

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Quelques réactions autour du devenir de la perte de chance

Colette-Basecqz, Nathalie; HAUTENNE, Nathalie

*Published in:*

Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement

*Publication date:*

2008

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Colette-Basecqz, N & HAUTENNE, N 2008, Quelques réactions autour du devenir de la perte de chance. dans *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement* . vol. 1, Centre de droit médical et biomédical , Bruylant, Bruxelles, pp. 387-394.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# QUELQUES RÉACTIONS AUTOUR DU DEVENIR DE LA PERTE DE CHANCE

PAR

NATHALIE COLETTE-BASECQZ

CHARGÉE DE COURS À LA FACULTÉ DE DROIT DES F.U.N.D.P.,  
AVOCATE AU BARREAU DE NIVELLES

ET

NATHALIE HAUTENNE

SUBSTITUT À L'AUDITORAT DU TRAVAIL DE NAMUR ET DINANT

1. – La question sur laquelle nous avons été invitées à réagir, à savoir le devenir de la perte de chance, est essentielle car elle porte sur des éléments qui sont au cœur même de la responsabilité médicale. Elle nous concerne tous, au premier chef, eu qualité de patients en puissance ou en devenir. Dans le domaine médical, la perte de chance peut être celle de la guérison, de la survie, ou encore d'un traitement moins lourd, comportant moins de séquelles. En outre, l'évolution jurisprudentielle, de 1984 à 2006, questionne aussi, de façon plus profonde et complexe, les raisons de ces perceptions différentes des contours de la responsabilité.

Sans donner une critique exhaustive de cette évolution, nous proposons quelques pistes de réflexion, dans le prolongement de la contribution de Nicolas Estienne.

2. – Partant du constat que la médecine n'est pas une science exacte, et que tout acte à caractère médical côtoie, de près ou de loin, la notion de risque, est-on disposé à accepter la prise d'un risque minimal inhérent à toute pratique humaine ou est-ce que la prise même de ce risque constitue déjà un dommage indemnisable ?

Le risque, inhérent à l'activité médicale, doit être mesuré, au cas par cas, par les praticiens appelés à intervenir sur la personne du patient. Si, par leur comportement fautif, ils causent au patient un

préjudice constitué par la privation d'un espoir de guérison, de rétablissement d'un état de santé plus favorable, ne leur appartient-il pas d'en supporter les conséquences dans le strict respect des règles régissant la responsabilité? Est-il légitime de faire courir, par faute ou négligence, des risques supplémentaires à un patient alors que l'on pouvait les éviter? Faut-il dès lors nier toute responsabilité et ne jamais indemniser les victimes au motif que la médecine n'est pas une science exacte et n'apporte que très rarement des certitudes?

Comme l'a fait remarquer le Professeur Hennau-Hublet, «cette théorie (de la perte de chance) trouve son origine dans le souci qu'éprouve la jurisprudence civile de ne pas refuser toute indemnisation à la victime d'une faute médicale, dont le caractère causal à l'égard du dommage subi était difficilement démontrable, puisque venant précisément en concours avec un processus morbide dont l'évolution spontanée pouvait à elle seule aboutir à un état lésionnel du patient ou à son décès»<sup>1</sup>.

3. – Rappelons qu'au pénal, la notion de perte de chance ne peut être admise au titre d'élément constitutif de l'infraction pouvant donner lieu à une responsabilité pénale. En effet, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale commande que l'on n'applique pas de façon extensive les incriminations, en se satisfaisant par exemple d'une perte de chance là où le législateur a défini, dans le libellé de l'infraction, le dommage visé (par exemple la mort, la blessure, ... dans les atteintes à la vie et à l'intégrité physique ou mentale)<sup>2</sup>.

Par ailleurs, les critères d'appréciation du lien causal diffèrent selon que l'on se situe au pénal ou au civil<sup>3</sup>. Au pénal, en vertu de la théorie de la causalité adéquate, le lien causal est établi si la double preuve est rapportée de l'existence d'un rôle causal et d'un pouvoir causal. Il convient dès lors d'établir que sans la faute, le dom-

mage ne se serait pas produit tel qu'il est arrivé *in concreto* (rôle causal). En outre, il faut également prouver, dans un deuxième temps, que le comportement fautif était de nature, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie, à produire le résultat dommageable (pouvoir causal). En revanche, au civil, la théorie de la causalité *sine qua non* se satisfait du seul rôle causal<sup>4</sup>.

Enfin, les principes régissant l'administration de la preuve au pénal commandent que l'acquiescement soit prononcé lorsqu'il demeure un doute sur les éléments constitutifs de la responsabilité<sup>5</sup>.

4. – Dans le domaine du droit de la responsabilité civile, et plus particulièrement du droit médical, rien n'empêche l'indemnisation de la perte de chance, pour autant que les trois conditions de la responsabilité soient établies, à savoir une faute, un dommage et un lien causal. Dans ce cadre, la perte de chance doit être avérée et réelle pour donner lieu à indemnisation sur base des dispositions régissant la responsabilité civile<sup>6</sup>.

5. – Plusieurs considérations critiques<sup>7</sup> soulignent, non sans fondement, le caractère artificiel de la distinction entre les conceptions restrictive et extensive de la perte de chance. Dans la première conception, la perte de chance est le dommage constitué par la perte certaine d'un avantage probable. Selon la conception extensive, qui donne lieu à une plus vive résistance<sup>8</sup>, il s'agit de la perte d'une chance d'éviter un dommage.

Que l'on se situe dans le cadre de l'une ou de l'autre de ces conceptions, ne s'agit-il pas, dans tous les cas, d'un patient, qui par la faute commise à son égard, subit un dommage constitué par la perte d'une chance de recevoir un traitement moins lourd ou moins

<sup>4</sup> Voy. G. SCHAMPS, «La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité», in *Le défaut de prévoyance à l'épreuve des faits et du droit*, R.D.P.C., 1994, p. 390.

<sup>5</sup> Ainsi que cela découle de la présomption d'innocence et de l'adage *in dubio pro reo*; J. VERHAEGEN, C. HENNAU-HUBLET, *Droit pénal général*, op. cit., p. 120, n° 127.

<sup>6</sup> Y.-H. LELEU, G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001, p. 128.

<sup>7</sup> N. ESTIENNE, «L'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales?», *J.T.*, 2005, pp. 359-361; C. EYBEN, «La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée?», *R.G.D.C.*, 2005, p. 308; E. MONTERO, A. PÜRZ, «La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire?», obs. sous Cass., 1<sup>er</sup> avril 2004 et Mons, 10 oct. 2005, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1086-1092.

<sup>8</sup> J.-L. FAGNART, «Petite navigation dans les méandres de la causalité», *R.G.A.R.*, 2006, n° 14080; J.-L. FAGNART, «La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain», in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 73-101.

<sup>1</sup> C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 237, n° 457.

<sup>2</sup> N. COLETTE-BASECQZ, N. HAUTENNE, «Les critères d'appréciation de la faute des médecins et du lien causal avec le dommage dans le cadre de poursuites pénales du chef d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique», *T. Gez / Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 310; A. MASSET, «La perte d'une chance de survie retenue comme élément de l'homicide involontaire», *R.G.A.R.*, 1999, n° 13153.

<sup>3</sup> C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, op. cit., p. 230; J. VERHAEGEN, C. HENNAU-HUBLET, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 105, n° 174.

attentatoire à sa santé? Son dommage n'est-il pas réel, certain, en rapport de causalité avec la faute, même s'il ne peut certes donner lieu à une réparation intégrale du dommage causé par les lésions qu'il a encourues suite à l'acte médical?

6. – Steven Lierman propose quant à lui une approche intermédiaire, entre les conceptions restrictive et extensive, de la théorie de la perte de chance<sup>9</sup>. Selon l'auteur, cette théorie ne pourrait s'appliquer que dans la situation où la preuve est établie qu'avant la réalisation de l'acte fautif d'un tiers, le patient avait une chance de guérison ou de survie et que, par la faute du tiers, cette chance a disparu avec une probabilité avoisinant la certitude. Cela suppose que soit rapportée la preuve d'un lien de causalité *sine qua non* entre la faute du tiers et la perte de chance de guérison ou de survie. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1984<sup>10</sup>, se rapportant à l'amputation, s'inscrit dans cette approche, puisque avant la faute commise par le médecin, le patient ne disposait déjà plus de toutes ses chances de guérison mais pouvait néanmoins espérer d'éviter l'amputation de sa jambe, si une intervention avait eu lieu plus rapidement.

En revanche, selon le point de vue de l'auteur, la théorie de la perte de chance ne trouverait pas à s'appliquer lorsque, avant cet acte fautif, le patient avait toutes ses chances de guérir et qu'aucune indication d'issue négative ne se profilait. Dans ce cas, en vertu des règles classiques de la responsabilité civile, le dommage porte sur la détérioration de la santé du patient ou son décès. Il s'agit d'un dommage effectif et non d'une simple perte de chance. Une réparation intégrale du dommage est dès lors due.

7. – La jurisprudence qui nous a été présentée semble être le signe d'un revirement dans l'indemnisation de la perte de chance. Dans son arrêt du 12 mai 2006<sup>11</sup>, la Cour de cassation a ainsi décidé que le lien causal n'est pas établi lorsqu'il subsiste une incertitude entre la faute reprochée au médecin et le dommage. Dans le cas d'espèce, la faute consistait en un manquement du médecin à son obligation d'information préalable du patient sur la polypectomie et ses risques. Quant au dommage, il portait sur la perforation de l'intestin.

Nous remarquons que cette perforation intestinale n'était pas due à un acte médical mais à des complications connues mais relativement peu fréquentes de la polypectomie.

La perte de chance dont il était question dans cette affaire était celle d'éviter les complications médicales. La Cour de cassation l'a expressément rejetée.

8. – La nécessité de rapporter la preuve certaine d'un lien causal unissant la faute et le dommage, rappelée par la jurisprudence, s'inscrit parmi les conditions d'application de la responsabilité<sup>12</sup>. Elle ne nous semble nullement mise à mal par le recours à la théorie de la perte de chance. En effet, si l'on admet que le dommage peut comprendre toute atteinte portée à un droit subjectif ou à un intérêt légitime, la certitude de ce lien causal existe aussi pour un dommage consistant spécifiquement en la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque.

Par ailleurs, le lien causal est rompu lorsque se glisse entre la faute et le dommage un aléa thérapeutique ou toute autre cause externe, qui prend entièrement à son compte la survenance du dommage<sup>13</sup>.

9. – Lorsque la Cour de cassation casse des décisions ayant accordé une indemnisation pour un dommage consistant en une perte de chance, elle motive cette cassation par l'absence d'un lien causal certain entre la faute et le dommage. Ce faisant, la Cour s'est placée sur le terrain de la causalité, sans avoir, au préalable, admis l'existence d'un préjudice distinct du dommage effectif, constitué par la perte de chance. Il n'est dès lors pas étonnant de conclure à l'absence de certitude du lien causal dès lors que l'on s'en tient au dommage «tel qu'il s'est produit», au dommage «réellement subi».

Or, la perte de chance d'être traité plus rapidement et d'avoir à subir des traitements moins lourds est distincte du dommage réellement subi par le patient.

10. – S'il est permis de se demander si la Cour de cassation ne condamne pas implicitement la théorie de la perte de chance, du

<sup>9</sup> S. LIERMAN, «Verlies van een kans bij medische ongevallen», *N.J.W.*, 2005, p. 617.

<sup>10</sup> Cass., 19 janv. 1984, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11084, note T. VANSWEEVELT.

<sup>11</sup> Cass., 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170.

<sup>12</sup> I. DURANT, «À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage», in *Droit de la responsabilité*, Formation permanente C.U.P., vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 7.

<sup>13</sup> C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, op. cit., p. 230, n° 435.

moins dans sa conception extensive, cette jurisprudence n'aboutit pas pour autant *ipso facto* à l'abandon de dommages et intérêts en faveur de la victime d'une faute médicale. Au contraire, il ressort de l'examen des arrêts rendus dans la lignée de la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation, qu'une condamnation à une réparation financière est heureusement encore ordonnée par les cours et tribunaux. Cette condamnation est cependant fondée sur une autre base que la réparation de la perte de chance. Ainsi, au lieu d'indemniser une simple perte de chance, concept perçu par certains comme « vicieux », les cours et tribunaux peuvent se laisser aller à une plus grande souplesse dans l'appréciation de l'existence du lien causal entre la faute et le dommage effectif. Une telle attitude suscite toutefois des inquiétudes car elle repose sur une appréciation que l'on peut estimer opportuniste et contraire aux garanties nécessaires à l'administration d'une bonne justice ...

11. – Le pouvoir d'appréciation du juge de fond est à cet égard particulièrement important lorsqu'il s'agit, notamment, de déterminer le lien causal entre la faute et le dommage. Il s'agit d'une question de fait que le juge du fond apprécie souverainement. Le lien causal doit être certain mais pas absolu. Une certitude judiciaire suffit<sup>14</sup>. Elle suppose un haut degré de probabilité considéré par le juge du fond comme satisfaisant.

La Cour de cassation ne peut d'ailleurs exercer son pouvoir de censure à l'égard de l'appréciation en fait émanant du juge du fond. En vertu de l'article 149 de la Constitution, elle peut toutefois exercer un contrôle marginal, en vérifiant si, de ses constatations souveraines relatives aux faits, le juge du fond a pu légalement déduire l'existence d'un lien de causalité unissant la faute au dommage<sup>15</sup>.

12. – Nous craignons que, par des procédés s'apparentant à des artifices, les juges en viennent à contourner la difficulté et à conclure un peu trop vite, au terme d'une appréciation en fait des éléments du dossier, à la responsabilité et à allouer l'indemnisation intégrale du dommage, dans des situations où, en réalité, l'acte fau-

<sup>14</sup> F. DELDEBE, C. DELVAUX, « La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire ! », in *Droit médical*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 289

<sup>15</sup> J. DE COTD, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publique et civiles », in *Actualités du droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, p. 38; H. DE RODR, « Le lien de causalité », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Diegem, Kluwer, 1998, livre 11, p. 11

tif n'a pas nécessairement créé le dommage effectif mais a incontestablement occasionné la perte de chance. Cette situation serait peu respectueuse du principe de la sécurité juridique.

N'eut-il pas été plus sincère et conforme aux données des situations concrètes dont les juges ont à connaître en cas de recours pour responsabilité civile, de continuer à admettre un dommage spécifique pouvant consister en la perte de chance? Ce raisonnement aurait évité les incohérences engendrées par la jurisprudence nouvelle de la Cour de cassation. Car on a le sentiment que le juge veut rencontrer le souci légitime d'indemnisation de la victime, tout en se conformant aux exigences de la causalité. Cela peut conduire à une « mise en scène » des éléments du dossier qui va faire apparaître « comme par enchantement » une certitude (en raison par exemple de la très grande proximité dans le temps entre l'époque où les fautes ont été commises et la réalisation du dommage), là où d'autres, avec sans doute une plus grande objectivité, parleront d'une probabilité de survenance du dommage effectif. Dans tout Etat de droit, le respect de la vérité judiciaire n'implique-t-il pas une haute vraisemblance non contredite par les pièces probantes du dossier?

13. – Par ailleurs, nous constatons que la jurisprudence émanant des juridictions de fond ne va pas nécessairement dans le même sens que la Cour de cassation, ce qui est de nature à mettre en exergue certaines hésitations parmi les juridictions. Ainsi, la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 2 juin 2006<sup>16</sup>, a fait application de la théorie de la perte de chance en ces termes : « La lacune dans le devoir d'information permet toutefois à l'appelante de réclamer indemnisation de la perte d'une chance de décider en pleine connaissance de cause de l'opération. Sans la faute du médecin elle aurait ainsi eu la possibilité de refuser l'intervention et partant de se trouver dans une situation meilleure. La perte d'une chance ne conduit à un dédommagement que si la chance perdue est suffisamment précise, ce qui est le cas en l'espèce. Il n'est pas exagéré de considérer que l'appelante, informée du risque opératoire, aurait mieux pesé le pour et le contre et peut-être refusé l'intervention. Il y a donc un lien de causalité entre le défaut d'information du risque opératoire et la perte d'une chance d'éviter les complications dont a souffert l'appelante. L'indemnité pour

<sup>16</sup> Liège, 2 juin 2006, inédit, en cause *A c/ Ethias*, RG n° 2004/1607 (voy. la contribution de N. ESTIENNE, publiée dans cet ouvrage, n° 3 et n° 20).

*cette perte de chance peut uniquement être constituée par une partie de l'indemnité qui couvrirait le dommage total».*

14. – Si l'on admet la perte de chance au titre de dommage spécifique, distinct du dommage réellement et concrètement subi (le décès ou les complications encourues par le patient), la théorie de la causalité *sine qua non* ne souffre pas car rien n'empêche de constater l'existence d'un lien causal avec un degré de certitude suffisant, unissant la faute et la perte de chance. L'appréciation du caractère réel ou non de la perte de chance ne dépend pas de la réponse à la question de savoir si le dommage (les séquelles) se serait produit de la même manière si la faute n'avait pas été commise. En d'autres termes, la question n'est pas de savoir si les lésions se seraient tout de même produites en l'absence de la faute mais bien si la perte de chance (d'éviter les lésions ou l'aggravation de l'état de santé, ou encore de bénéficier d'un traitement moins lourd) a bien été causée par le comportement fautif du patient. À cette dernière question, il peut être répondu par la certitude d'un lien causal, sans que cette certitude doive nécessairement correspondre à un pourcentage déterminé de probabilité<sup>17</sup>.

Par ailleurs, il convient de rester prudent dans la mise en œuvre de la théorie de la perte de chance afin d'éviter l'écueil d'une «justice-loterie»<sup>18</sup> car l'évaluation du pourcentage de chances perdus à la suite d'une faute commise par le médecin est une opération qui peut se révéler particulièrement délicate, voire hasardeuse ...

L'avenir nous dira si la théorie de la perte de chance a encore un réel devenir<sup>19</sup> ...

<sup>17</sup> Ce n'est pas parce que demeure une zone de hasard qu'il faut exclure *ipso facto* l'existence d'un lien causal (C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 248, n° 484).

<sup>18</sup> P. HENRY, «La responsabilité civile du médecin», in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Liège, éd. Du Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 52.

<sup>19</sup> Voy aussi I. BOONE, «Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband», *R.W.*, 2004-2005, pp. 92-97; R. MARCHETTI, E. MONTERO, A. PUTZ, «La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ! La perte d'une chance de ne pas naître !», note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 117-132; R. SAVATIER, «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir osé !», *Dalloz*, 1970, Chron., 123.