

---

---

**À l'ombre des jurisprudences en fleur ou : impressions de  
lecture sur deux arrêts de la Cour d'appel en matière  
de perte de chances**

**Gérard Mémeteau\***

L'auteur offre ici quelques commentaires sur l'apport du droit français au droit québécois et sur les embûches du droit comparé. À partir de la théorie de la perte de chances, il illustre, en s'appuyant sur des passages-clés de deux jugements récents de la Cour d'appel du Québec, l'attitude de cette dernière envers la jurisprudence française.

The author comments upon the contribution of French law to that of Quebec and upon the problems of comparative law. Using the theory of "perte de chances" as an illustrative background, he demonstrates what the attitude of the Québec Court of Appeal has been in two of its recent judgments towards French jurisprudence.

---

\* Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Poitiers, Chargé d'un enseignement de Droit médical à la Faculté de médecine.

« De même que les hommes se sentent à l'étroit, même s'ils les aiment, dans leurs frontières d'État, de même les juristes sentent obscurément que leur seul droit national, leur droit positif, ne suffit plus à donner du monde juridique une idée satisfaisante »

—R. Rodière

La Cour d'appel du Québec a rendu récemment deux arrêts consacrant la théorie de la perte de chances<sup>1</sup>. Ces décisions sont d'un remarquable intérêt : leurs rédacteurs ont écrit dans leurs motifs des analyses complètes du sujet, auxquelles rien ne saurait convenablement être ajouté. L'une d'elles, l'arrêt *Laferrière c. Lawson*, est soumise à l'examen de la Cour suprême<sup>2</sup>, et nous croyons avoir compris que celle-ci aurait ainsi une première occasion de se prononcer sur les difficultés nées de l'acceptation de la théorie dont il s'agit, même si les tribunaux canadiens avaient déjà rencontré la perte de chances.

Il n'est point question, dès lors, de commenter l'arrêt d'appel ainsi porté sur les balances de la justice en des termes relevant d'un empiétement indu sur les privilèges de la Haute Juridiction dont la sentence est attendue. Il n'est permis, en effet, que d'attendre avec impatience et curiosité. Au Québec, comme en France, le droit médical est de construction d'abord prétorienne. La responsabilité médicale a retenu l'attention de la Cour suprême dans l'affaire *Lapierre c. Procureur général du Québec*<sup>3</sup> : la Cour, qui a en cette occasion affirmé que cette responsabilité professionnelle reposait uniquement sur la faute (à l'exclusion du risque), saura se garder de toute nouvelle jurisprudence qui s'orienterait en sens opposé, par exemple en admettant des présomptions de faute ou de causalité mieux en harmonie avec la reconnaissance discrète, indirecte et peu logique, d'une véritable obligation de résultat. Car, là est le problème de la perte de chances<sup>4</sup>. Or, l'obligation médicale est de moyens comme l'affirme le juge Beaugregard dans *Gburek* et une présomption même simple de causalité (par exemple) fragiliserait ce principe.

---

<sup>1</sup>*Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424 (C.A.) [ci-après *Gburek*] ; *Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27 (C.A.) [ci-après *Laferrière*]. L'auteur remercie Mme le professeur Nootens et M. le professeur Crépeau, qui lui ont communiqué ces arrêts.

<sup>2</sup>[1989] 1 R.C.S. X

<sup>3</sup>[1985] 1 R.C.S. 241.

<sup>4</sup>Sur la question, voir R. Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? » D.1970.Chron.123 ; G. Viney, *Les obligations. La responsabilité : conditions*, vol. 4 de J. Ghestin, éd., *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1982, no 320 et s. [ci-après Viney] ; F. Chabas, « Vers un changement de nature de l'obligation médicale » J.C.P.1973.I.2541 ; J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, Yvon Blais, 1983 et *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 1985 ; R. Kouri et A. Bernardot, *La responsabilité médicale*, S.1973, no 103 et s. ; Harichaux, « La responsabilité médicale » dans J.-M. Auby, éd., *Traité de droit médical et hospitalier*, Litec, 1988, fasc. 50, no 14.

Notre propos n'est point de lasser le lecteur par la réécriture des observations que cette revue avait bien voulu naguère héberger<sup>5</sup>, ni par suite, de commenter en leur entier les deux arrêts de la Cour d'appel. Pas même cela. Nous nous proposons seulement d'y relever deux ou trois éléments intéressants, ou, du moins plus intéressants que les autres, au fil de la lecture.

## I. Jurisprudence et Diplomatie

La Cour d'appel veut bien appuyer ses raisonnements sur l'autorité de la doctrine française dans les arrêts *Gburek* et *Lafferrière*. Dans ce dernier, elle cite par exemple l'étude classique du Doyen René Savatier : « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé »<sup>6</sup>, de même qu'elle reprend les observations de Mme le Professeur Viney<sup>7</sup>. Enfin, le plus haut tribunal du Québec cite également la Cour de cassation.

Le juge Beaugard s'interroge en effet en ces termes dans *Gburek* :

Je me suis demandé si l'appelant pouvait tirer profit de la théorie de « perte d'une chance » développée en France depuis vingt-cinq ans. En ne s'assurant pas que les doses n'étaient pas trop élevées pour l'appelant, l'intéressé aurait fait perdre à l'appelant la chance de ne pas augmenter ses risques de devenir sourd, ou, mieux encore, en étant imprudent, l'intéressé aurait été l'auteur d'une « création fautive d'un état dangereux ». On sait que entre 1962 et 1982, la Cour de cassation a semblé approuver une théorie avancée par quelques cours d'appel à l'effet que, en l'absence de la preuve d'un lien de causalité entre une faute et un dommage final, une victime pouvait obtenir une indemnité partielle correspondant à la valeur d'une chance perdue d'éviter le dommage final...<sup>8</sup>.

Et l'Honorable Magistrat évoque deux arrêts, effectivement essentiels dans l'évolution de notre jurisprudence, rendus par la Cour de cassation<sup>9</sup>.

Les liens entre le Droit civil québécois et le Droit civil français ne constituent pas un secret d'État. Ils sont, depuis les origines, constants. Du droit coutumier au droit codifié, la parenté est évidente. Le droit médical en offre un

---

<sup>5</sup>« Perte de chance en droit médical français » (1986-87) 32 R.D. McGill 125 ; I. Vacarie, « La perte d'une chance » (1987) 3 R.R.J. 903.

<sup>6</sup>*Supra*, note 4.

<sup>7</sup>Viney, *supra*, note 4, no 436 *et s.*

<sup>8</sup>*Gburek*, *supra*, note 1 à la p. 2445.

<sup>9</sup>Cass. civ. 1re, 17 novembre 1982, D.1984.Jur.305 (note A. Dorsner-Dolivet), Gaz. Pal. 1983.1.139 (obs. F. Chabas), J.C.P. 1983.20056 (obs. Saluden), Rev. trim. dr. civ. 1983.535 (obs. G. Durry) à la p. 547 et Cass. civ. 1re, 12 novembre 1985, Bull. civ. I, no 298 à la p. 264. Le lecteur nous permettra de renvoyer à notre article précité, *supra*, note 5. Et, sur les rapports entre la faute faisant perdre au malade une chance de survie ou de guérison, d'une part, et, d'autre part, la faute d'abstention volontaire de recours, voir J.H. Soutoul, *La non-assistance de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal et le corps médical*, 2 vol., thèse de droit, Université de Poitiers, 1990 à la p. 415 *et s.* ainsi que F. Drouin Barakett et P.-G. Jobin, « Une modeste loi du Bon Samaritain pour le Québec » (1976) 54 R. du B. Can. 290.

modeste témoignage ; ne parle-t-on pas ici et là du contrat médical<sup>10</sup> ? N'est-ce pas à la même époque que cette convention fut reconnue par les juges québécois et français<sup>11</sup> ? N'est-ce pas le même système de responsabilité civile qui est admis au Québec et en France ?

Cependant, l'arrêt *Laferrière* se montre, sous la plume de M. le Juge Vallerand, plus nuancé : « Il est toujours intéressant, souvent utile, parfois nécessaire de considérer les avis de la Cour de cassation. En revanche, il va de soi que les arrêts de la haute instance n'engagent pas le droit civil du Québec »<sup>12</sup>. Et plus loin, il ajoute : « La décision qu'on nous invite aujourd'hui à prendre me paraît être de la nature de celles dont un loustic (*sic*) a dit : « Le Droit c'est ce que la Cour dit qu'il est ! » Ce qui nous vient de France n'est, quitte à le redire, pas déterminant... »<sup>13</sup>. Le même juge n'est pas moins de la meilleure courtoisie internationale lorsqu'immédiatement après il affirme l'importance pour lui du débat élevé en France à ce sujet et rapporte les réflexions de René Savatier.

Rien n'est plus naturel doit-on souligner sans perte de sens de l'excellence du Droit français, ni complexe. Le juge Monet (cité par M. le juge Vallerand<sup>14</sup>) écrivait :

Si les comparatistes s'intéressent à plusieurs systèmes juridiques, les juges du Québec doivent statuer selon le système juridique du Québec en matière civile. Il ne s'agit pas d'être puriste, encore moins chauvin. Il s'agit d'être conséquent et de manifester notre maturité. Cela ne fait pas obstacle, toutefois, à ce que nous nous inspirions du Droit civil français qui est la source de notre *Code civil*<sup>15</sup>.

Certes, d'abord, le Droit civil du Québec constitue depuis longtemps un ensemble cohérent et autonome ; il a atteint ce que M. le juge Monet appelle sa « maturité ». Mais, ensuite, n'est-ce pas surtout une question de *souveraineté* ? Rendre la justice est un attribut du *souverain*. La Cour de cassation la rend « au nom du Peuple français » puisque celui-ci est aujourd'hui ce souverain (Constitution 4 octobre 1958), et le juge canadien n'est évidemment pas sujet de cette autorité. Des arrêts étrangers ne peuvent, pour cette seule raison, exer-

<sup>10</sup>X. c. *Mellen*, [1957] B.R. 389.

<sup>11</sup>De l'autre, *Bordier c. S.*, [1934] C.S. 316 et *Rajotte c. X.*, [1936] C.S. 369, précédant X. c. *Mellen*, *supra*, note 10, parfois le seul cité. Voir aussi G. Mémeteau, *La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois*, Cowansville, Yvon Blais Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, no 24.

<sup>12</sup>*Laferrière*, *supra*, note 1 à la p. 30.

<sup>13</sup>*Ibid.*

<sup>14</sup>*Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 à la p. 2627 [ci-après *Dodds*]. Il s'agissait d'une autre affaire de responsabilité médicale. Il est juste d'ajouter que la jurisprudence française est invoquée dans cette affaire. Sur l'appel au législateur venu d'ailleurs, voir J. Carbonnier, « A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger » dans J. Carbonnier, éd., *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat/Defrénois, 1979 à la p. 191.

<sup>15</sup>*Dodds*, *ibid.*

cer une influence *décisive* dans un autre pays car chaque juge ne dépend que d'une seule souveraineté dont l'autorité le lie, ou est dite le lier ce qui, à notre sens, n'est qu'une fiction lorsque la jurisprudence crée le droit. Le droit comparé, contrairement au droit international, ne rapproche que des autorités et n'inspire des rapprochements qu'*auctoritate rationis* et non *ratione auctoritatis*. Un arrêt français est, pour le juge canadien (et inversement) un élément de doctrine et non de jurisprudence. Peut-il vraiment en être autrement quand le système judiciaire québécois porte le juge à appliquer à l'analyse du Droit civil une méthode (formelle ?) de Common Law ?<sup>16</sup>

L'on comprend donc qu'entre le droit médical français et son parent québécois certaines différences apparaissent : contenu de l'obligation de soins médicaux de l'établissement hospitalier, cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle<sup>17</sup>, reconnaissance de la personnalité de l'enfant conçu<sup>18</sup>, régime des expertises sur lequel M. le Juge Beauregard livre les plus réalistes et les plus sûres observations... Et il est non moins compréhensible que les juges québécois soient déconcertés par la lecture d'une jurisprudence française en apparence un peu confuse !

## II. Droit Comparé et Incertitudes

L'approche des données d'un système juridique étranger offre d'abord un enrichissement au lecteur mais engendre ensuite des désillusions ! Les jurisprudences lues au-delà de la frontière ont-elles été composées par resituation dans leur contexte ? Même rédigées dans une langue commune, ne dissimulent-elles pas des « faux amis » ?

Dans l'affaire *Laferrière*, le juge Vallerand saisit la difficulté, la nécessité d'une approche prudente de la jurisprudence de la Cour de cassation : « Quoiqu'il en soit, par ailleurs, de la Cour de cassation, force nous est de convenir en l'espèce que ses directives sont pour l'instant à tout le moins équivoques »<sup>19</sup>, et observe que ses commentateurs hexagonaux sont partagés. Dans l'affaire *Gburek*, le juge Beauregard, après avoir cité les arrêts des 17

<sup>16</sup>R.P. Kouri, « L'arrêt Eve et le droit québécois » (1987) 18 R.G.D. 643. L'arrêt Chantal Daigle de la Cour suprême, *infra*, note 18, est aussi un exemple de confrontation de la Common Law et du Droit civil ; J.-L. Baudouin, « L'interprétation du Code civil québécois par la Cour suprême du Canada » (1975) 53 R. du B. Can. 715.

<sup>17</sup>Opposer, entre autres, Cass. civ. 1re, 11 janvier 1989, J.C.P. 1990.II.21326 ; Cass. civ. 1re, 20 juillet 1988, Bull. civ. I, no 259 à la p. 178 ; V. Larroumet, « L'intervention de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle en droit français à la lumière des expériences étrangères » (1982) 27 R.D. McGill 839 ; P.A. Crépeau, « Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien » (1962) 22 R. du B. 501.

<sup>18</sup>Opposer l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.) inf. par [1989] 2 S.C.R. 530 à Cass. civ. 1re, 10 décembre 1985, Gaz. Pal. 2e sem., Pan.10 (note Piedelievre).

<sup>19</sup>*Laferrière, supra*, note 1 à la p. 30.

novembre 1982 et 12 novembre 1985<sup>20</sup>, avoue avec les mêmes hésitations : « il est difficile pour un juriste québécois de savoir quel est le sentiment exact de la Cour de cassation sur la question, d'autant plus que les juristes français ne s'entendent pas eux-mêmes sur l'interprétation des deux arrêts, apparemment contradictoires »<sup>21</sup>. Notre Haute Juridiction s'est parfois vue reprocher le caractère elliptique de ses motivations<sup>22</sup>, cependant lié à sa mission de proclamer un Droit civil universel.

L'arrêt du 17 novembre 1982 juge qu'on ne peut plus parler de perte de chances qu'en tant qu'élément distinctif d'un préjudice. Il n'est plus permis d'en faire un instrument de présomption de la causalité entre la faute du médecin et le préjudice du malade.

Attendu qu'en ayant recours à la notion de perte d'une chance pour déclarer le médecin partiellement responsable de la réalisation d'un risque, alors que cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice, les juges du second degré, qui avaient constaté l'absence de preuve d'une relation de cause à effet entre la faute retenue par leur arrêt, c'est-à-dire l'utilisation de la technique d'insufflation d'air dans le sinus malgré une manifestation hémorragique, et la réalisation du dommage, c'est-à-dire l'apparition d'une embolie gazeuse, ont violé le texte susvisé (art. 1147 *Code civil*).<sup>23</sup>

Cet arrêt prend acte des critiques multipliées à l'encontre des dévoiements antérieurs de la théorie. Dans son commentaire, Mme Dorsner-Dolivet constate : « Certaines décisions récentes de la Cour de cassation paraissent remettre en cause le recours à la théorie de la perte d'une chance en tant que moyen d'occulter la certitude du lien causal. Elles maintiennent néanmoins une appréciation libérale du lien de causalité grâce à l'intervention du concept de création fautive d'un état dangereux ». Ce concept, nous le retrouvons dans l'arrêt *Gburek*, assorti d'une présomption de causalité à la charge du médecin, ce qui témoigne de l'influence persistante de la jurisprudence antérieure à 1982 : « l'intimé a été négligent en ne faisant pas faire les dosages et les tests qui auraient permis à l'appelant de savoir si oui ou non l'intimé avait bien fait son travail, il appartient à l'intimé de démontrer que sa faute n'a pas accru le risque de la survenance de la surdité chez l'appelant »<sup>24</sup>. La Cour d'appel voit parfaitement que le noeud du problème est la causalité ; plus que dans l'affaire *Laferrière* (cf. Juge Moisan), elle est tentée de procéder par présomption.

<sup>20</sup>*Supra*, note 9.

<sup>21</sup>*Gburek*, *supra*, note 1 à la p. 2445.

<sup>22</sup>A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation » (1974) 72 *Rev. trim. dr. civ.* 487.

<sup>23</sup>Cass. civ. 1re, 11 octobre 1988, *Bull. civ. I*, no 281 à la p. 192 ; Cass. civ. 1re, 9 décembre 1986, *J.C.P.* 1987.4.62 ; Cass. civ. 1re, 8 janvier 1985, *Gaz. Pal.* 2e Sem. 189. Voir Mémeteau, *supra*, note 11 à la p. 321 *et s.*

<sup>24</sup>*Gburek*, *supra*, note 1 à la p. 2447.

L'enseignement de l'arrêt de 1982 est net : il faut sortir la perte de chances du domaine de la causalité. Dans l'arrêt *Laferrière*, le juge Vallerand le comprend ainsi : « il nous appartient maintenant de *dire* si nous entendons introduire cette notion nouvelle de la *perte de chance*, titre de réclamation différent de la réalisation de l'aléa lui-même, un titre de réclamation qui permettrait d'indemniser celui qui n'est pas en mesure d'établir, selon les règles traditionnelles, le lien de causalité entre la faute du médecin et la mauvaise santé, voire le décès du patient »<sup>25</sup>.

Attendu cependant, que la Cour d'appel s'est ainsi bornée à constater l'absence de relation causale entre le retard dans les soins donnés et les séquelles dont souffre M. Konstantinow, et en se déterminant par de tels motifs sans rechercher s'il n'existait pas néanmoins un lien de causalité entre ce retard et la simple perte des chances que le malade avait avant d'être guéri, préjudice distinct de celui qui constituent lesdites séquelles, les juges du second degré n'ont pas donné de base légale à leur arrêt.<sup>26</sup>

La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel dont elle casse l'arrêt d'avoir rejeté la demande pour défaut de lien de causalité entre la faute et le dommage final du patient, alors qu'il pouvait y avoir un tel lien entre la faute et la simple perte des chances de ne pas subir ce préjudice. Elle affirme l'autonomie de la perte de chances — préjudice intermédiaire — par rapport au préjudice final<sup>27</sup>. Ne se situant que sur le terrain du dommage, vers lequel renvoyait l'arrêt précédent, elle impose de distinguer deux chefs de préjudice.

Par ailleurs, la Cour de cassation n'abandonne pas l'exigence de la preuve de la faute, préalable à la discussion sur la perte de chances<sup>28</sup>, même si l'existence de la faute peut être déduite d'hypothèses aussi certaines l'une que l'au-

---

<sup>25</sup>*Laferrière, supra*, note 1 à la p. 30.

<sup>26</sup>*Ibid.*

<sup>27</sup>Cette autonomie est confirmée par Cass. civ. 1re, 10 janvier 1990, D.1990.I.Reg.31.

<sup>28</sup>Cass. civ. 1re, 4 février 1986, Bull. civ. I, no 10 à la p. 9. Gaz. Pal. 1986.I.90. Cass. civ. 1re, 29 mars 1986, Bull. civ. I, no 147 à la p. 97. Statuant sur renvoi après l'arrêt du 17 novembre 1982, la Cour d'Orléans (14 mars 1985, aud. sol. 1988, 2, Rev. juridique Centre-Ouest, 134, obs. Mémeteau), affirme l'inutilité de se prononcer sur la causalité lorsque la faute n'est pas d'abord établie :

Mais attendu que, comme les 2 premiers experts, les 3 contre-experts, dont l'attention avait été attirée sur ces difficultés, ont conclu en leur âme et conscience que l'accident doit être considéré comme une complication imprévisible et exceptionnelle, sans qu'aucune faute ou négligence de l'opérateur puisse être incriminée.

Que le certificat du Docteur Sudaka en date du 18 janvier 1979, qui a été établi au vu des deux rapports d'expertise et est versé aux débats par Debrune, n'infirmé en aucune manière ces conclusions qu'il convient d'entériner.

Attendu qu'il est, dès lors, sans intérêt de rechercher s'il existe une relation causale entre l'injection d'air par la seringue dans un vaisseau blessé et l'embolie gazeuse, cette relation étant d'ailleurs considérée comme possible, mais non certaine, tant par les contre-experts que par le Docteur Sudaka.

tre<sup>29</sup>. Or, ce préjudice étant distinct du dommage final, sa réparation intégrale, qui n'est qu'une indemnisation partielle du dommage final, s'impose. Donc, même son aggravation sera indemnisée, pourvu qu'elle demeure en rapport de causalité avec la faute :

Attendu que pour rejeter une demande la Cour d'appel énonce que la perte de chances de guérison ou d'amélioration constitue un préjudice spécifique totalement indépendant du préjudice final représenté par l'invalidité du patient et que cette perte de chances a fait l'objet d'une évaluation judiciaire sur laquelle il n'est pas possible de revenir ;

Attendu cependant que dans le cas où la faute du médecin a fait perdre au malade une chance d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper, en tout ou en partie, à une infirmité, le dommage qui résulte, pour lui de cette perte est fonction de la gravité de son état réel, de sorte que l'étendue du dommage ainsi subi par M. Parisi pouvait se trouver modifiée par l'aggravation de son incapacité, et que sa demande de réparation complémentaire était en conséquence recevable ; qu'en statuant comme elle a fait la Cour d'appel a violé le texte susvisé (article 1149 *Code civil*)<sup>30</sup>.

La Cour de cassation censure les juges du fond d'avoir estimé que la perte de chances de guérison ou d'amélioration « constitue un préjudice spécifique *totalement indépendant* (nous soulignons) du préjudice final ». Ce dommage « est fonction de la gravité » de ce préjudice final car, plus l'état du malade s'éloigne, par aggravations successives, de l'état normal que l'absence de faute aurait conservé, plus il tend à se rapprocher, voire à se confondre, avec le dommage final<sup>31</sup>.

On comprend donc la perplexité des éminents magistrats québécois devant cette jurisprudence démontrant *per absurdum* l'artifice de la perte de chances, de la spéculation « sur les conséquences d'événements qui auraient pu se produire mais qui ne sont pas arrivés et qui forcément n'arriveront pas »<sup>32</sup>. Cette reconstruction tourmentée d'un passé où l'imaginaire idéal le dispute aux hypothèses sur l'explication des seules choses que la mémoire affirme eût séduit le Narrateur, « quand d'un passé ancien rien ne subsiste, après la mort des êtres, après la destruction des choses... ».

---

<sup>29</sup>Cass. civ. I, 31 mai 1988, Bull. civ. I, no 165 à la p. 114.

<sup>30</sup>Cass. civ. Ire 7 juin 1989, Bull. civ. I, no 230 à la p. 154 ; D.1989.I.Reg.199. Rapprocher Cass. civ. Ire, 20 juillet 1988, Bull. civ. I, no 260 à la p. 178.

<sup>31</sup>Voir note de J. Penneau, D.1981.I.Reg.257.

<sup>32</sup>*Laferrière, supra*, note 1 à la p. 38.