

Perte de chance en droit médical français

Gérard Mémeteau*

L'auteur étudie la notion de perte d'une chance de guérison en droit médical français, dans le contexte de la contestation du principe de l'obligation de moyens. Dans la première partie, l'auteur montre comment cette notion a été utilisée en responsabilité médicale pour contourner l'exigence classique de la preuve du lien de causalité entre faute et dommage. Envisagée sous cet angle, la perte d'une chance n'est qu'un artifice jurisprudentiel servant à alléger le fardeau de preuve des victimes d'accidents médicaux. Dans la seconde partie, l'auteur envisage la perte d'une chance comme préjudice et montre que ce chef de dommage est habituellement retenu par les tribunaux français. L'auteur étudie les conditions de l'indemnisation de la perte d'une chance de survie ou de guérison à la lumière du principe traditionnel de réparation intégrale, et effectue un rapprochement avec la faute d'aggravation du risque. Il conclut en situant la perte d'une chance dans le mouvement de réforme de la responsabilité médicale.

The author examines the doctrine of loss of a chance of recovery in French medical law, in the context of the decline of fault-based liability. In the first part, the author shows how this doctrine was used to circumvent the traditional requirement of the proof of a causal link between fault and damage. In this light, loss of a chance is a jurisprudential fiction designed to alleviate the burden of proof of victims of medical accidents. In the second part, loss of a chance is envisaged as a specific head of damage, and is, as such, regularly indemnified by French courts. The author examines the impact of the classical rule *restitutio in integrum* on the indemnification of loss of a chance of recovery or survival, and suggests an analogy with wrongful aggravation of risk. He concludes by situating loss of a chance in the current reform proposals for medical liability.

*Maître de conférences, Faculté de droit, et chargé d'enseignement, Faculté de médecine, Université de Poitiers.

Sommaire

Introduction

I. Perte de chance et causalité

A. Une exigence traditionnelle

B. Un détournement évident

II. Perte de chance et préjudice

A. Un préjudice autonome

B. Une nouvelle qualification

Conclusion

* * *

Introduction

Une lecture rapide de la jurisprudence civile pourrait laisser supposer que l'obligation contractuelle du médecin envers son patient n'est que « de moyens », ou encore, « de prudence et de diligence ». Dans son arrêt *Mercier*, du 20 mai 1936, la Cour de cassation avait affirmé ce principe premier du droit médical:

Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle [...].¹

¹Cass. civ., 20 mai 1936, D.P. 1936.1.88 (note E. Pilon), S.1937.I.321 (note A. Breton) [ci-après *Mercier*].

En dépit des contingences qui avaient constitué la cause prochaine de l'arrêt,² celui-ci avait durablement affirmé une règle de droit qui devait tout à la réflexion des juges dans l'heureux silence du législateur, ce silence qui — le doyen Carbonnier l'a enseigné — n'arrête pas le cours de la justice.

Les décisions les plus récentes confirment le principe posé dans l'arrêt *Mercier*.³ De même, la doctrine enseigne que le médecin est tenu de cette simple obligation de moyens.⁴ Il n'est sans doute pas d'amphithéâtre où l'on ne présente l'engagement du professionnel de santé comme l'archétype de l'obligation de prudence et de diligence. L'aléa, qui caractérise la prestation thérapeutique toujours emplie d'incertitudes et de risques,⁵ n'apparaît-il pas comme l'un des principaux critères de distinction entre les deux catégories d'obligations contractuelles?⁶ Mlle Viney appliquera ce critère à l'activité soignante:

On peut, en effet, invoquer, en faveur de la qualification d'obligation de moyen les aléas de l'art médical qui s'exerce sur des sujets dont les réactions sont diverses et parfois imprévisibles ainsi que l'extrême difficulté d'adapter les connaissances théoriques au cas particulier de la maladie à traiter.⁷

Dans sa thèse, Mme Dorsner-Dolivet y ajoutera l'idée du respect nécessaire de l'indépendance intellectuelle du médecin,⁸ de sa liberté de prescription.

Le droit civil canadien se prononce dans le même sens; non seulement les auteurs — MM. Baudouin, Crépeau, Bernardot et Kouri — l'enseignent, mais encore le principe de l'obligation de moyens est affirmé par la jurisprudence. Celle-ci vient même de rejeter la théorie du risque médical pour faire prévaloir la responsabilité pour faute.⁹

²Il s'agissait de la nécessité d'échapper à feu la solidarité des prescriptions civile et pénale dont la *Loi no 80-1042 du 23 décembre 1980* a sonné le glas. À ce sujet, voir M. Roger, « La réforme du délai de prescription de l'action civile », D.1981.Chron.175.

³Voir notamment Cass. civ. 1re, 9 octobre 1985, Bull. civ. 1985.I.226, no 253, Gaz. Pal., 30 mars au 1er avril 1986, Somm. 12 (note F. Chabas) [ci-après *Picot*]; et Cass., civ. 1re. 9 octobre 1985, Bull. civ. 1985.I.225, no 251.

⁴P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Paris, Cujas, 1986, no 469.

⁵F. Chabas, « Vers un changement de nature de l'obligation médicale » J.C.P. 1973.I.2541, no 6.

⁶Voir A. Plancqueel, « Obligations de moyens, obligations de résultat: Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution » (1972) 70 R.T.D. Civ. 334.

⁷G. Viney, *La responsabilité: Conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, no 548.

⁸A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, Paris, L.G.D.J., 1986, no 148.

⁹*Lapierre c. P.G. Québec* (1985), [1985] 1 R.C.S. 241, 16 D.L.R. (4th) 554, 58 N.R. 161. Pour des commentaires, voir M. Krauss, « L'affaire *Lapierre*: Vers une théorie économique de l'obligation quasi-contractuelle » (1986) 31 R.D. McGill 683. Comparer P.P.C. Haanappel, « Faute et risque dans le système québécois de la responsabilité extra-contractuelle » (1978) 24 R.D. McGill 635.

Cependant, à y regarder de plus près, au risque de voir les jugements apodictiques réformés, l'obligation civile médicale n'est peut-être plus aussi uniforme. Entre les traits dominants du dessin s'inscrivent des lignes plus fines mais tracées sans faiblesse et qui, parce que moins académiques, plus spontanées, trahissent une sensibilité refoulée par l'enseignement classique.

Déjà, MM. Savatier, Auby et Péquignot, dans leur *Traité de Droit médical*, les avaient discernées: à titre d'exception, le médecin pouvait, dès 1956, être déclaré tenu d'une obligation de résultat.¹⁰ Ainsi, le praticien chargé d'un travail de laboratoire « ne comportant, en l'état des données acquises de la science, aucun aléa », et se réduisant « à une recherche d'ordre technique, obéissant à des règles, strictes et invariables qui doivent nécessairement aboutir à une exacte solution », échappe au principe de l'obligation de moyens et se voit imposer le fardeau de prouver l'absence de cause étrangère.¹¹ Cette solution n'est pas, du reste, d'une agressive modernité.¹² L'aléa disparaissant et le travail devenant mécanique, la réalisation et la fourniture d'une prothèse appellent une solution identique,¹³ au contraire de son étude préalable et de sa pose. Certains tribunaux s'aventurent même jusqu'à juger, dans l'oubli de la jurisprudence dominante, qu'une obligation de résultat s'attache au fonctionnement du matériel médical, au motif que celui-ci ne présente aucun aléa.¹⁴

La distinction entre les obligations de moyens et de résultat tient également au rôle actif ou passif du créancier. On ne sera donc guère surpris de voir des juridictions du fond essayer d'affirmer une obligation déterminée de sécurité à la charge d'un médecin dans les cas où un malade lui est livré « pieds et poings liés ». Ainsi, pour un jugement du 12 juillet 1979 du Tribunal de grande instance de Poitiers, « la faculté pour le médecin de disposer de la personne du malade qui abandonne entre ses mains la liberté de son comportement, a pour contrepartie l'obligation pour le praticien d'amener le patient indemne de tout dommage qui ne résulterait pas des aléas propres

¹⁰R. Savatier *et al.*, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, nos 293-94.

¹¹Toulouse, 14 décembre 1959, D.1960.Jur.181, J.C.P. 1960.II.11402 (note R. Savatier). Pour un commentaire, voir H. et L. Mazeaud, *Chronique de jurisprudence* (1960) 58 R.T.D. Civ. 295, no 8. *A contrario*, voir Cass. civ. 1re, 4 janvier 1974, Bull. civ. 1974.I.4, no 4, et les commentaires de G. Durry, *Chronique de jurisprudence* (1974) 72 R.T.D. Civ. 810, no 11.

¹²Voir Trib. civ. Saint-Affrique, 18 juillet 1933, Gaz. Pal. 1933. 2e sem. Jur.864; Cass. civ., 3 avril 1939, D.H. 1939.Jur.337; et Cass. civ. 2e, 17 décembre 1954, J.C.P. 1955.II.8490 (note R. Savatier).

¹³Par exemple, voir Cass. civ. 1re, 29 octobre 1985, Bull. civ. 1985.I.244, no 273, Gaz. Pal., 30 mars au 1er avril 1986, Pan.11 (note F. Chabas). Voir aussi G. Mémeteau, « Prothèse et responsabilité du médecin » D.1976.Chron.9.

¹⁴Trib. gr. inst. Poitiers, 23 décembre 1985, *Raynal c. Nivet*, Gaz. Pal., 2 au 3 mai 1986, Somm.14. Voir aussi Rouen, 7 février 1984, D.1985.Inf.405 (note J. Penneau), Gaz. Pal. 1984. 1er sem. Jur.262 (note F. Chabas).

à l'intervention elle-même ». ¹⁵ La Cour de cassation exerce sur ces décisions son pouvoir de censure, ¹⁶ mais la tendance est significative.

Aussi bien, des arrêts paraissant abandonner plus insidieusement le principe de l'obligation de moyens auront-ils trouvé le terrain préparé. Mais, plutôt que de procéder par imposition d'une franche obligation de résultat, la jurisprudence s'avancera par des voies détournées, celles de la causalité ou du dommage, et non celles de la faute ou de l'absence de faute.

Notamment, la maxime de *common law*, *res ipsa loquitur*, a, ou aurait, exercé une certaine influence. M. A. Tunc a révélé la parenté d'une certaine jurisprudence française avec cette règle, qui émane pourtant d'un système juridique différent:

Bien qu'il ne l'énonce pas expressément, sinon par la notion de 'faute virtuelle' [...] le droit français ne peut manquer d'admettre parfois la maxime de *common law*: *res ipsa loquitur*. Qu'un certain traitement, ou une certaine intervention chirurgicale, provoque un certain résultat, peut suffire à établir la faute du médecin ou du chirurgien [...]. ¹⁷

Faudrait-il préciser, s'il en était ici besoin, qu'en réalité d'une part la *res ipsa loquitur* trouve son équivalent en droit civil par le jeu des présomptions simples¹⁸ et qu'il n'était donc peut-être pas rigoureusement indispensable de s'y référer, et que, d'autre part, en supposant même qu'on ait voulu appliquer cette règle (plus ou moins consciemment), il n'aurait pas fallu oublier que le résultat préjudiciable ne se suffit pas à lui-même. Le juge doit se référer aux autres éléments du dossier avant de conclure « qu'en toute probabilité ce qui s'est produit ne serait pas arrivé en l'absence de faute ». ¹⁹ Il nous semble que la maxime en cause n'impose pas, lorsqu'elle joue, une responsabilité pour le seul motif que le défendeur ne peut prouver exactement comment l'accident s'est produit. ²⁰ Pour l'interprétation « mitigée » qu'ils en font, les tribunaux québécois admettent que le médecin puisse s'exonérer en établissant, sur la balance des probabilités, que la survenance du fait dommageable est autant compatible avec l'absence de faute qu'avec l'existence d'une faute. ²¹

¹⁵Trib. gr. inst. Poitiers, 12 juillet 1979, *Talent c. Lecorre* [non publié].

¹⁶Cass. civ. 1re, 29 octobre 1968, J.C.P. 1969.II.15799 (note R. Savatier).

¹⁷A. Tunc, *Chronique de jurisprudence* (1961) 59 R.T.D. Civ. 100 à la p. 113.

¹⁸Voir A. Bernardot, « Le médecin et les présomptions de fait » (1971) 2 R.D.U.S. 75 et A. Lessard, « Les présomptions de fait et la responsabilité médicale: *Brunelle v. Sirois* » (1975) 6 R.D.U.S. 417.

¹⁹*Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier* (1969), [1969] R.C.S. 745 à la p. 749, 14 D.L.R. (3d) 445.

²⁰*Finlay c. Auld* (1973), [1975] 1 R.C.S. 338, 43 D.L.R. (3d) 216, 1 N.R. 1.

²¹*Hôpital général de la région de l'amiante Inc. c. Perron* (1979), [1979] C.A. 567.

La jurisprudence française fournit des exemples de la réception de cette théorie²² par le biais de ce que Mlle Ambialet qualifie d'une « réduction du raisonnement ». ²³ En réalité, il s'agit bien d'une responsabilité pour faute présumée, entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat. L'anormalité des conséquences de l'acte (par exemple, vaccination ou usage d'un appareil) implique la faute du professionnel.

Mais M. Penneau remarquait que cette théorie avait été rejetée, en matière délictuelle, par un des arrêts du 20 décembre 1968.²⁴ Même si postérieurement à cette intervention de la Cour de cassation des décisions se réfèrent encore à la doctrine citée,²⁵ elle devait finalement être condamnée par l'arrêt *Picot* du 9 octobre 1985.²⁶ Dans cette affaire, le patient avait été subitement et inexplicablement frappé de quadriplégie suite à une injection administrée pour soigner des douleurs cervicales. La Cour d'appel avait maintenu la responsabilité du médecin, étant d'avis que « la soudaineté foudroyante — quelques secondes — de la grave quadriplégie qui a frappé l'appelant, alors qu'il avait subi sans dommage le même traitement le mois précédent, rapporte la preuve certaine [...] du caractère inadéquat, maladroit ou imparfait, et par conséquent fautif, de l'acte, sans qu'il soit nécessaire pour cela d'avoir élucidé l'étiologie complète de la faute ». ²⁷ Sur pourvoi, cette conclusion fut infirmée par la Cour de cassation:

Attendu que, dans la deuxième partie de son raisonnement, la Cour d'appel n'a déduit l'existence d'une faute du docteur Picot dans l'accomplissement du geste médical lui-même que de l'absence de succès du traitement et de l'apparition d'un préjudice, lequel, du reste, pouvait être en relation avec « l'acte médical pratiqué » sans l'être pour autant avec une faute du médecin; qu'en se déterminant ainsi alors que le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non de résultat, les juges du second degré ont violé [l'article 1147 du *Code civil*].²⁸

Cet arrêt est notable en ce qu'il juge qu'un acte médical non fautif peut engendrer un dommage qui n'appellera donc pas réparation, ce dont pourraient s'emparer les partisans de la reconnaissance d'une responsabilité mé-

²²G. Mémeteau, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985, no 703.

²³J. Ambialet, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Paris, L.G.D.J., 1965 à la p. 51.

²⁴Cass. ch. mixte, 20 décembre 1968, D.1969.Jur.44, 2e arrêt (concl. Schmelck).

²⁵Par exemple, voir Cass. civ. 1re, 17 juin 1980, Bull. civ. 1980.I.151, no 187, et les commentaires de G. Durry, *Chronique de jurisprudence* [1981] R.T.D. Civ. 157, no 7 qui parle plutôt de l'exclusion d'une obligation de résultat; voir aussi Cass. civ. 1re, 25 mai 1983, J.C.P. 1984.II.20281 (note A. Dorsner-Dolivet), et les commentaires de G. Durry, *Chronique de jurisprudence* [1984] R.T.D. Civ. 114, no 2.

²⁶*Supra*, note 3.

²⁷*Ibid.* à la p. 227.

²⁸*Ibid.*

dicale pour risque créé. Il est également important dans sa mise à l'écart du « procédé insidieux qui consiste à faire application de l'adage *res ipsa loquitur*: trouver la faute dans le résultat dommageable lui-même. Cette application de l'idée de faute virtuelle ne serait qu'une consécration détournée de l'obligation de résultat ».²⁹

La jurisprudence judiciaire a laissé des traces dans celle du Conseil d'État. Certes, pour la Haute Juridiction, il n'y a pas de *res ipsa loquitur*,³⁰ mais le dommage peut révéler un fonctionnement défectueux du service public: la lésion normalement imprévisible consécutive à un acte de soins banal laisse supposer qu'une faute a été commise dans son exécution.³¹ Ainsi en arrive-t-on à une responsabilité pour faute présumée, ouvrant la voie vers une responsabilité pour risque dont des traces se rencontrent en droit de la responsabilité hospitalière publique.³² Le droit québécois, lui, fonde la responsabilité de l'établissement hospitalier, en principe, sur la relation contractuelle unissant celui-ci au patient, et engendrant une obligation de moyens.³³ M. Crépeau envisage des hypothèses d'obligations de résultat; une telle responsabilité contractuelle ne serait, de droit français, concevable qu'à l'encontre des cliniques privées, les hôpitaux publics relevant du droit administratif, qui place les malades en situation d'usagers du service public et non de cocontractants.

La théorie de la perte de chance prend place dans ce courant de contestation de l'obligation de moyens du médecin. De quoi s'agit-il donc? Perte de chance de réussir une carrière professionnelle, de vaincre lors d'une compétition,³⁴ de gagner un procès, de réaliser le gain d'une opération contractuelle en général (*lucrum cessans*) ou commerciale en particulier. La chance est une valeur juridique d'autant plus aisément réparable lorsqu'elle est diminuée qu'elle est négociable lorsqu'elle existe (ou est supposée exister). Mlle Viney cite en exemple de ces négoce la vente d'un billet de loterie et

²⁹Chabas, note sous *Picot, ibid.*

³⁰Voir, à cet effet, Cons. d'État, 3 novembre 1982, *Berrichilo*, Gaz. Pal. 1983. 1er sem. Somm.158.

³¹Cons. d'État, 23 février 1962, *Meier*, Rec. 1962.122.

³²Voir Cons. d'État, 6 novembre 1968, *Saulze*, A.J.D.A. 1969.117 (note J. B.): dans cet arrêt, la requérante, institutrice, était enceinte de quelques mois lorsque se déclara une épidémie de rubéole dans l'école où elle enseignait. Continuellement exposée à la maladie, l'institutrice contracta elle-même la rubéole, et son enfant naquit atteint de graves infirmités. Voir aussi P. Artur de la Villarmois, *La responsabilité sans faute de l'hôpital public*, thèse de doctorat en droit, Université de Dijon, 1982 [non publiée].

³³P.-A. Crépeau, « La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien » (1981) 26 R.D. McGill 673 à la p. 711 et s. Il convient toutefois de souligner la controverse doctrinale au sujet du fondement de la responsabilité hospitalière: voir A. Lajoie, P.A. Molinari et J.-L. Baudouin, « Le droit aux services de santé: Légal ou contractuel? » (1983) 43 R. du B. 675 et S. Nootens, « La remise en cause du contrat hospitalier » (1984) 44 R. du B. 625.

³⁴Paris, 1re ch., 30 mai 1979, *Berger c. Poulet* [non publié]. Cet arrêt est intéressant en ce que la perte de chance pour une course hippique était imputable aux fautes d'un vétérinaire.

la pratique de l'assurance.³⁵ On pourrait y ajouter la présentation d'un successeur à une clientèle civile. On comprend que ces espérances chiffrables appellent compensation, dans la mesure où elles sont réelles et sérieuses.³⁶ La victime doit pouvoir raisonnablement s'attendre à obtenir le profit escompté. À cette condition, les tribunaux indemniseront, en suivant la distinction proposée par Mlle Viney, « la perte de l'espoir d'un avantage futur » ou « l'apparition d'un risque compromettant les chances d'éviter une détérioration de la situation actuelle ». ³⁷ En droit médical, ces formes de préjudice sont retenues.

Les systèmes de *common law* n'ignorent pas, bien sûr, la prise en compte de ce type de dommage, défini par M. King comme la « destruction of a chance of completely avoiding an adverse result or of achieving a definitive favorable result »³⁸. Le récent arrêt *Hotson c. Fitzgerald* pose d'ailleurs le problème en des termes classiques:

If the issue is one of causation then the health authority succeeds since the plaintiff will have failed to prove his claim on the balance of probabilities. He will be lacking an essential ingredient of his cause of action. If, however, the issue is one of quantification then the plaintiff succeeds because it is trite law that the quantum of a recognized head of damage must be evaluated according to the chance of the loss occurring.³⁹

La théorie litigieuse a, en droit français plus simplement, effectué une apparition vigoureuse sur le terrain de la causalité en bousculant les règles probatoires acquises. N'en devenait-elle pas une règle de fond? Les contre-attaques de la doctrine l'ont repoussée dans les vallons — sans fond — des préjudices indemnisables, desquels peut-être elle tenterait de ressortir sous de maladroits camouflages.

I. Perte de chance et causalité

Mlle Viney énonce les données du problème:

On sait que la jurisprudence admet aujourd'hui couramment que la 'perte d'une chance' est un dommage susceptible d'ouvrir droit à réparation. Or, une série d'arrêts très remarquables rendus en matière de responsabilité médicale montre

³⁵Viney, *supra*, note 7 à la p. 342.

³⁶Cass. crim., 12 février 1979, Gaz. Pal. 1979. 2e sem. Jur.563.

³⁷Viney, *supra*, note 7, nos 279-81. Voir aussi J. Boré, « L'indemnisation pour la chance perdue: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable » J.C.P. 1974.I.2620.

³⁸J.H. King Jr, « Causation, Valuation and Chance in Personal Injury Torts Involving Pre-existing Conditions and Future Consequences » (1981) 90 Yale L. J. 1353 à la p. 1365.

³⁹(1985), [1985] 1 W.L.R. 1036 à la p. 1044 (Q.B.). Pour un autre arrêt accordant une indemnité « if the chance was capable of valuation », voir *Sykes c. Midland Bank* (1970), [1971] 1 Q.B. 113, [1970] 3 W.L.R. 273, [1970] 2 All E.R. 471 (C.A.).

que cette notion a été parfois détournée de sa signification habituelle et utilisée afin de déplacer, au profit de la victime, l'objet de la preuve de la causalité et, par là même, de faciliter celle-ci.⁴⁰

Des règles établies ont donc été altérées.

A. Une exigence traditionnelle

Dès lors que la faute virtuelle n'a constitué dans l'histoire de la responsabilité médicale qu'un accident, le principe applicable à la preuve de la causalité entre le comportement fautif du médecin et le préjudice du malade reprend une force nouvelle. Il a pour contenu l'imposition de la charge de la preuve au demandeur. Il suffit, mais il faut, que le celui-ci démontre « que le préjudice subi est la conséquence d'une faute d'inexécution des obligations conventionnellement assumées par le débiteur ».⁴¹ En droit civil canadien, c'est le principe affirmé par M. le juge Bissonnette dans l'affaire *X. c. Mellen*:

Le patient, s'il subit un préjudice du fait personnel de son médecin, devra rapporter la preuve d'une faute établissant un lien de causalité. Le seul recours que procure la loi à celui-ci, c'est que les tribunaux exigent la preuve certaine ou concluante de sa faute.⁴²

Or, des difficultés particulières s'élèvent dans l'application du caractère plus ou moins direct du lien causal. À ce sujet, Starck constatait « qu'il est souvent difficile — sinon même tout à fait impossible — de décider, sur un plan théorique, si la causalité est directe ou indirecte. En la matière, le bon sens du juge et son esprit de mesure [sont] pratiquement [les seuls critères] ».⁴³ Entre la thèse de l'équivalence des conditions, qui retient comme causal tout fait qui a été une des conditions *sine qua non* du dommage, et celle de la causalité adéquate, qui ne retient que le fait qui, en l'état des données de la science, rendait le préjudice prévisible,⁴⁴ le choix n'est point aisé. Le comportement du défendeur doit avoir (même avec d'autres dans l'hypothèse de contribution) soit provoqué le résultat néfaste, soit aggravé cette issue, à moins que la comparaison de plusieurs fautes en concurrence ne conduise à écarter la plus légère, au prétexte qu'elle ne rendait pas le dommage prévisible.

⁴⁰Viney, *supra*, note 7, no 370.

⁴¹J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 à la p. 291.

⁴²(1957), [1957] B.R. 389 à la p. 413; voir aussi P.-A. Crépeau, « Évolution récente du droit de la responsabilité médicale et hospitalière en droit civil canadien » dans *Jus Medicum: Acta premier congrès mondial de droit médical*, t. 2, Gent, Rijksuniversiteit, 1969, 159 à la p. 165 et s.

⁴³B. Starck, *Droit civil: Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, no 2079.

⁴⁴Viney, *supra*, note 7, no 340.

Les décisions sont très classiques:

Attendu, dès lors, qu'en déclarant qu'à admettre qu'une faute ait été commise par le docteur Padovani ou le service hospitalier qui l'assistait, rien n'établit que cette faute ait provoqué ou seulement aggravé l'état infectieux de dame Lognone et ait été, pour elle, la source d'un quelconque préjudice, la Cour d'appel a relevé que la preuve, dont la charge incombait à la demanderesse au pourvoi, n'était pas rapportée du lien de causalité entre la faute alléguée par elle et le dommage qu'elle aurait subi [...].⁴⁵

Ou encore:

Attendu qu'il appartient au demandeur à l'action en responsabilité d'établir la preuve du lien de causalité entre la faute alléguée et le dommage subi; qu'en l'espèce, la Cour déclare 'que la preuve n'est pas rapportée que le décès soit dû à l'absence de soins immédiats et éclairés' et qu'il n'est pas certain 'qu'au moment de l'accident (respiratoire) ou dans les instants qui l'ont précédé, l'enfant possédait encore une chance de survie, alors qu'il n'est pas exclu que le processus de mort ait été déjà engagé ôtant ainsi toute chance de survie'. Attendu que ces appréciations sont souveraines et échappent au contrôle de la Cour de cassation [...].⁴⁶

En matière correctionnelle, on lit « que la simultanéité du traitement et du décès n'impliquerait et ne démontrerait pas le rapport nécessaire de cause à effet entre ces deux faits, et ce d'autant plus que des éléments d'appréciation contraires existent en la cause. »⁴⁷ En d'autres termes, le doute sur la relation de cause à effet ne suffit pas à retenir la responsabilité du défendeur.⁴⁸

Mais, et sans sortir du droit commun, la preuve de cette causalité résulte suffisamment d'un ensemble de présomptions. La victime doit démontrer

⁴⁵Cass. civ. Ire, 25 octobre 1961, Bull. civ. 1961.I.383, no 486. Voir aussi Cass. civ. Ire, 10 juillet 1962, Bull. civ. 1962.I.312, no 358.

⁴⁶Cass. civ. Ire, 25 mai 1971 [non publié], cité dans A. Gombault, « La perte de chances en matière de responsabilité médicale: Un intéressant arrêt de la Cour de cassation » (1971) 93 *Concours médical* 7524 à la p. 7527 et s. Le commentateur ajoute, à la p. 7258: « [t]oute faute n'entraîne pas nécessairement une perte de chances, celle-ci doit être certaine, le lien de cause à effet entre la faute et la perte de chance doit être établi par le plaignant ». Voir aussi, parmi les arrêts intéressants, Paris, 18 décembre 1980, D.1981.I.256 (note J. Penneau); et Poitiers, 25 juin 1973, *Dietz c. Tarange* [non publié]:

Attendu que s'il ressort du rapport d'expertise que l'injection dont Dietz a été victime a été consécutive à la piqûre pratiquée par la demoiselle Tarange le 7 novembre 1963, il n'est cependant nullement démontré que cette injection ait été provoquée par une faute ou une négligence de celle-ci; qu'il n'est pas établi notamment qu'un défaut de stérilisation de la seringue qui a servi à faire la piqûre puisse lui être reproché.

⁴⁷Poitiers, 23 mars 1972, *Sénéquier* [non publié].

⁴⁸Cette exigence se retrouve en matière extra-contractuelle: Cass. civ. 2e, 17 mars 1977, D.1977.I.326 (note C. Larroumet); en matière de responsabilité hospitalière publique: Cons. d'État, 15 mars 1957, A.J.D.A. 1957.265; et elle se retrouve aussi en *common law*: voir King, *supra*, note 38 à la p. 1355.

autre chose que l'anormalité du résultat et mettre ce dernier en rapport avec le comportement du débiteur. Ainsi, dans un arrêt du 14 décembre 1965, la Cour de cassation approuvait une Cour d'appel

[d]'avoir pu déduire 'des documents fournis' dont elle a souverainement apprécié la valeur probante ' qu'il existe des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que l'invalidité dont est aujourd'hui atteint Pierre Margoux, est la conséquence directe de la faute retenue à l'encontre de l'intimé'.⁴⁹

Ce n'est pas au vu du résultat dommageable que les juges du fond se sont prononcés, mais sur les documents de la cause qui permettaient de jeter le pont entre ce résultat et une faute dûment constatée.⁵⁰

Le laxisme dans l'appréciation de la causalité devient plus évident lorsque les juges se contentent d'une très grande probabilité.⁵¹ On n'est plus très loin de la substitution de l'intuition au raisonnement.

B. Un détournement évident

Les auteurs s'accordent à dater l'apparition d'une nouvelle pensée jurisprudentielle d'un arrêt de la Cour de Grenoble du 24 octobre 1962.⁵² Dans cette affaire, le demandeur s'était fracturé le poignet, et l'on avait découvert qu'une fracture antérieure, survenue trois ans auparavant, n'avait pas été décelée par le premier radiographe. La victime alléguait que l'omission de ce radiographe lui avait fait perdre ses chances d'une guérison durable qui aurait rendu fort improbable la survenance de la seconde fracture. La Cour d'appel fit droit à cette prétention et décida que l'erreur du premier radiographe l'avait, « de façon certaine, privé [...] d'une chance de guérison sur laquelle ce blessé était normalement en droit de compter ». La Cour ajouta que « le préjudice, certain et direct causé à F. du fait de l'erreur de diagnostic [...] est constitué exclusivement par cette perte d'une chance de guérison ». ⁵³

Le commentateur ne manque pas de convenir, écrivant sur le préjudice, de son « rapport aléatoire de causalité avec la faute du radiographe », et

⁴⁹Cass. civ. 1re, 14 décembre 1965, Bull. civ. 1965.I.541, no 707, D.1966.Jur.453, 1er arrêt, J.C.P. 1966.II.14753, 1er arrêt (note R. Savatier)[ci-après *Margoux*], et voir les commentaires de G. Durry, *Chronique de jurisprudence*, (1967) 65 R.T.D. Civ. 153, no 26. Également, voir Cass. civ. 1re, 7 mars 1966, Bull. civ. 1966.I.128, no 163, D.1966.Jur.454, 2e arrêt, J.C.P. 1966.Jur.14753, 2e arrêt (note R. Savatier)[ci-après *Bourgoin*].

⁵⁰Voir aussi le résumé de Cass. civ. 1re, 12 novembre 1968, D.1969.Somm.47, dans lequel la présomption se déduit de ce que « cet expert n'envisage pas l'hypothèse d'une autre origine des troubles ».

⁵¹Voir, à titre d'exemple, le résumé de Cass. civ. 1re, 29 mai 1979, *Brun*, J.C.P. 1979.IV.257.

⁵²Grenoble, 24 octobre 1962 [non publié], commenté par A. Tunc, *Chronique de jurisprudence* (1963) 61 R.T.D. Civ. 326, no 9.

⁵³Les extraits du jugement sont tirés du commentaire de M. Tunc, *ibid.* à la p. 335.

ainsi se trouvent énoncés les éléments essentiels du sujet. La qualification du préjudice comme « perte de chance » autorise les juges à le mettre en rapport de causalité avec la faute. On est, on le comprend, tenté d'écrire que, si le créancier a prouvé la faute du débiteur, il « établit par là même, que l'imprudence ou la négligence est le fait du défendeur; le lien de causalité entre l'activité du défendeur et l'inexécution de son obligation de prudence et de diligence est nécessairement démontré par la seule preuve de l'inexécution. »⁵⁴

Dans l'affaire *Karoubi* du 18 mars 1969, la Cour de cassation couvrira néanmoins ce raisonnement de son hermine:

Mais attendu qu'ayant retenu une faute du chirurgien, l'arrêt attaqué a pu, sans se contredire et sans statuer par des motifs hypothétiques, décider que s'il n'était pas certain que la faute de Marcotorchino avait été la cause du décès, elle n'en n'avait pas moins privé Karoubi d'une chance de survie [...].⁵⁵

Nul n'affirme que la faute a provoqué le préjudice final, mais on affirme cependant qu'elle a pu y contribuer en ouvrant la voie y conduisant.⁵⁶ L'incertitude sur la causalité caractérise ces condamnations fondées sur le doute. En termes peu académiques, mais assez pittoresques, MM. Lombard, Macaigne et Oudin avaient écrit: «[L]a Cour suprême, devant un parterre de juristes et de professeurs interloqués, fit disparaître dans sa toque le lapin du lien de causalité ».⁵⁷

Certes, il est compréhensible de vouloir favoriser un malade prétendu désarmé opposé à son médecin au bénéfice duquel les difficultés de l'apport de la preuve joueront.⁵⁸ Ces difficultés sont connues des tribunaux canadiens. L'argument, puisé dans l'équité qui corrige, dans des cas particuliers dignes de miséricorde, la rigueur excessive de la loi générale, est d'importance, mais il « unilatéralise » la réflexion sur la responsabilité du médecin. Le doyen Savatier avait critiqué cette jurisprudence qui, situant l'appréciation des chances dans le passé à partir du préjudice final, par hypothèse réalisé, conduirait le juge à « mesurer la condamnation à ses doutes, même

⁵⁴H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2, 6e éd. par F. Chabas, Paris, 1978, no 563.

⁵⁵Cass. civ. 1re, 18 mars 1969, Bull. civ. 1969.I.92, no 117, J.C.P. 1970.II.16422 (note A. Rabut). Pour un commentaire, voir G. Durry, *Chronique de jurisprudence* (1969) 67 R.T.D. Civ. 772, no 26. Voir aussi *Margoux, supra*, note 49.

⁵⁶À ce sujet, voir les trois arrêts Cass. civ. 1re, 25 mai 1971, J.C.P. 1971.II.16859, et le commentaire de G. Durry, *Chronique de jurisprudence* (1972) 70 R.T.D. Civ. 395, no 14; Cass. civ. 1re, 5 novembre 1974, Bull. civ. 1974.I.250, no 292.

⁵⁷P. Lombard, P. Macaigne et B. Oudin, *Le médecin devant ses juges*, Paris, Laffont, 1973 à la p. 72.

⁵⁸Voir les commentaires de Durry, *supra*, notes 49, 55, et 56.

dans des règles inversement proportionnelles ». ⁵⁹ C'est dans l'obligation de résultat que le doute conserve la responsabilité et la jurisprudence *Karoubi* ne constitue qu'une façon détournée de quitter le domaine de l'obligation de moyens. Demeure-t-on sur le terrain, encore classique, de l'équivalence de conditions dans l'affirmation que, sans ce qui a été, autre chose aurait eu lieu? Cela n'est point, car cette théorie suppose encore l'affirmation du lien causal de chacune des circonstances sans lesquelles le dommage ne se serait pas produit. ⁶⁰ S'agit-il d'une obligation véritable de résultat? M. Michaud écrit:

Discuter désormais de chance de guérison, grâce à tel comportement thérapeutique ou plutôt à tel autre, n'est-ce pas indirectement reprocher au médecin la non guérison du patient, donc lui faire dans tel cas obligation de guérison? ⁶¹

Peut-être pas totalement dès lors que la faute demeure exigée, mais en tout cas « glissade ».

Il serait séduisant de défendre la solution par le constat du risque créé par l'acte médical, devant appeler la contrepartie de la réparation. Le débat redevient connu et n'est pas étranger à l'admission des responsabilités de plein droit, contractuelle et extra-contractuelle. Or, « en matière médicale le risque est presque partout ». ⁶² La jurisprudence en offre le témoignage irrécusable, en imposant au médecin de révéler à son patient les risques normalement prévisibles du traitement proposé, préalablement à son assentiment. C'est admettre qu'ils restent inhérents à l'activité thérapeutique. Le « droit à la santé », qui n'est pas celui aux soins, passe par l'acceptation du risque. Or, le risque dont il s'agit dans les responsabilités de plein droit est celui encouru par le client pour le profit du professionnel: le responsable est tenu à réparation, parce qu'il a le profit de son activité. Mais en matière médicale les risques profitent-ils au médecin?

Certes, il peut en être ainsi en matière d'expérimentation scientifique où il n'y a pas même, en l'état, une responsabilité contractuelle, le contrat étant frappé d'une nullité d'ordre public imposant le renvoi vers la responsabilité délictuelle. Un récent avant-projet de loi du 26 avril 1985 du Ministère des affaires sociales en prenait acte: «[t]out dommage résultant d'un risque, y compris celui sur lequel la personne est informée, est réparé par le promoteur de l'essai sans qu'il soit besoin d'établir qu'une faute a été

⁵⁹R. Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? » D.1970.Chron.123.

⁶⁰J. Penneau, *La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977, no 108.

⁶¹P. Michaux, « Critiques de la théorie de la perte d'une chance » dans *Jus Medicum: Acta cinquième congrès mondial de droit médical*, t. 8, Gent, Rijksuniversiteit, 1983, 405 à la p. 407.

⁶²Chabas, *supra*, note 5, no 12.

commise ». ⁶³ Ce n'est point l'hypothèse habituelle du « colloque singulier », dans lequel des risques ne sont proposés puis acceptés que dans l'intérêt du patient. ⁶⁴

Le raisonnement de la Cour de cassation n'a plus de fin: le doute sur les fruits du traitement, nécessairement autre que le procédé jugé, aurait mieux évité le dommage. ⁶⁵ Donc, la méthode idéale n'aurait-elle pas été « certaine » au sens où l'entend le paragraphe 340-1(3) du *Code civil*, écrit au sujet des fins de non-recevoir opposables à l'action en recherche de paternité naturelle? Ce texte dispose que « [l]'action en recherche de paternité ne sera pas recevable [...] si le père prétendu établi par un examen des sangs ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant. » Il s'impose de le relire dans une pensée de droit médical que ses rédacteurs n'ont vraisemblablement point eue. La « méthode médicale certaine » est celle dont les conclusions scientifiques excluent par nature toute possibilité de paternité. ⁶⁶ Les arrêts sur l'obligation de résultat du médecin procédant à une analyse remontent alors en mémoire. La méthode qu'il aurait fallu appliquer aurait exclu, ou du moins réduit, les risques, les possibilités de dommage. Ce jugeant, la Cour de cassation est en voie de contredire deux principes fondamentaux qu'elle a elle-même affirmés, à savoir le refus de porter une appréciation judiciaire sur la valeur comparée des procédés scientifiques, et l'obligation de respecter la liberté de prescription du médecin.

On répondra à ces objections qu'il n'y a pas lieu de rechercher si les conséquences fatales auraient été certainement évitées par le recours à une attitude médicale différente. ⁶⁷ La jurisprudence en est d'autant plus discutabile, car cette incertitude planant sur le profit attendu d'une autre solution aggrave en proportion celle pesant sur les suites de la seule méthode recueillie. ⁶⁸

Le Conseil d'État a procédé lui aussi à des interprétations élastiques de la causalité unissant la faute lourde et le dommage de l'hospitalisé dans des circonstances où il estime que la faute a réduit les chances de rétablissement:

En négligeant de prescrire, dès l'accident, la radiographie qui eût permis de découvrir la fracture du col du fémur, provoquée par cet accident et décelée

⁶³Pour un examen des différentes dispositions du projet de loi, voir J.-M. Auby, « Les essais de médicaments sur l'homme sain: L'état actuel du problème » (1985) 21 R.D.S.S. 316 à la p. 320 et s.

⁶⁴Voir Chabas, *supra*, note 5, no 12; et Dorsner-Dolivet, *supra*, note 8, no 322.

⁶⁵Voir le résumé de Rennes, 18 octobre 1971, Gaz. Pal. 1er sem. 1972.Somm.22.

⁶⁶Voir Cass. civ. 1re, 1er février 1983, D.1983.Jur.397 (note J. Massip).

⁶⁷*Contra*: Paris, 26 avril 1984, D.1984.Inf.368 (note J. Penneau).

⁶⁸M. Hennau-Hublet, *L'activité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, thèse doctorat en droit, Université catholique de Louvain, 1985, nos 482-83 [non publiée].

par un médecin privé près de deux ans après l'accident, et en compromettant ainsi la chance qu'avait la victime de recouvrer un usage normal de sa jambe gauche, les médecins ont commis une faute lourde qui engage la responsabilité du centre hospitalier.⁶⁹

Pour sa part, et avec prudence, la jurisprudence criminelle n'a pas suivi ces errements de la jurisprudence civile, même si elle apprécie libéralement le lien de cause à effet entre l'acte fautif et le dommage (homicide ou coups et blessures).⁷⁰ Il n'importe que les fautes commises par l'inculpé ne soient pas la cause unique du décès de la victime, l'article 319 du *Code pénal* punissant quiconque, par sa faute, a été involontairement la cause d'un homicide, sans exiger que cette cause ait été exclusive, directe et immédiate.⁷¹ La jurisprudence pénale exclut en effet « le caractère causal d'une omission jugée fautive, dans le chef d'un médecin, pour la raison qu'il ne peut être affirmé avec certitude que l'acte omis eut évité le dommage s'il avait été réalisé par le médecin ». ⁷² Les méthodes de raisonnement propres au droit pénal imposent ces solutions: le doute profite au prévenu et impose une relaxe.⁷³ Tout fait en relation avec le dommage finalement retenu suffit à constituer l'infraction d'imprudence ou de négligence, mais à la condition que cette relation, même non exclusive soit certaine.⁷⁴

Une fois la faute établie, le juge correctionnel doit s'expliquer sur l'absence de lien de causalité avec le dommage,⁷⁵ mais, en sens inverse, la chambre criminelle de la Cour de cassation veille à éviter des condamnations motivées par le seul fait de compromission de chances du patient, comme en témoigne l'arrêt *Bucher* du 9 juin 1977:

Attendu [... q]u'il se déduit immédiatement d'autre part, des constatations de l'arrêt, abstraction faite de tout motif surabondant voire erroné, que le docteur Bucher, en créant imprudemment un risque mortel et en négligeant d'en empêcher les effets, a privé la dame de Grado de toute possibilité de survie et

⁶⁹Cons. d'État, 19 décembre 1984, *Boehrer* [non publié]. Voir aussi, à ce sujet, A. Charaf Eldine, « La théorie de la perte d'une chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'État) » (1983) 19 R.T.D.S.S. 48.

⁷⁰Dorsner-Dolivet, *supra*, note 8, no 500.

⁷¹Voir le résumé de Cass. crim., 13 octobre 1980, J.C.P. 1981.IV.5. Voir aussi le résumé de Cass. crim., 20 mars 1984, D.1985.Inf.363 (note J. Penneau). L'article 319 du *Code pénal* dispose que: « Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide ou en aura été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende. »

⁷²Hennau-Hublet, *supra*, note 68, no 411.

⁷³La « relaxe » est une déclaration de non-culpabilité en matière correctionnelle. Le mot « acquittement » ne s'emploie généralement qu'en matière criminelle.

⁷⁴Voir le résumé de Cass. crim., 27 janvier et 20 mai 1980, D.1981.Inf.257 (note J. Penneau).

⁷⁵Cass. crim., 27 mars 1974, Bull. crim. 1974.343, no 134.

commis ainsi, par l'ensemble de son comportement, une faute constitutive du délit d'homicide involontaire, en relation de causalité avec le décès de celle-ci [...] .⁷⁶

L'idée qui se dégage de la lecture de cet arrêt est celle d'une censure discrète des juges du fond, dont un motif est qualifié de « surabondant voire erroné », ce qui traduit la désapprobation doctrinale de la Cour de cassation. Or, et ceci constitue un élément essentiel du débat, ce motif visait la perte de chances. La Cour d'appel avait ainsi voulu imaginer l'infraction d'atteinte aux chances d'autrui, alors que la législation pénale ne connaît encore que celle d'atteinte volontaire ou involontaire à l'intégrité physique ou à la vie. Au même effet, dans l'affaire *Dr G.* du 9 janvier 1979, après avoir estimé que « l'issue pouvait avoir été inévitable en dépit des traitements qui auraient pu être instaurés » — démarche inverse de celle des juges civils — la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir conclu que

si la faute du Dr. G. avait fait perdre au malade une chance de survie, cette faute n'était pas la cause certaine de la mort, et que, par suite, le prévenu devait être relaxé du chef d'homicide involontaire [...] .⁷⁷

M. Chabas écrit que la Cour de cassation fait application de la théorie de l'équivalence des conditions,⁷⁸ mais impose, dans le doute sur le lien causal entre l'une des conditions *sine qua non* du préjudice final, seul retenu par la loi pénale, et ce dommage, la relaxe. La jurisprudence pénale belge statue dans le même sens.

En revanche, lorsque le doute causal n'existe plus, l'infraction est constituée. Si la faute du médecin n'a pas fait perdre au malade une chance, ou des chances, mais toute possibilité de survie réelle, et, selon les termes d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 février 1957, a « scellé le sort de la malheureuse cliente en la privant de toutes les chances qu'elle avait

⁷⁶Cass. crim., 9 juin 1977, J.C.P. 1978.II.18839 (note R. Savatier), Gaz. Pal. 1977. 2e sem. Jur.502 (note Y. M.) [ci-après *Bucher*]. Voir aussi J.-P. Alméras, « Perte de chance et responsabilité pénale » (1977) 99 *Concours médical* 5997, où le commentateur écrit, à la p. 6000, « Cet arrêt est capital [...] car il affirme le principe que la notion de perte de chance ne peut être invoquée devant le juge pénal pour établir la faute d'un médecin ».

Un motif de la Cour d'appel d'Amiens qualifié de « surabondant voire erroné » par la Cour de Cassation était le suivant: « [e]n présence de la faute ainsi relevée, il ne saurait être exigé que soit rapportée la preuve de certitude d'une chance de survie, la possibilité d'une telle chance étant suffisante pour que la responsabilité pénale de l'auteur de cette faute soit engagée »; voir Y.M., note sous *Bucher*, *supra* à la page 503.

⁷⁷Cass. crim., 9 janvier 1979, J.C.P. 1980.II.19272 (note F. Chabas) [ci-après *Dr G.*], et les commentaires de G. Levasseur, *Chronique de jurisprudence* [1980] R.S.C. 433. Également, voir le résumé de Lyon, 1er décembre 1981, D.1982.Inf.276 (note J. Penneau); Cass. crim., 7 janvier 1980, Bull. crim. 1980.24, no 10, D.1981.Inf.257 (note J. Penncau), et les commentaires de G. Levasseur [1980] R.S.C. 982.

⁷⁸Chabas, note sous *Dr G.*, *ibid.*

de surmonter la maladie », ⁷⁹ elle devient la cause certaine du sinistre. ⁸⁰ Le préjudice intermédiaire (perte de chance) et le préjudice final (mort) se confondent et la cause de l'une est désormais celle de l'autre. N'est-ce pas alors une simple question de préjudice?

II. Perte de chance et préjudice

S'il est artificiel d'utiliser la notion de perte de chance pour éluder l'exigence de preuve de la causalité et aboutir « à des indemnisations très arbitraires », ⁸¹ il est plus traditionnel de la mettre en avant pour qualifier certains préjudices, identifiables parmi les autres. Cette incontestable autonomie permettra un maniement techniquement plus justifiable que celui que nous avons constaté.

A. Un préjudice autonome

Alors qu'un préjudice hypothétique ou éventuel n'est pas indemnisable, le dommage aléatoire constitué par la perte d'une chance est habituellement retenu par les tribunaux. Nous avons pu déjà le constater, et nous le disons plus précisément encore en droit médical, québécois ⁸² aussi bien que français. La chance est d'autant plus importante en droit médical que le médecin est tenu de proposer un traitement présentant des « chances sérieuses de guérison » ⁸³ et ne peut choisir que la thérapeutique dont les chances de succès excèdent les risques, compte tenu de l'état du patient — c'est la règle de la raison proportionnée dont le droit médical a emprunté le principe à la théologie morale.

Par une décision remarquée, la Cour de cassation donna un coup d'arrêt à sa jurisprudence si discutée en doctrine, en cantonnant la perte de chance sur le seul terrain du préjudice. Dans l'affaire *Goddé* du 17 novembre 1982, ⁸⁴ un médecin avait pratiqué une ponction dans le sinus de son patient et y

⁷⁹L'arrêt de la Cour de Bruxelles est rapporté par Mme Hennau-Hublet, *supra*, note 68 à la p. 374.

⁸⁰Bucher, *supra*, note 76.

⁸¹J. M. Auby, *Le droit de la santé*, Paris, P.U.F., 1981 à la p. 365.

⁸²Voir l'arrêt *Tardif c. Laverrière* (1976), [1976] C.S. 1803, qui retient la perte d'une chance de recevoir de meilleurs traitements parmi d'autres chefs de préjudice.

⁸³L'expression est tirée de Trib. civ. Courtrai, 23 février 1960, rapporté par H. Anrys, « La jurisprudence récente belge en matière de consentement à l'intervention et perte de chance » dans *Jus Medicum: Acta troisième congrès mondial de droit médical*, t. 4, Gent, Rijksuniversiteit, 1979, 265 à la p. 269.

⁸⁴Cass. civ. Ire, 17 novembre 1982, Bull. civ. 1982.I.285, no 333, D.1984.Jur.305 (note A. Dorsner-Dolivet) [ci-après *Goddé*]; voir aussi les commentaires de G. Durry, *Chronique de jurisprudence* [1983] R.T.D. Civ. 535, no 11, ceux de J.-M. de Forges, *Chronique de jurisprudence* (1983) 19 R.T.D.S.S. 94, et ceux de F. Chabas, « Vers un revirement de la Cour de cassation » (1983) 12 *Presse médicale* 2726.

avait injecté de l'air, au mépris d'une effusion de sang survenue lors de l'opération. L'air pénétra les vaisseaux sanguins, provoquant une embolie, et le patient se retrouva atteint d'une incapacité permanente. Le caractère fautif de l'acte était établi, mais il était impossible de le mettre en relation causale avec le préjudice, car l'embolie aurait tout aussi bien pu résulter de l'injection du médecin que de la pénétration d'air naturellement contenu dans le sinus. La Cour d'appel condamna néanmoins le médecin à réparer la moitié des dommages, au motif qu'en procédant à l'insufflation d'air malgré l'hémorragie, celui-ci avait augmenté le risque d'embolie et fait perdre au patient une chance d'éviter cette complication. La Cour de cassation réprova cette décision de la Cour d'appel, au motif

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 [l'article 1147 C. civ.].⁸⁵

La Cour d'appel avait donc constaté l'absence de relation causale entre la faute et la réalisation du dommage, mais elle avait couvert cette insuffisance par la notion de perte de chance. La Cour de cassation lui en fit grief: cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice, et cette formule incidente a pris tout son sens au vu des arrêts précédents et de l'étonnement qu'ils avaient suscité chez les auteurs. M. Chabas, M. Durry lui-même, ont senti l'importance de ce véritable revirement, réaffirmant l'attachement de la Cour de cassation à l'existence du lien de causalité unissant faute et dommage, et différenciant perte de chance et préjudice.⁸⁶

Des arrêts ultérieurs confirmèrent la nouvelle orientation. Un arrêt du 8 janvier 1985 approuva une cour d'appel de n'avoir pas condamné le médecin « en l'absence d'un lien de causalité prouvé entre sa faute et le préjudice dont elle a ordonné la réparation ».⁸⁷ Un autre arrêt du 12 novembre 1985 approuva une autre cour d'appel d'avoir débouté le demandeur de ses réclamations après avoir déduit de ses constatations souveraines « l'absence de lien de causalité prouvé entre l'absentement momentanée du médecin et le dommage subi, comme aussi l'absence de démonstration d'une perte de chance quelconque ».⁸⁸ La répétition de l'expression « lien de causalité prouvé » confirme l'interprétation donnée de l'arrêt *Goddé*, et l'on

⁸⁵*Goddé, ibid.*

⁸⁶Pour une autre opinion dans le même sens, voir F. Bouvier, « La responsabilité médicale » *Gaz. Pal.* 1984. 1er sem. Chron.284 aux pp. 288-89.

⁸⁷Cass. civ. 1re, 8 janvier 1985, *Bull. civ.* 1985.I.10, no 10.

⁸⁸Cass. civ. 1re, 12 novembre 1985, *Bull. civ.* 1985.I.265, no 299 [ci-après *Germain*].

peut encore citer, en dehors de la responsabilité médicale, et même de la responsabilité contractuelle, au moins une autre décision statuant dans le même sens: «[e]n statuant ainsi sans préciser en quoi la perte de chance retenue était certaine et en relation directe avec le fait dommageable, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à décision.»⁸⁹ La Cour de cassation belge avait donné l'exemple, par son arrêt du 23 septembre 1974.⁹⁰ La perte de chance n'est plus un élément de la causalité. On en revient à la distinction nécessaire entre l'appréciation qualitative et l'appréciation quantitative de la perte de chance: «[w]hat caused a loss, however, should be a separate question from what the nature and extent of the loss are».⁹¹

Dans ces conditions, toute discussion devrait être devenue superflue. Or, l'appréciation de la perte d'une chance, soit de survie, soit de guérison, n'est pas sans soulever le problème de la réparation. La responsabilité civile doit garantir l'indemnisation intégrale du dommage. Et cependant, l'on soutient régulièrement que la perte d'une chance ne serait indemnisée que partiellement. Des arrêts de la Cour de cassation, particulièrement l'arrêt *Andry* du 27 mars 1973, appuient cet enseignement:

Attendu que, s'étant fondés sur une perte de chance de survie, ce qui ne pouvait donner lieu à la réparation totale du dommage résultant du décès d'Andry, les juges du second degré, en ne précisant pas qu'ils n'entendaient indemniser que pour partie ce préjudice, n'ont pas donné de base légale à leur décision [...].⁹²

Cette affirmation d'une réparation simplement partielle du dommage est tellement opposée aux principes classiques du droit de la responsabilité qu'elle exige une précision, qui confère à la perte de chance toute son autonomie juridique, en évitant de la confondre avec le préjudice final (mort ou absence de guérison).⁹³

La perte d'une chance prend place dans une situation évolutive. L'avenir raisonnablement prévisible était aléatoire, pour le meilleur et pour le pire, et le résultat, bénéfique ou maléfique, était susceptible d'être influencé par des éléments variables complexes, dont la diligence du débiteur et la prédisposition du malade. Comme l'écrit M. Chabas, «[i]l faut toujours que la victime soit engagée dans un processus morbide anormal soit par des

⁸⁹Cass. civ. 2e, 9 novembre 1983, J.C.P. 1985.II.20360 (note Y. Chartier), Gaz. Pal. 1984. 2e sem. Somm.237 (note F. Chabas).

⁹⁰J.C.P. 1976.II.18216 (note R. Savatier). Voir aussi H. Anrys, *supra*, note 83.

⁹¹King, *supra*, note 38 à la p. 1363.

⁹²Cass. civ. 1re, 27 mars 1973, D.1973.Jur.595 (note J. Penneau), J.C.P. 1974.II.17643, 1er arrêt (note R. Savatier) [ci-après *Andry*]. Voir aussi Cass. civ. 1re, 9 mai 1973, J.C.P. 1974.II.17643, 2e arrêt (note R. Savatier); *Margoux et Bourgoint*, et les commentaires de Durry, *supra*, note 49; et Paris 1re ch., 14 juin 1978, *Federmeyer c. Colin* [non publié].

⁹³Voir Viney, *supra*, note 7, no 284.

naturelles, soit par le fait d'une personne tierce. »⁹⁴ Il n'est de perte de chance que parce que déjà la maladie s'annonçait (on ne l'a point prévenue) ou se développait (on ne l'a point guérie). L'état du patient constitue donc un élément essentiel de la situation, et l'on aurait pu comprendre l'arrêt *Andry* comme expliqué par la causalité simplement partielle de l'acte du médecin, dans la commission du préjudice final. Il advient que les tribunaux tiennent compte de ces prédispositions: si les aptitudes du sujet étaient affectées par son état, n'est réparable que l'aggravation du préjudice imputable au responsable, «à l'exclusion des conséquences d'une évolution normale de son état pathologique congénital». ⁹⁵ Seulement, on attend du médecin qu'il corrige ces prédispositions, en limite les conséquences. S'il n'est point comptable de « l'état dans lequel il prend son client », expression dont on aura reconnu qu'elle est empruntée à la *common law*, il le devient de l'évolution de cette situation initiale.

Dirait-on que l'acte fautif ne constitue qu'une des causes du dommage final? Ceci expliquerait l'indemnisation partielle du préjudice. En réalité, l'argument aurait pour seule vertu de rappeler la règle obsolète, « responsabilité partielle implique réparation partielle ». Cette règle de partage des responsabilités avait été énoncée dans l'affaire du *Lamoricière*⁹⁶ et celle des *Houillères du Nord*.⁹⁷ Bien qu'intervenues en matière quasi-délictuelle, ces décisions posaient des solutions transposables en notre domaine. Starck les résumait en une équation: « causalité partielle = responsabilité partielle ». ⁹⁸ Le concours d'une cause étrangère et de la faute du débiteur exonérait partiellement celui-ci. Sans écarter cette faute, il y avait confusion des causes de l'inexécution de l'obligation. Seulement, le problème est de rechercher si, en l'absence de l'évènement, le contrat aurait tout de même été exécuté ou non; s'il ne l'avait pas été de toute façon, la cause étrangère aurait du être écartée. En matière délictuelle, la solution a été abandonnée,⁹⁹ et il doit en aller de même en droit contractuel. Tout coauteur d'un dommage doit en assurer l'entière réparation, quels que soient ses recours ou absence de recours.¹⁰⁰ La prédisposition du malade n'est pas assimilable à un « fait »

⁹⁴Note sous *Dr G.*, *supra*, note 77.

⁹⁵Cass. ass. plén., 27 novembre 1970, D.1971.Jur.181 à la p. 184 (concl. Lindon) — en matière d'accident de travail, et les commentaires de G. Durry, *Chronique de jurisprudence* (1971) 69 R.T.D. Civ. 635 à la p. 658, no 22. Voir aussi Malaurie et Aynès, *supra*, note 4, no 52.

⁹⁶Cass. com., 19 juin 1951, D.1951.Jur.717 (note G. Ripert), S.1952.I.89 (note Nerson), J.C.P. 1951.II.6426 (note E. Becqué).

⁹⁷Cass. civ. 2e, 13 mars 1957, J.C.P. 1957.II.10084 (note P. Esmein), D.1959.Jur.73 (note J. Radouant).

⁹⁸Starck, *supra*, note 43, no 769.

⁹⁹Voir Viney, *supra*, note 7, no 414.

¹⁰⁰Malaurie et Aynès, *supra*, note 4, no 48.

causal qui, seul, permettrait d'envisager une responsabilité partielle; en revanche, la négligence du malade joue un rôle dans l'indemnisation de son dommage.¹⁰¹

Les tribunaux se réfèrent à ces règles: ils ne tiennent compte des prédisposition de la victime que pour aider à qualifier le dommage. Celui-ci défini, la faute du médecin prend place normalement sur la chaîne de la causalité: les prédispositions pathologiques de la victime ne sont pas de nature à dégager la responsabilité de l'auteur de l'accident.¹⁰² On ne retient pas comme motif de partage de responsabilité la prédisposition du patient lorsqu'il est établi que la faute du médecin est la cause directe et certaine de la maladie dont il est atteint. Mais il en va autrement lorsqu'il n'est « pas certain qu'en prescrivant le médicament le médecin ait participé à la réalisation de l'entier dommage résultant de la maladie de la patiente et qu'en conséquence, la cause du dommage invoquée réside seulement dans la diminution de chance de mieux résister à la maladie ». ¹⁰³ Si l'état morbide était tel que d'autres thérapeutiques n'auraient plus été efficaces, il n'y avait plus de chances, donc plus de perte de celles-ci. Faut-il donc distinguer selon que l'acte fautif du médecin a révélé ou aggravé l'état préexistant, rendant dommageable ce qui était plus ou moins indifférent?

La justification de cette apparence d'indemnisation partielle d'une perte de chances sanitaires doit se découvrir ailleurs.

Deux préjudices se distinguent. En premier lieu, le préjudice final, constitué soit par le décès du patient, soit simplement par l'aggravation de son mal. En second lieu, le préjudice intermédiaire constitué par la perte d'une chance de vaincre la maladie. Certes, des arrêts, en particulier du Conseil d'État,¹⁰⁴ ont omis de préciser, en allouant des indemnités, dans quelle mesure elles réparaient l'un ou l'autre de ces deux préjudices. Il n'en demeure pas moins que ces dommages sont distincts et susceptibles de se réaliser indépendamment l'un de l'autre.¹⁰⁵ Le dommage final appellera sa propre réparation, mais alors absorbera le préjudice intermédiaire, car on ne peut indemniser à la fois la mort et le danger de mort. Si le demandeur (malade ou ayant-cause) choisit de se placer sur le terrain de la perte de chances, il n'obtiendra pas la réparation du préjudice final, mais la réparation du seul préjudice invoqué. En ce cas, il bénéficiera d'une indemnisation intégrale. S'il faut poser une équation, on écrira: « réparation totale

¹⁰¹Voir, en matière de diagnostic, Cass. civ. 1re, 21 février 1967, Bull. civ. 1967.I.55, no 74.

¹⁰²Voir le résumé de Cass. crim., 10 décembre 1985, *Phien Bui Dinh*, J.C.P. 1986.IV.73: et voir King, *supra*, note 38 à la p. 1358.

¹⁰³Aix-en-Provence, 16 avril 1981, *C.P.A.M. Bouches du Rhône c. Bernard* [non rapporté].

¹⁰⁴Voir Charaf Eldine, *supra*, note 69 aux pp. 67-68.

¹⁰⁵Dorsner-Dolivet, *supra*, note 8, no 500 et s.

de la perte de chances = réparation partielle du dommage final ». Du reste, l'arrêt *Andry* était rédigé en termes compatibles avec cette lecture.¹⁰⁶

La jurisprudence confirme cette impression¹⁰⁷ et distingue avec soin les deux chefs de dommage.¹⁰⁸ Chacun exige une réparation intégrale.¹⁰⁹ La difficulté est, bien entendu, de procéder au calcul du préjudice intermédiaire par rapport au dommage final et de se garder de la tentation du « tout ou rien » redoutée par M. Durry, Mme Dorsner-Dolivet ... Il s'agit ici d'une question relevant de l'appréciation des juges du fond, qui peuvent déclarer la perte de chance nulle, partielle ou totale, selon les circonstances et la cause.¹¹⁰

Quoi qu'il en soit, les arrêts récents expriment de façon nette l'autonomie de la perte de chances.¹¹¹ Dans l'affaire *Konstantinow* du 12 novembre 1985,¹¹² un patient faisait venir son médecin pour l'examiner suite à une crise d'hémiplégie. Ce médecin négligea de déceler les symptômes d'une thrombose et renvoya son patient à un spécialiste. Celui-ci ne put être consulté que quelques jours plus tard. À ce moment seulement, le malaise fut correctement diagnostiqué et le patient fut opéré d'urgence, mais, l'intervention ayant été pratiquée trop tard, celui-ci fut atteint de séquelles permanentes. Se fondant sur la preuve selon laquelle il n'était pas certain que l'hémiplégie se serait trouvée mieux guérie si l'intervention avait été plus rapide, la Cour d'appel rejeta l'action. Sur pourvoi, la Cour de cassation écarta cette conclusion de la Cour d'appel:

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, qu'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 de chance que le malade avait d'être guéri préjudice distinct de celui que constituent les dites séquelles, les juges du second degré n'ont pas donné de base légale à leur arrêt [...].¹¹³

L'arrêt impose l'examen de la causalité entre la faute et la perte de chance, et affirme le caractère distinct de celle-ci.

¹⁰⁶*Supra*, note 92: « s'étant fondés sur une perte de chances de survie, ce qui ne pouvait donner lieu à la réparation totale du dommage résultant du décès ».

¹⁰⁷*Bourgoin*, *supra*, note 49.

¹⁰⁸Par exemple, voir Cass. civ. Ire, 21 novembre 1978, J.C.P. 1979.II.19033 (note R. Savatier).

¹⁰⁹Cass. civ. Ire, 1er juin 1976, J.C.P. 1976.II.18483, 2e arrêt (note R. Savatier).

¹¹⁰Voir, en matière de chances de gagner un procès, Bourges, 27 mars 1984, Gaz. Pal. 1984.1er sem. Jur.146.

¹¹¹Cass. civ. Ire, 2 mai 1978, Bull. civ. 1978.I.134, no 167; et *Germain*, *supra*, note 88.

¹¹²Cass. civ. Ire, 12 novembre 1985, Bull. civ. 1985.I.264, no 298.

¹¹³*Ibid.*

Finalement, la plus solide preuve de cette autonomie de la perte de chance se rencontre dans les conséquences de l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'instance engagée en second lieu devant le juge civil. Un arrêt du 21 novembre 1978¹¹⁴ n'est pas déterminant, bien qu'utile par la distinction retenue entre perte de chance et préjudice total, car le praticien civilement condamné n'est pas celui pénalement relaxé. L'arrière-plan n'en est pas moins la distinction entre les coups et blessures involontaires et la faute ayant réduit les chances du patient. Mais une décision du 24 mars 1981 est plus probante. Statuant sur l'action en responsabilité formée contre un médecin par les ayants-droit d'un malade décédé à la suite de plusieurs opérations chirurgicales, la Cour de cassation juge que

la cour d'appel a justement considéré que la décision de relaxe, même rendue au bénéfice du doute, a l'autorité de la chose jugée au civil en ce qu'elle n'a pas admis l'existence d'un lien de causalité certain entre les fautes de Nemegeyi et le décès de Allaoui, cette appréciation étant le soutien nécessaire de la décision [...].¹¹⁵

L'arrêt de la Cour d'appel encourt en revanche la cassation, car

en ne s'expliquant pas sur [le moyen pris de ce que les fautes commises par le médecin avaient au moins fait perdre à son client des chances de survie], qu'elle n'a pas écarté par le motif relatif à l'autorité de la chose jugée, la juridiction pénale ayant seulement eu à rechercher s'il existait un lien de causalité certain entre les fautes commises par Nemegeyi et le décès d'Allaoui, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences [de l'article 455 du *Code de procédure civile*].¹¹⁶

Une poursuite pénale avait été engagée contre un médecin, du chef d'homicide involontaire; elle avait abouti à une relaxe au bénéfice du doute, le lien de causalité entre la faute et le décès n'étant pas certain. Une instance civile fut alors intentée contre le même médecin en invoquant que ses fautes avaient fait perdre au malade des chances de survie. Pour la Cour de cassation, les juges civils devaient s'expliquer sur le moyen pris de l'existence de ce dommage, sans pouvoir se retrancher derrière l'autorité de la chose jugée au pénal. En effet, le juge répressif n'avait eu à se prononcer que sur l'homicide involontaire; il n'avait pas eu à statuer, pour cause, sur la « perte de chances involontaire ». Mlle Bouvier commente avec exactitude l'arrêt rapporté:

Il résultait clairement de cet arrêt que le préjudice né de la perte de chance était totalement distinct de celui issu du décès car si premier et second avaient coïncidé, la décision du juge pénal, niant le lien de causalité entre la faute et

¹¹⁴Cass. civ. 1re, 21 novembre 1978, Bull. civ. 1978.I.274, no 354, J.C.P. 1979.II.19033 (note R. Savatier).

¹¹⁵Cass. civ. 1re, 24 mars 1981, Bull. civ. 1981.I.83, no 98, D.1981.Jur.546 (note J. Penneau).

¹¹⁶*Ibid.*

le décès, se serait imposée au juge civil qui n'aurait pu songer à indemniser les plaignants: la décision pénale qui constatait de façon certaine qu'un doute subsistait se serait imposée au juge civil.¹¹⁷

Si la distinction des deux dommages se confirme, il y aura sans doute peu à craindre que les juges incertains n'affirment l'existence d'un lien de causalité artificiel entre la faute et le dommage pénal, en penchant vers le tout, dans l'alternative du tout ou rien.¹¹⁸ Dans la réparation de perte de chance, il y a « un artifice ».¹¹⁹ Cela a été écrit par de meilleurs maîtres, et nous ne prétendons pas apporter de nouveaux arguments dignes d'ébranler une jurisprudence solide.

Ce qui subsiste devant cette jurisprudence est le doute sur le sérieux de la réparation de ce dommage particulier. « Le recours à la probabilité est ici on ne peut plus direct: il sert à calculer la valeur de la chance. Le degré de probabilité de celle-ci sera la mesure de l'indemnisation par rapport au profit espéré. »¹²⁰ L'intervention malheureuse du médecin a compromis des « chances », mais l'on est jamais en mesure « d'affirmer qu'en cas de diagnostic exact le traitement adéquat [...] aurait donné au blessé un résultat meilleur que le résultat actuel. »¹²¹ L'état de maladie créait déjà un risque et compromettait l'avenir du malade. Le médecin promettait d'apporter tous ses soins en vue d'écarter ce danger, mais, tenu d'une obligation de moyens, ne s'obligeait pas à apporter ce résultat. Or, il devient responsable pour le motif qu'en agissant autrement, il aurait peut-être atteint ce résultat. Le paradoxe est que le doute sur ce qui aurait peut-être eu lieu conduit vers l'équivalent d'une obligation de résultat. À partir de l'instant où un état pathologique est susceptible, par définition, de développer des conséquences diverses que les meilleurs diligences du médecin ne peuvent entièrement maîtriser (c'est le critère de l'aléa), le sort final du patient ne peut se reconstituer que par ce « pronostic rétrospectif » dénoncé par les auteurs. Un seul événement est certain: le malade n'est pas guéri, et sans ce résultat certain, comment écrire que des chances ont été gaspillées? Une chance n'est qu'un espoir, une idée, et non un bien certainement existant.

Mais à quoi bon s'évertuer à dénoncer le sophisme? Il est des moments où la solidité apparente d'une jurisprudence ne tolère même plus, devant les tribunaux, la discussion, faute sans doute d'avocats téméraires. Celle-ci devrait être portée sur un nouveau terrain.

¹¹⁷Bouvier, *supra*, note 86 à la p. 289.

¹¹⁸Voir G. Durry, *Chronique de jurisprudence* [1983] R.T.D. Civ. 535, no 11; J. Huet, *Chronique de jurisprudence* [1986] R.T.D. Civ. 115, no 3; et Dorsner-Dolivet, *supra*, note 8, no 501.

¹¹⁹Chabas, note sous *Dr G.*, *supra*, note 77.

¹²⁰A. Bénabent, *La chance et le droit*, Paris, L.G.C.D., 1973, no 237.

¹²¹Voir le témoignage des experts dans l'arrêt *Germain*, *supra*, note 88 à la p. 266.

B. Une nouvelle qualification

Mme Dorsner-Dolivet écrit:

C'est d'abord de manière incidente que certaines décisions récentes de la Cour de cassation paraissent mettre en cause l'utilisation de la perte d'une chance comme un succédané de la certitude du lien causal.¹²²

Plus exactement, la perte de chance, rejetée du domaine de la causalité par l'arrêt *Goddé*, réalise un retour sous une autre qualification. La Cour de cassation reconnaît aujourd'hui la faute d'aggravation du risque, ou de négligence devant un processus dangereux.¹²³

Les juges qualifient la faute du médecin de création d'un risque afin de ne pas encourir la critique de confondre faute et dommage. Cette affirmation du risque constitue une des formes des blessures ou homicides involontaires et équivaut à la lésion corporelle elle-même alors que, rationnellement, elle est, ou aurait dû rester, une simple étape sur le chemin menant à cette lésion.

La première chambre civile de la Cour de cassation reprend ce raisonnement qui lui permet d'exiger la preuve du lien de causalité.¹²⁴ Devant cette nouvelle analyse,¹²⁵ l'on ressent l'impression d'une requalification d'une même et permanente réalité, celle de l'aléa de l'intervention médicale. Lorsque cet aléa devient un préjudice autonome, alors qu'il conditionnait, qu'il soutenait l'obligation professionnelle des moyens, quel avenir connaît encore celle-ci?

Quant au Conseil d'État, en matière de responsabilité hospitalière publique, il retient la faute consistant à avoir fait courir au patient un risque inutile ou excessif.¹²⁶ En constatant cette faute, les juges peuvent déduire qu'elle était en rapport causal avec le préjudice final du patient.

En réalité, aggraver ou créer un risque est identiquement réduire des chances; chances et risques illustrent les deux faces d'une seule médaille.

¹²²*Supra*, note 8, no 507.

¹²³Voir *Bucher, supra*, note 76: « en créant imprudemment un risque mortel et en négligeant d'en empêcher les effets [...] ». Voir aussi Paris, 30 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1984. 1er sem. Jur. 146; Trib. corr. Evry, 17 novembre 1982, *Gaz. Pal.* 1er sem. 1983. Jur.105; le résumé de Cass. crim., 27 novembre 1984, *Leclercq, Gaz. Pal.* 1985. 2e sem. Somm.223 (note J.-P. Doucet); et celui de Cass. crim., 20 avril 1982, *Desan, D.*1983.Inf.379 (note J. Penneau).

¹²⁴Cass. civ. 1re, 13 février 1985, *J.C.P.* 1985.II.20388 (concl. Gulphe), *D.*1985.Inf.403 (note J. Penneau).

¹²⁵Voir Cass. civ. 1re, 11 février 1986 [non publié], tel que rapporté dans *Cahiers de droit médical* (no 12, juillet 1986) J9: « alors que la survenance dont il était demandé réparation constituait la réalisation du risque qui aurait dû être signalé » (risque effectivement réalisé, et de fréquence élevé, de paralysie faciale).

¹²⁶Cons. d'État, 4 août 1982, *Hôpital civil de Thann, Gaz. Pal.* 1983. 1er sem. Somm.66; Cons. d'État, 26 juillet 1985, *Lohier, Gaz. Pal.*, 25 au 26 avril 1986, Pan.10.

Seulement, la présentation est plus habile car elle n'élude pas la constatation de la causalité. Le risque créé est devenu le nouveau vêtement du même préjudice, la perte de chance. L'artifice, en tout cas, demeure incident.

Conclusion

Où en est donc aujourd'hui la responsabilité médicale? L'obligation de résultat a réussi sa percée, alors que la responsabilité pénale évolue parfois vers l'excès.

La perte de chance, quant à elle, n'est, et ne peut être, qu'un détournement du raisonnement commis dans le seul but, qu'il aurait fallu au moins avouer clairement, d'indemniser les victimes les plus avides ou les mieux conseillées des accidents médicaux. Reconstruction de l'avenir à partir du passé, prééminence d'une hypothèse triée parmi les autres, pari sur les probabilités, cette théorie n'est qu'un artifice.

Il n'est donc pas surprenant qu'on ait songé à d'autres mécanismes d'indemnisation des dommages dûs au risque médical. Le docteur Mélenec¹²⁷ ainsi que M. Penneau¹²⁸ ont émis des idées de réparation automatique, voire établis des avant-projets dont les propositions parlementaires Gau et Crépeau du 30 juin 1977,¹²⁹ ou Delhale et Pons du 3 novembre 1977,¹³⁰ constituent la reprise. C'est le Fonds de garantie qui deviendrait le pivot des systèmes nouveaux, comme il l'est aujourd'hui du régime de la *Loi no 85-677 du 5 juillet 1985*¹³¹ concernant l'aide aux victimes d'accidents de la circulation.

C'est le risque qui soutient la responsabilité *de lege ferenda*, au moment où il est écarté par la jurisprudence du Québec,¹³² au moment aussi où l'un

¹²⁷M. Mélenec, « La responsabilité médicale doit être fondée sur la notion de risque » (1972) 8 R.T.D.S.S. 271.

¹²⁸J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, L.G.D.J., 1973 à la p. 385.

¹²⁹J.O., 30 juin 1977, 3083.

¹³⁰J.O., 3 novembre 1977, 3193. Ces deux projets sont toutefois restés sans suite.

¹³¹J.O., 6 juillet 1985, 7584, D.1985.Lég.371.

¹³²Lapierre, *supra*, note 9.

des plus importants promoteurs d'une responsabilité renouvelée, M. A. Tunc, vient présenter ses suggestions.¹³³ Vraiment, c'est bien l'avenir de l'indemnisation du préjudice corporel qui est en cause au travers des réflexions sur le droit professionnel du médecin; c'est également celui de la relation entre le médecin et le malade.

¹³³A. Tunc, « La correction du risque médical ou la responsabilité médicale sans faute » (Conférence, Centre de droit privé et comparé, 23 octobre 1986) [non publiée].