _____ I

TABLE DES MATIERE : _____ XX