

La perte de chance

Colloque de l'ABEFRADOC du 26 novembre 2022

Quentin Alaluf

Avocat au barreau de Bruxelles

Sabrina Channaoui

Avocate au barreau de Bruxelles

Philippe De Smet

Avocat au barreau de Bruxelles

Valérie Englebert

Vice-présidente du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles

Nicolas Estienne

Avocat au barreau de Bruxelles
Collaborateur scientifique à l'UCLouvain

Sophie Ghariani

Neuropédiatre spécialisée en réadaptation neurologique, Centre pluridisciplinaire de la Manivelle (Chastres)
et Cliniques Universitaires Saint-Luc

Jean-Michel Guérit

Neuropsychiatre, Centre Neuro-Bellevue (Bruxelles) et CHIREC

Juliette Michel

Avocate au barreau de Bruxelles

Matthieu Rutgers

Neurologue, service de Neurologie, Cliniques de l'Europe (Uccle)

Synthèse établie par Jean-Michel GUÉRIT

Introduction (Professeur Jean-Michel GUÉRIT)

En tant qu'expert ou sapiteur neurologue, nous avons été confronté dans de nombreux dossiers à la difficulté d'établir qualitativement ou quantitativement un lien causal certain entre un accident ou une pratique médicale suboptimale et les séquelles présentées par la victime.

Citons comme exemples :

- les séquelles neurologiques d'un patient victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC), qui n'a pas pu bénéficier dans les délais

requis d'une prise en charge médicalement justifiée, mais pour lequel nous n'avons aucune certitude que des séquelles de cette ampleur eussent été évitées s'il avait pu bénéficier de ce traitement précoce ;

- le décès d'un patient ayant développé un syndrome de Guillain-Barré hospitalisé dans une unité de soins normale et n'ayant dès lors pas bénéficié du suivi continu qui aurait pu être assuré dans une unité de soins intensifs, mais sans certitude qu'un tel suivi eût pu le sauver ;
- les difficultés scolaires liées à des troubles attentionnels, éprouvées en cours d'hu-

manités par un enfant victime d'un grave traumatisme cérébral à l'âge de 18 mois, difficultés qui, théoriquement, pourraient être mises en relation avec son accident, mais qui, en même temps, ne sont pas très différentes qualitativement et quantitativement de celles éprouvées par certains de ses condisciples n'ayant jamais été victimes de traumatismes.

Dans tous les cas, l'accident ou l'incident est certain mais la relation causale entre l'événement et les séquelles ou les conséquences, qualitatives et quantitatives, même si elle est plausible, n'est pas certaine.

C'est dans cette perspective qu'il fut décidé de consacrer le colloque 2022 de l'ABEFRADOC à la notion de « perte de chance ».

Ce colloque fut organisé comme suit :

- Une présentation du concept de « perte de chance » confiée à Maître Alaluf (I.).
- La présentation de deux types de situations médicales illustratives : la prise en charge des accidents vasculaires cérébraux (AVC), confiée au docteur Rutgers, neurologue, et la situation d'enfants victimes de lésions cérébrales très tôt dans la vie, confiée au docteur Ghariani, neuropédiatre (II. et III.).
- La parole fut alors donnée à deux avocats : un avocat de recours (Maître Estienne) et un avocat d'assurance (Maître Channaoui) (IV. et V.).
- Les exposés se clôturèrent par l'intervention d'un juge (Juge Englebert) (VI.).

Les débats qui s'ensuivirent, coordonnés par le Professeur Boxho, furent particulièrement stimulants et enrichissants, ce qui justifia le souhait des organisateurs et des participants au colloque de réunir l'ensemble des interventions dans un texte commun.

I. Perte d'une chance : introduction du concept (Maître Quentin Alaluf)

A. NOTION

1. En 1937, la Cour de cassation a considéré que « le préjudicié a droit à la réparation de tout le dommage, encore que ce dommage ne consiste

que dans la suppression des chances qu'il pouvait escompter »¹.

Ce qui est visé à l'époque, c'est la perte d'une chance d'obtenir un gain (la perte d'une chance d'obtenir une réconciliation entre époux², la perte d'une chance de voir un terrain classé en zone à bâtir³, la perte par la SNCB d'une chance d'effectuer un transport⁴, la perte de la chance d'obtenir l'adjudication d'un marché⁵).

L'exemple couramment usité pour illustrer ce concept est l'accident de la circulation qui a pour effet de retarder le transporteur d'un cheval de course, lequel n'arrive pas à temps pour prendre part à une compétition, perdant ainsi ses chances de remporter le trophée.

Le terrain d'application privilégié de ce concept est la responsabilité de l'avocat dont la faute peut causer à son client la perte d'une chance de gagner son procès⁶.

2. En ce qui concerne la perte de la chance d'éviter un préjudice, la Cour de cassation a admis son indemnisation par un arrêt du 19 janvier 1984⁷.

La situation est radicalement différente de celle évoquée ci-avant. En effet, contrairement à l'hy-

1 Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298.
2 Cass., 8 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 354.
3 Cass., 19 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1306.
4 Cass., 17 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 882 ; Cass., 26 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1174 ; Cass., 15 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 195.
5 Cass., 19 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 212.
6 Pour un exemple récent : Civ. Bruxelles, 20 mai 2019, *For. ass.*, 2019, p. 104.
7 Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 548 ; Cass., 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170 ; Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 28 ; Cass., 17 décembre 2009, *R.C.J.B.*, 2013, p. 594 ; Cass., 15 mars 2010, *www.cass.be*, R.G. n° C.09.0433.N ; Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0286.F ; Cass., 5 septembre 2019, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.646 ; T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », note sous Civ. fr. Bruxelles, 9 octobre 2017, *R.G.D.C.*, 2019, p. 404, n° 12 ; S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 191 ; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », note sous Cass., 8 juin 2008, *R.C.J.B.*, 2013, p. 605 ; I. BOONE et K. RONSJUN, « Vergoeding voor het verlies van een kans na het arrest *Prizrak* » ; *C.R.A.*, 2015/4, p. 4 ; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », *R.G.D.C.*, 2005, n° 6, pp. 307 à 321 ; Cass., 14 décembre 2017 et la note de J. ROGGE, « La perte d'une chance est un dommage indemnisable – Le juge peut évoquer d'office la perte sans modifier l'objet de la demande », *Consilio*, 2018/1, p. 40.

pothèse du cheval dont on ne saura jamais s'il aurait gagné la course si l'occasion lui avait été donnée d'y participer, il existe ici un dommage qui s'est produit, mais dont l'application des règles de responsabilité ne permet pas la réparation.

Le terrain d'élection de ce concept est celui de la responsabilité médicale. Songeons à la situation d'un patient qui, à la suite d'une faute, décède. Lorsqu'il n'est pas certain que, sans la faute du médecin, le patient (malade ou blessé par ailleurs) aurait survécu, le décès n'est pas un préjudice indemnisable, n'étant pas en lien causal certain avec la faute. On substitue alors à ce préjudice un autre dommage, tout aussi réel selon une partie de la doctrine, consistant en la perte de la chance d'éviter le préjudice qui, lui, s'est réalisé.

Monsieur Étienne Montero et Madame Audrey Pütz relèvent que rien n'empêche la victime dont le dommage réalisé n'est pas en lien certain avec la faute d'obtenir l'indemnisation « du seul dommage – tout aussi réel – résultant de la perte d'une chance d'éviter le pire »⁸.

À cet égard, il convient de ne pas confondre la situation où le médecin, par sa faute, crée le risque qui se réalise, de celle où le médecin, par sa faute, ne permet pas d'éventuellement éviter la réalisation du risque lié à la situation médicale du patient, risque déjà présent au moment où celui-ci consulte le médecin.

3. Il convient cependant d'être attentif à ne pas transposer l'appréciation de l'élément aléatoire au niveau du lien de causalité au lieu de l'apprécier en tant qu'élément constitutif du dommage, au motif que celui-ci serait artificiel.

L'erreur à ne pas commettre est d'exprimer un doute, sous la forme d'un aléa, à propos de l'incidence de la faute sur le dommage et d'appliquer le pourcentage à la réparation du dommage qui s'est effectivement réalisé. Ainsi est cassé l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui constate que, sans la faute, la victime avait 75 % de chances de bénéficier du transfert d'un portefeuille d'actions et qui alloue dès lors à la victime 75 % de la valeur du portefeuille⁹.

8 A. PÜTZ et E. MONTERO, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque: un préjudice illusoire ? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1090.

9 Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.10.0204.F.

Il convient également de rappeler que par certitude du lien de causalité, la Cour de cassation n'entend pas certitude absolue. Bien au contraire, l'article 8.6. du Code civil, qui évoque la preuve par vraisemblance, est d'application à propos de cette question¹⁰.

Le juge doit constater qu'il existe un lien causal certain entre la faute et le dommage constitué par une perte de chance d'éviter un préjudice réalisé¹¹.

B. LE RISQUE DE CONFUSION

4. Ne perdons pas de vue les fondements de l'appréciation d'un lien de causalité certain (qu'est-ce qu'un lien de causalité ? qu'est-ce qu'une certitude ?) pour s'assurer que fait défaut le lien de causalité entre la faute et le dommage qui s'est réalisé (la situation séquellaire du patient).

Pour qu'un fait soit considéré comme causal, il faut et il suffit qu'il ait été une des conditions nécessaires du dommage: une condition *sine qua non*. Si l'un des événements retenus comme une cause est une faute, son auteur doit procéder à la réparation de tout le dommage. La question à se poser est de savoir si, sans la faute, le dommage se serait produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*, avec la même intensité et la même unité de temps et de lieu¹² ?

5. L'on ne peut par ailleurs pas se perdre en conjectures lorsque l'on émet l'hypothèse de l'absence de faute¹³.

6. Il convient donc d'éviter les « faux amis ». Imaginons un patient qui entre à l'hôpital et dont la prise en charge est fautive, à la suite de quoi il conserve un état séquellaire. Plusieurs hypothèses :

- sans la faute, il n'aurait pas eu de dommage : il n'y a donc pas de perte de chance mais bien un cas de « responsabilité classique » ;
- sans la faute, il est possible, mais pas certain, que le patient n'aurait pas eu de dommage : il y a potentiellement une perte de chance ;

10 Cass., 14 novembre 2022, R.G. n° C.22.0092.F.

11 Cass., 15 mars 2010, préc.

12 J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, pp. 51 et s.

13 Cass., 18 décembre 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.500 ; Cass., 2 février 2011, R.G.A.R., 2011, n° 14.801 ; Bruxelles, 26 mars 2012, R.G.A.R., 2012, n° 14.884 ; Cass., 29 octobre 2014 ; R.G.A.R., 2015, n° 15.183.

- sans la faute, il est certain que le patient aurait conservé un état séquellaire mais pas celui qui s'est réalisé *in concreto*: il n'y a pas de perte de chance: le dommage qui s'est réalisé est en lien causal avec la faute, c'est un cas de « responsabilité classique »;
- sans la faute, le dommage se serait de toute manière produit tel qu'il s'est réalisé: il n'y a pas de responsabilité.

C. LES CONTROVERSES QUI DEMEURENT – L'INCERTITUDE JURIDIQUE

7. Il ressort de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2013¹⁴ et de celui de la Cour constitutionnelle du 30 mars 2017¹⁵ que la notion de perte de chance est source d'inégalité.

À juste titre, la Cour de cassation décide que la mutuelle ne peut pas exercer un droit de subrogation sur un dommage constitué d'une perte de chance (puisque ce dommage est distinct du dommage qui s'est réellement réalisé et pour lequel la mutuelle indemnise la victime), ce qui aboutit à une violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Imaginons une victime d'une faute dont le préjudice est évalué à 10.000,00 € mais qui est indemnisée par sa mutualité à hauteur de 4.000,00 €. Le tiers responsable doit l'indemniser de 6.000,00 € et doit en outre payer à la mutualité la somme de 4.000,00 € en vertu du droit de subrogation dont dispose celle-ci.

Si cette même victime n'a subi qu'une perte de chance évaluée à 90 %. Le tiers responsable l'indemnise à hauteur de 90 % de son préjudice, soit 9.000,00 €. Cette victime perçoit en outre l'intervention de sa mutualité, soit 4.000,00 €, laquelle est privée de son recours subrogatoire (puisque elle n'a pas indemnisé une perte de chance mais un autre dommage, à savoir le dommage qui s'est réellement réalisé). La victime perçoit alors, en cumulant l'intervention du tiers responsable et celle de sa mutualité, une somme de 13.000,00 €, soit davantage pour une perte de chance que pour une « responsabilité classique ».

L'intervention du législateur se fait attendre depuis 2017. Actuellement, le projet de réforme du Code civil ne répond pas à cette difficulté.

8. Les controverses quant à la notion de perte d'une chance, lorsque par ailleurs un dommage s'est produit (conception extensive) demeurent actuelles.

Certains auteurs émettent des critiques quant à la théorie de la perte d'une chance d'éviter un dommage, théorie qui tenterait de contourner, par la création d'un dommage fictif, une incertitude au niveau du lien causal, préférant le recours à la notion du risque et ses conséquences¹⁶.

9. L'avenir de la théorie de la perte d'une chance d'éviter un préjudice nous apparaît dès lors aléatoire.

II. Perte de chance associée à une prise en charge suboptimale de l'accident vasculaire cérébral (AVC) aigu (Docteur Matthieu RUTGERS)

L'AVC est un problème majeur de santé publique. Sur le plan épidémiologique, il constitue dans les pays occidentaux la première cause de handicap physique et la seconde cause de décès. À l'échelle internationale, une personne sur quatre fera un jour un AVC. En Belgique, les prévisions font état d'une augmentation respectivement de 39 % et de 33 % de l'incidence et de la prévalence entre 2015 et 2035, tandis que la mortalité sera majorée de 45 % sur la même période.

À la phase aiguë de l'AVC ischémique (AVCi), on estime, en moyenne, que chaque minute qui s'écoule équivaut à la mort d'environ 2 millions de neurones. On comprend donc facilement que les moyens thérapeutiques permettant de recanaliser une artère tout à fait bouchée par un thrombus seront d'autant plus efficaces qu'ils sont entrepris au plus vite. On distingue deux traitements à la phase aiguë de l'AVCi, ayant pour but de recanaliser l'artère: la thrombolyse intra-

14 J.T.T., 2013, p. 493.
15 Arrêt n° 42/2017, R.G.A.R., 2017, n° 15.392.

16 Sur ces controverses, voy.: J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 73; P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé: cherchez l'erreur », in *Droit médical et dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, p. 214; I. LUTTE, « Quelques considérations à propos de la perte d'une chance et de la causalité », *For. ass.*, 2019, p. 23.

veineuse, qui consiste à injecter une substance destinée à dissoudre les caillots et la thrombectomie mécanique, qui consiste à enlever le caillot, par voie endovasculaire. Ces deux traitements peuvent être complémentaires. La thrombolyse concerne environ 30 % des AVCi, tandis que la thrombectomie va s'adresser à environ 10 % des patients.

À de rares exceptions, la thrombolyse est censée être proposée par n'importe quel service d'urgence hospitalier en Belgique («centres S1»), alors que la thrombectomie est réservée aux centres de soins spécialisés de l'AVC («centres S2»). Une loi récente de novembre 2022 prévoit que 15 centres S2 soient reconnus en Belgique, chacun de ceux-ci devant réaliser au moins 50 thrombectomies par an. À l'heure actuelle, on peut dès lors déjà s'interroger quant à une éventuelle perte de chance en fonction de l'expertise et des délais de prise en charge dans certains centres S1 par rapport à d'autres, tout comme on peut se poser la question d'une perte de chance éventuelle quant au bénéfice d'une thrombectomie réalisée dans un centre S2 réalisant très peu d'actes par an.

La vitesse de prise en charge permettant d'administrer au plus vite la thrombolyse et/ou permettant de réaliser la thrombectomie est ainsi un facteur majeur déterminant le pronostic du patient. Comme il n'existe pas de moyens thérapeutiques freinant le pronostic spontanément défavorable au fur et à mesure que les délais de prise en charge augmentent, il n'existe à ce jour aucun autre moyen que d'essayer de tout mettre en œuvre pour réaliser ces traitements aigus dans les délais les plus courts possible. Ceci requiert l'utilisation pour chaque hôpital d'un protocole hospitalier (incluant la prise en charge pré-hospitalière) extrêmement bien rodé. Une institution hospitalière n'utilisant pas un tel protocole expose très vraisemblablement ses patients à une perte de chance. Ceci vaut également pour les moyens de transmission modernes d'imagerie médicale, obligatoires pour indiquer ou récuser les traitements aigus. L'utilisation de moyens de transmission des images plus anciens, et donc forcément plus lents, constitue ainsi également d'une certaine manière une perte de chance.

Outre les délais de recanalisation de l'artère, dépendant en partie des délais de prise en charge, il faut également au moins considérer deux autres

facteurs influençant fortement le pronostic spontané du patient victime d'un AVCi, à savoir son âge et la taille de l'AVC: schématiquement, un patient jeune victime d'un AVCi mineur a naturellement un bien meilleur pronostic qu'un patient âgé, *a fortiori* qu'un patient très âgé, victime d'un AVCi très volumineux. La littérature médicale montre clairement que dans le cas de la thrombectomie, un très jeune patient victime d'un AVCi limité en taille aura en fait à peu près le même pronostic fonctionnel en termes d'autonomie (ce qui n'implique toutefois pas que les séquelles seront les mêmes), que la thrombectomie soit réalisée précocement ou un peu plus tardivement (jusqu'à un délai d'au maximum 2 à 3 heures). À l'inverse, pour une personne âgée avec un AVCi limité en taille, le pronostic va être grandement influencé par le délai de prise en charge et de recanalisation de l'artère. Tout retard, non justifiable, va alors véritablement représenter une perte de chance.

Au final, des notions de perte de chance pourront éventuellement s'envisager dans la prise en charge des AVCi aigus dans certaines situations (déficits organisationnels de la filière de prise en charge, patients non identifiés comme un AVC ou en retard, traitements retardés pour de mauvaises raisons ou récusés à tort, etc.) mais *a priori* jamais dans d'autres.

En **conclusion**, si la notion de perte de chance dans la prise en charge des AVC aigus peut être considérée dans certaines situations, le médecin-expert gardera à l'esprit que chaque situation est unique et qu'on fera face, plus souvent qu'on ne le pense, à des «nuances de gris». Il est important aussi de considérer le contexte de prise en charge actuel, à la fois par rapport à ce que la modernité des moyens à disposition doit pouvoir permettre de réaliser, mais en même temps en tenant compte de difficultés contextuelles récentes: disponibilité réduite du personnel soignant «post-Covid», épuisement «post-Covid» et, tout récemment, disponibilité réduite, sur le plan international, du seul agent thrombolytique disponible dans l'AVC.

III. Perte de chance chez l'enfant cérébrolésé (Docteur Sophie GHARIANI)

Le travail du sapiteur neuropédiatre consiste à déterminer s'il existe un lien de causalité entre un accident, des lésions cérébrales et les séquelles de ces lésions, non seulement à court terme mais également à long terme, chez un enfant dont le cerveau était toujours en cours de maturation au moment de l'accident. Le sapiteur neuropédiatre tentera d'aider à déterminer dans quelle mesure il est possible d'affirmer avec certitude que les faits incriminés ont fait perdre à l'enfant la chance de connaître un développement meilleur que celui que la victime a connu concrètement depuis son accident.

Les principes théoriques suivants vont guider sa réflexion :

- Le cerveau d'un enfant ne peut pas être considéré comme celui d'un adulte car une même lésion cérébrale n'aura pas les mêmes impacts dans un cerveau immature que dans un cerveau ayant terminé son développement.
- Une *vulnérabilité hétérogène* du cerveau de l'enfant et du petit enfant à des processus physiopathologiques tels que l'anoxie, l'inflammation, les altérations métaboliques locales post-traumatiques, l'œdème cérébral, l'épilepsie séquellaire, etc. : certaines régions cérébrales y sont plus sensibles que d'autres, par exemple l'hippocampe, structure du cortex temporal impliquée dans la mémorisation.
- La *plasticité cérébrale*, c'est-à-dire la capacité du cerveau – et en particulier du cerveau immature – à modifier ses circuits neuronaux lorsqu'une lésion se produit dans une région donnée, de manière à ce que la fonction de cette région soit reprise en charge par une autre partie du cerveau.
- Ces deux principes de vulnérabilité et de plasticité cérébrale impliquent la nécessité d'un suivi évolutif sur le long terme afin d'éviter de consolider le dossier aussi longtemps que l'enfant/l'adolescent/le jeune adulte n'aura pas terminé son développement et ses apprentissages.

- La notion d'*intervalle libre*, c'est-à-dire le délai séparant la constitution de lésions dans le cerveau immature de l'apparition des premiers symptômes consécutifs à ces lésions, symptômes qui ne pourront se manifester qu'à l'âge où, normalement, la maturation cérébrale eût permis l'expression des fonctions – motrices, cognitives et sociales – sous-tendues par les régions lésées.
- De nombreuses études démontrent enfin qu'un *dysfonctionnement familial et/ou social* est un facteur de mauvais pronostic relativement au développement cognitif d'un enfant victime de traumatisme crânien.

S'appuyant sur ces principes, le neuropédiatre disposera de plusieurs indicateurs objectifs pour analyser une situation donnée :

- *dossier médical et infirmier* depuis la naissance : évolution somatique et développementale de l'enfant avant et après l'incident et impact immédiat du traumatisme et des traitements reçus ;
- *antécédents familiaux* surtout pour l'épilepsie et les plaintes cognitives (dyslexie, dysorthographe, troubles de l'attention...) ;
- *documents permettant d'objectiver le développement neurocognitif* : carnet de santé, cahiers scolaires, bulletins, photos et vidéos antérieures à l'accident... ;
- *examen clinique général, neurologique et développemental* : confirmation de certaines plaintes et séquelles, lien avec les examens paracliniques, exclusion d'autres conditions médicales impactant le devenir neurologique de l'enfant, mais sans rapport avec l'accident (maladies génétiques par exemple), établissement des courbes de croissance (éléments indirects permettant d'évaluer la fonction de l'axe hypothalamo-hypophysaire et la croissance cérébrale pour le périmètre crânien) ;
- *examens complémentaires* : imagerie, examens électrophysiologiques, examen logopédique, moteur, neuropsychologique...

En **conclusion**, l'évaluation de la perte de chance sur le plan neurologique et développemental nécessite la prise en considération de nombreuses variables afin, non seulement de déterminer les séquelles lorsque l'enfant est encore jeune, mais également d'anticiper les conséquences à venir, sachant que, d'une part, l'intervalle libre entre la

constitution des lésions et l'apparition des symptômes peut prendre du temps et que, d'autre part, la vulnérabilité cérébrale et la plasticité cérébrale joueront des rôles respectivement défavorables et favorables par rapport à l'évolution de l'enfant. Il importera également de tenir compte de l'impact des faits incriminés sur le fonctionnement familial et, en retour, le retentissement de ce dernier sur le développement de l'enfant.

IV. Le point de vue de l'avocat de victimes (Maître Nicolas ESTIENNE)

1. L'indemnisation du dommage consistant en une perte de chance est-elle une aubaine pour les victimes ? La réponse est affirmative car il est préférable d'être indemnisé à concurrence d'un pourcentage d'une chance perdue que d'être privé de toute indemnisation. Mais l'on ne perdra pas de vue que la réparation de la perte d'une chance, bien qu'intégrale, ne correspond jamais qu'à une fraction du dommage réellement subi¹⁷. L'avocat de victimes se doit dès lors d'être vigilant afin que la théorie de la perte d'une chance ne soit pas appliquée à tort, l'assureur du responsable ayant intérêt pour sa part, lorsque la faute est dûment établie, à en solliciter l'application pour tenter de réduire les indemnités qu'il sera *in fine* tenu de débours.

2. Sauf rares exceptions, le concept de perte d'une chance n'a pas sa place dans le contentieux général de la réparation du dommage corporel. Il n'appartient pas à l'expert médecin d'évaluer les taux des incapacités, les degrés de *quantum doloris* et de préjudice esthétique, les besoins en aide humaine et en aide technique par le biais de la perte d'une chance. Sur la base des informations contenues dans le rapport d'expertise, ce sera au juge de décider de retenir le cas échéant une perte de chance pour évaluer financièrement certains postes de préjudice (par exemple : perte

d'une chance d'obtenir une promotion professionnelle).

3. En revanche, les experts médecins et, à leur suite, les tribunaux ont régulièrement recours à la notion de perte d'une chance dans le contentieux de la responsabilité médicale. À bon droit dans un certain nombre de litiges ; mais à tort dans d'autres situations¹⁸.

À cet égard, il est important de rappeler que le juge peut retenir comme certaine du point de vue juridique une hypothèse que l'expert n'a pas lui-même retenue comme certaine du point de vue scientifique¹⁹.

D'abord, parce que le juge « n'est point tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose » (art. 962, al. 2, C. jud.), pour autant qu'il motive sa décision.

Ensuite, parce que, si la mission de l'expert consiste à rendre un avis technique et scientifique, le juge doit quant à lui faire application des règles relatives à la preuve qui figurent

18 Pour une illustration, voy. par ex. Bruxelles (4^e ch.), 28 janvier 2008, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.803, qui réforme un jugement dans une espèce relative au décès, dans les suites d'un accouchement, d'une jeune femme souffrant d'un important déficit de plaquettes dans le sang, non diagnostiqué au préalable par le gynécologue. Le collège d'experts était arrivé à la conclusion suivante : « Au vu de l'ensemble des éléments, il semble très difficile de pouvoir déterminer avec certitude l'étiologie précise du choc qui a été à l'origine du décès. Nous n'avons pas la preuve formelle qu'il s'agisse bien d'un choc toxico-infectieux, d'une réaction transfusionnelle ou d'une embolie amniotique. » Seule l'hypothèse d'une réaction transfusionnelle, privilégiée par les experts, était de nature à justifier la responsabilité du gynécologue, les deux autres hypothèses relevant de l'aléa thérapeutique. Le tribunal de première instance avait retenu une faute dans le chef du médecin pour avoir pratiqué un accouchement par voie basse avec transfusion massive de plaquettes, tout en estimant que le dommage des proches de la défunte devait être limité à une perte de chance, évaluée à 75 %. En degré d'appel, la cour d'appel confirme la responsabilité du gynécologue mais réforme le jugement entrepris en ce qu'il a fait application de la théorie de la perte d'une chance, le dommage des ayants droit devant être réparé à 100 % : « Il existe des présomptions sérieuses, graves, précises et concordantes que (le) décès résulte d'un choc consécutif à la transfusion de plaquettes, ce qui était un geste contre-indiqué en présence d'un P.T.I. et en l'absence d'hémorragie massive ; certes, les experts s'exprimant avec la prudence habituelle en matière scientifique n'ont pas pu, de manière formelle, exclure les autres hypothèses qu'ils ont mentionnées dans leurs conclusions ; toutefois, une lecture attentive montre que les experts estiment que ces autres hypothèses sont en l'espèce, suivant toute vraisemblance, à écarter dans le cas d'espèce. »

19 Cass., 17 novembre 2021, R.G. n° P.21.0841.F.

17 Voy. not. Cass., 15 mai 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.254 : « En cas d'indemnisation de la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice, seule la valeur économique de la chance perdue est prise en considération pour le calcul de l'indemnisation. Cette valeur ne peut consister dans le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage perdu. »

dans le Livre 8 du nouveau Code civil, parmi lesquelles :

- Article 8.5: « La preuve doit être rapportée avec un degré *raisonnable* de certitude. »
- Article 8.6: « Celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la *vraisemblance* de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine », les travaux préparatoires précisant à ce sujet qu'une vraisemblance est une probabilité de 75 %^{20 21}.
- Article 8.29: La preuve d'un fait juridique (faute, dommage et lien de causalité) peut être rapportée par des *présomptions de fait* (mode de preuve par lequel le juge déduit l'existence d'un ou plusieurs faits inconnus à partir d'un ou plusieurs faits connus), dont la « valeur probante est laissée à l'appréciation du juge, qui ne doit les retenir que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis ».

La certitude juridique n'est donc pas une certitude scientifique, médicale. L'expert médecin, dont l'intervention est indispensable pour éclairer les débats, doit bien comprendre et accepter que c'est en définitive la certitude (ou l'incertitude) du juge qui permettra de trancher le litige qui lui est soumis.

4. L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, qui devrait être débattu devant la Chambre des représentants dans les mois à venir, prévoit de remplacer la théorie de la perte

d'une chance par une responsabilité « proportionnelle »: « Si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la partie lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait. » (art. 5.168)

Comment va-t-on articuler à l'avenir ce nouveau mécanisme de responsabilité « proportionnelle » avec la possibilité pour le juge d'admettre une preuve par vraisemblance sur la base de l'article 8.6. du nouveau Code civil ?

La solution proposée à ce stade par la doctrine²² est la suivante :

- S'il existe une probabilité égale ou supérieure à 75 % que la faute ait causé le dommage, le juge doit constater que le lien causal est établi avec une certitude suffisante et donc indemniser entièrement la victime. Ainsi, une perte de chance actuellement évaluée à 80 % devrait être indemnisée à 100 %.
- En cas d'incertitude plus importante (probabilité inférieure à 75 %), l'indemnisation se fera en proportion de la chance perdue.

V. Le point de vue de l'avocat d'assurance (Maître Sabrina CHANNAOUI et Maître Juliette MICHEL, sous la direction de Maître Philippe DE SMET)

A. INTRODUCTION

La théorie de la perte de chance joue un rôle essentiel en droit de la responsabilité médicale.

Ainsi que l'écrit très justement Cédric Eyben :

« La théorie de la perte d'une chance a vocation à réguler le droit de la responsabilité médicale. Elle y constitue un réel *facteur d'équilibre* entre les médecins et leurs patients en assurant aux premiers qu'ils ne pourront être condamnés que dans la mesure du dommage causé par leurs fautes et en garantissant aux seconds que la faute

20 Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 17: « Si on devait parler en pourcentage de certitude, on pourrait mentionner 75 %, c'est-à-dire qu'il existe des éléments sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables. »

21 Pour une application très récente de cette disposition légale, voy. Cass., 14 novembre 2022, R.G. n° C.22.0092.F, qui constate que par diverses énonciations, l'arrêt de la cour d'appel de Liège attaqué considère « que le fait que, sans le stress provoqué par l'accident, le premier défendeur ne serait pas né prématurément et handicapé est un fait dont, par sa nature même, il n'est pas possible d'exiger une preuve certaine, et que les trois premiers défendeurs établissent la vraisemblance de ce fait », pour conclure que « l'arrêt, qui tient pour établie l'existence du lien de causalité entre l'accident, l'accouchement prématuré et le handicap du premier défendeur, justifie légalement sa décision de condamner les demandeurs à indemniser le préjudice subi par chacun des trois premiers défendeurs ».

22 C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extra-contractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, spéc. p. 503.

médicale ne restera pas impunie mais, au contraire, sera sanctionnée à sa juste mesure, dictée par la proportion du dommage subi qui soit réellement imputable à cette faute.» (souligné par nous)²³

La pratique nous enseigne qu'en matière de responsabilité médicale, il existe souvent une incertitude causale entre la faute – pour autant que la faute soit établie – et le dommage final.

Si la théorie de la perte de chance peut apporter des solutions à ces situations d'incertitude causale, ses contours n'en sont pas moins difficiles à tracer, et les risques de dérive sont loin d'être inexistantes.

Il nous apparaît donc essentiel de revenir sur quelques enseignements de la jurisprudence en la matière.

B. ENSEIGNEMENTS DE LA JURISPRUDENCE

1. Conditions d'application

En ce qui concerne tout d'abord les *conditions d'application* de la théorie de la perte de chance, la jurisprudence exige: (1) que la faute soit démontrée; (2) que le dommage soit certain; (3) que la chance soit définitivement perdue; et (4) qu'il existe un lien causal certain entre la faute et la perte de chance²⁴.

- (1) La *faute*: la théorie de la perte de chance ne déroge évidemment pas au principe acquis de longue date selon lequel il n'existe pas de responsabilité sans faute (sauf hypothèses de responsabilité objective, non pertinentes dans le cas qui nous occupe). Il appartiendra donc au patient de démontrer l'existence d'une faute commise par le professionnel de la santé concerné.
- (2) Le *dommage certain*: le dommage doit être certain en ce sens que la chance qui a été perdue devait être suffisamment sérieuse. L'on peut ici citer l'exemple typique de la perte de chance de guérison: si le professionnel de la santé a commis une faute et, qu'en raison de cette faute, le patient a

perdu une chance de guérir de sa pathologie, le dommage sera indemnisable au titre de la perte de chance, pour autant que les chances de guérison aient été suffisamment sérieuses.

Le patient devra donc démontrer, sur la base d'éléments objectifs, qu'il avait une chance réelle – et non un simple espoir – de guérir.

- (3) La *perte définitive d'une chance*: la chance doit être définitivement perdue. Si, malgré la faute, la victime conserve encore une chance d'obtenir l'avantage espéré ou d'éviter le dommage redouté, l'indemnisation ne se conçoit pas dès lors qu'il n'existe pas de dommage certain et définitif.
- (4) Le *lien causal certain entre la faute et la perte de chance*: le lien causal entre la faute et la perte de chance doit être certain. Par définition, la théorie de la perte de chance trouve à s'appliquer lorsqu'il est impossible de démontrer un lien causal certain entre la faute et le dommage final: il n'est pas certain que, sans la faute, le dommage final ne se serait pas réalisé tel qu'il s'est réalisé. En revanche, il doit être démontré avec certitude qu'en raison de la faute, la victime a définitivement perdu une chance réelle d'obtenir un avantage ou d'éviter un dommage. En d'autres termes, si le lien causal entre la faute et le *dommage final* est effectivement incertain, le lien causal entre la faute et la *perte de chance* doit quant à lui être certain.

2. Réparation intégrale

Si les conditions susmentionnées sont remplies, la victime a droit à la réparation intégrale de son dommage.

La réparation intégrale de la perte de chance sera nécessairement inférieure à la réparation qui aurait été octroyée pour le dommage final.

Dans la mesure du possible, si la chance perdue est objectivement quantifiable, le dommage final sera affecté d'un pourcentage qui correspond au pourcentage de chance perdue.

À défaut de pourcentage, le dommage sera évalué *ex aequo et bono* par la juridiction saisie.

23 C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée? », *op. cit.*, p. 319.

24 Voy. not. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *op. cit.*, pp. 11 et s.

3. Détour par le droit pénal

Les principes abordés ci-dessus concernent l’indemnisation de la victime sur le *plan civil*. Sur le *plan pénal* en revanche, et bien que cela soit contesté par certains, il nous paraît essentiel de rappeler que la perte de chance ne peut en aucun cas être constitutive d’infraction. Ce principe a notamment été posé par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 septembre 1974²⁵. Nous ne saurions nous exprimer plus brillamment que Nathalie Colette-Basecqz et Nathalie Hautenne sur cette question :

« L’adage “le moindre doute profite au prévenu” est spécifique au droit pénal. Il impliquerait que le **doute** sur la faute ou le caractère certain du lien causal de la faute à l’égard du dommage doive entraîner l’**acquittement** au pénal.

Le respect de la présomption d’innocence d’où découle ce principe commanderait au juge de ne pas condamner un médecin du chef d’homicide par imprudence lorsqu’un doute plane sur le fait de savoir si l’omission fautive du médecin a ou non causé le décès. »²⁶ (souligné par nous). Les principes fondamentaux du droit pénal s’opposent ainsi fermement à ce que la perte de chance puisse être considérée comme une infraction (ce qui, bien sûr, ne fait pas obstacle à une action civile pour obtenir une indemnisation).

4. L’office du juge

Un dernier enseignement jurisprudentiel mérite d’être mentionné. La question est la suivante: le juge saisi d’une demande d’indemnisation d’un *dommage final* peut-il accorder l’indemnisation non pas du dommage final mais de la *perte de chance* alors que cela ne lui est demandé par aucune partie ? La Cour de cassation a répondu affirmativement à cette question par un arrêt du 14 décembre 2017 : « L’objet de la demande est le résultat factuel que le demandeur recherche par sa demande. Le juge

qui, saisi d’une demande en réparation du dommage né de la non-réalisation d’un avantage ou de la réalisation d’un désavantage, accorde la réparation de la perte d’une chance d’obtenir cet avantage ou d’éviter ce désavantage, *ne modifie pas l’objet de la demande*. Il est en droit de le faire dès lors qu’il respecte les droits de la défense. »²⁷ (souligné par nous) Le juge est donc investi de larges pouvoirs et peut d’initiative soulever la question de l’application de la perte de chance sans pour autant statuer *ultra petita*.

C. ILLUSTRATIONS

Les principes étant posés, nous proposons d’illustrer notre propos par des exemples pratiques.

1. Cas de gynécologie

(1) Faits

Le 20 octobre 1991, Madame X accouche de son premier enfant. À 1h06 du matin, la tentative d’extraction de l’enfant à la ventouse échoue. Il est donc décidé de faire appel à l’anesthésiste afin de réaliser une césarienne. L’enfant naît finalement par césarienne à 02h12. Malheureusement, un diagnostic d’asphyxie néonatale et d’inhalation méconiale est posé. L’enfant souffre de graves séquelles neurologiques.

(2) Faute ?

Conformément aux principes susmentionnés, la première question à se poser est celle d’une éventuelle faute commise par les praticiens et/ou l’hôpital. Sur la base du rapport d’expertise qui lui est soumis, la cour d’appel saisie a retenu les fautes suivantes :

- une faute organisationnelle de l’hôpital dès lors qu’il n’y avait pas d’anesthésiste sur place au moment des faits, ce qui a retardé la césarienne. Or, une césarienne en urgence aurait dû intervenir dans les 30 minutes ;
- une faute du médecin car il n’aurait pas dû attendre les résultats de la tentative d’ex-

25 Cass., 23 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 87.
26 N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Les critères d’appréciation de la faute des médecins et du lien causal avec le dommage dans le cadre de poursuites pénales du chef d’atteinte à la vie et à l’intégrité physique », *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 313.

27 Cass., 14 décembre 2017, R.G. n° C.16.0296.N ; voy. également Cass., 9 mars 2018, R.G. n° C.17.0517.F.

traction à la ventouse avant d'appeler l'anesthésiste.

(3) Dommage et lien causal ?

L'avocat de Madame X sollicite l'indemnisation du *dommage final*, considérant que le syndrome d'inhalation méconiale aurait été évité si la césarienne avait été pratiquée plus tôt.

Selon lui, le lien causal entre les fautes et le dommage final est ainsi certain.

La perte de chance n'est nullement invoquée, pas même à titre subsidiaire.

L'avocat d'assurance souligne qu'il existe une incertitude au niveau du lien causal.

En effet, il n'est pas certain que le syndrome aurait pu être évité si la césarienne était survenue plus tôt.

Plus précisément, il ressort du rapport du conseiller technique des praticiens que les chances de réaliser une césarienne avant que les dégâts ne surviennent étaient nulles car les dégâts cérébraux peuvent survenir entre 10 et 15 minutes.

Les chances étant nulles, il n'y a pas lieu à indemnisation.

(4) Décision de la cour

Bien que la perte de chance n'ait été invoquée par aucune des parties, la cour décide de trancher comme suit :

« Même s'il n'est pas démontré de manière certaine que sans les fautes du Dr X et du centre hospitalier Y, Z [l'enfant] n'aurait eu aucune lésion, elle a, en raison de ces fautes, subi un dommage qui consiste en la **perte de chance réelle d'éviter les séquelles** telles qu'elles se sont produites.

Au vu de l'ensemble des éléments du dossier, la cour estime que cette perte de chance peut être évaluée à **50 %**. » (souligné par nous)

Cette décision illustre assez justement la largesse des pouvoirs qui reviennent aux juridictions en matière de perte de chance, celle-ci étant soulevée d'initiative par la cour.

Il est néanmoins hautement regrettable que le pourcentage retenu ne fasse l'objet d'aucune motivation concrète, mais d'une simple référence aux « éléments du dossier ».

Il aurait été souhaitable que la cour indique précisément les éléments du rapport d'expertise et des pièces produites sur lesquels elle se base pour retenir une perte de chance de 50 %.

2. Cas de pédiatrie

Un deuxième exemple, malheureusement tragique, peut être mentionné.

(1) Faits

Un enfant, né en 2001, souffre d'une maladie auto-immune qui entraîne une destruction de plaquettes (maladie appelée purpura thrombocytopénique idiopathique).

Il subit une ablation de la rate en 2008 et est suivi de manière stricte dans ce cadre.

En 2015, l'enfant est amené aux urgences. Il souffre d'hyperthermie et de frissons.

Le médecin urgentiste contacte le pédiatre de garde.

Divers examens sont réalisés et une virose est diagnostiquée.

L'enfant rentre à son domicile avec ses parents aux alentours de 16h00.

Vers 19h00, l'enfant perd connaissance.

Le service 100 appelé en urgence tente de réanimer l'enfant, en vain.

Le décès est constaté à 20h42.

Il s'avérera que la cause du décès est une infection par la bactérie *streptococcus pneumoniae*.

(2) Avocat de recours

Les parents décident de se constituer partie civile pour homicide involontaire.

L'avocat de recours soulève une faute consistant à ne pas avoir posé le bon diagnostic et ne pas avoir réalisé une antibiothérapie par voie intraveineuse en conséquence.

Il allègue qu'il existe un lien causal certain entre cette faute et le dommage, à savoir le décès.

(3) Avocat d'assurance

La faute est d'abord contestée par l'avocat d'assurance sur la base des éléments du dossier.

Il est en outre souligné qu'en tout état de cause, même à supposer qu'une faute soit démontrée, il subsiste une incertitude causale entre la faute alléguée et le décès.

L'expert judiciaire affirme en effet que « sans prise en charge, on estime statistiquement le risque de décès entre 50 et 70 % alors *qu'avec une prise en charge adéquate ce risque descend entre 10 et 40 %* » (souligné par nous).

Il n'est donc pas certain qu'avec une antibiothérapie par intraveineuse, l'enfant aurait survécu.
Or, la perte de chance ne constitue pas une infraction, en telle sorte que le médecin ne peut être condamné pour homicide involontaire.
Ce cas n'a pas encore été tranché à l'heure actuelle, en telle sorte que la décision finale nous est inconnue.

3. Devoir d'information

Enfin, il arrive fréquemment qu'un patient invoque un manquement au devoir d'information, par exemple un défaut d'information quant aux effets secondaires d'un traitement.
Dans ce cas, à supposer que le manquement soit démontré, l'indemnisation ne peut s'envisager qu'au titre de la perte de chance.
Sauf cas exceptionnel, il ne peut en effet être affirmé avec certitude que sans le manquement, c'est-à-dire si toutes les informations requises avaient été fournies, le patient aurait refusé de subir tel traitement ou telle intervention.
Il n'existe ainsi pas de lien causal certain entre la faute et le dommage final.
En revanche, il peut être établi qu'en raison du manquement, le patient a perdu une chance de prendre une décision éclairée en parfaite connaissance de cause.
La difficulté dans ce type de situations intervient au moment de l'évaluation de la perte de chance, qui se fera presque toujours en équité.

D. CONCLUSION

Que ce soit d'un point de vue théorique ou d'un point de vue pratique, la théorie de la perte de chance ne fait pas l'unanimité et donne souvent lieu à discussion.
En définitive, les avocats de recours et les avocats d'assurance s'opposent devant les juridictions en ce que les premiers ont tout intérêt à solliciter l'indemnisation d'un dommage final, tandis que les seconds ont tout intérêt, dans les situations où la faute est établie, à solliciter l'application de la perte de chance.
La question de l'incertitude causale entre la faute et le dommage final sera ainsi au cœur des débats.

Par ailleurs, les premiers ont tout intérêt à alléguer qu'une chance perdue, même minime, doit être indemnisée, et qu'il n'existe pas de seuil minimum en dessous duquel la chance ne doit pas être considérée. Les seconds vont quant à eux rappeler que la chance doit être suffisamment sérieuse, et qu'une chance extrêmement faible ou purement hypothétique doit être considérée comme nulle, en telle sorte qu'une indemnisation ne se justifie pas.
Il est bien sûr impossible de résumer l'ampleur des débats qui entourent la théorie de la perte de chance dans cette courte contribution.
Chaque cas est différent et doit faire l'objet d'une appréciation concrète en fonction des éléments factuels du dossier, des conclusions d'un éventuel expert judiciaire désigné, etc.

E. PERSPECTIVES FUTURES

L'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extra-contractuelle dans le nouveau Code civil propose d'abandonner la perte de chance dans son acception actuelle et de la remplacer par une responsabilité proportionnelle.
L'article 5.168 de cet avant-projet se lit comme suit:
«Lorsqu'il n'est pas certain qu'un fait générateur de responsabilité soit une cause du dommage, mais que sans ce fait il y avait une **chance réelle** que le dommage ne se fût pas produit, la personne lésée a droit à réparation de son dommage en **proportion** de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait.» (souligné par nous)
Selon l'exposé des motifs, l'avant-projet «instaure une **responsabilité proportionnelle** directe, correspondant à la probabilité que le fait générateur de responsabilité a occasionné le préjudice» (souligné par nous).
Ainsi, au lieu de considérer qu'en raison de telle faute, la victime a perdu, à titre d'exemple, 50 % de chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un dommage, il serait considéré que ladite faute a causé le dommage à concurrence de 50 %.
L'avant-projet devant encore faire l'objet de discussions, il est trop tôt pour annoncer la fin de la théorie de la perte de chance telle qu'on la connaît à l'heure actuelle. Seul l'avenir nous dira si le principe de responsabilité proportionnelle est finalement adopté par le législateur.

Ceci étant, il nous semble qu'un changement de paradigme ne serait pas sans conséquence tant sur le plan juridique que sur le plan humain.

Supposons qu'un professionnel de la santé ait commis une faute, que cette faute soit effectivement établie, et que le patient soit décédé, sans pour autant qu'il puisse être affirmé avec certitude que, sans la faute, le décès aurait pu être évité.

Supposons que la chance d'éviter le décès ait été de 40 %.

En d'autres termes, que même sans la faute, le patient avait 60 % de risque de décéder.

Cette situation est bien sûr tragique, et une indemnisation sera due.

Ceci étant, si l'on fait application de la théorie de la perte de chance, il sera affirmé que, sans la faute, le patient avait 40 % de chance de survivre.

En revanche, si l'on fait application d'un principe de responsabilité proportionnelle, il sera affirmé que la faute a causé le décès à concurrence de 40 %.

Outre que cette dernière affirmation nous paraît incorrecte sur le plan strictement médical, elle fait peser un poids supplémentaire sur les épaules des professionnels de la santé, dont les responsabilités sont pourtant déjà incommensurables.

Affirmer qu'une faute a causé une perte de chance d'éviter un décès est une chose.

Affirmer qu'une faute a causé un décès dans une certaine proportion en est une autre.

Or, pour ne pas citer les célèbres propos d'Albert Camus, « mal nommer un objet, c'est ajouter au malheur de ce monde ».

VI. Le point de vue du magistrat (Juge Valérie ENGLEBERT)

1. La notion de perte de chance est source de confusion et d'incompréhension entre les médecins et les juristes.

Une piste pour y voir plus clair pourrait être de distinguer la perte de chance « médicale » de la perte de chance « juridique ».

2. Lorsqu'un patient fait l'objet d'un diagnostic erroné ou tardif, il ne bénéficie pas, ou avec retard, du traitement adéquat. Ce défaut ou ce retard ont potentiellement des conséquences sur

son état de santé : aggravation des séquelles, efficacité moindre du traitement, risque accru de décès, etc. : sur le plan médical, le patient a perdu une chance : de ne pas mourir, d'éviter des séquelles graves, de guérir.

L'évaluation de cette perte de chance est du ressort du médecin-expert, dont il est attendu qu'il expose ce qu'aurait été l'évolution du patient si sa prise en charge avait été adéquate.

La décision du juge, invité à déterminer si et dans quelle mesure le patient a perdu une chance (de ne pas mourir, d'éviter des séquelles, de guérir), sera principalement basée sur les informations communiquées par l'expert.

3. Pour évaluer cette perte de chance, l'expert se référera aux données scientifiques, notamment les statistiques. Par exemple, si le traitement adéquat après un AVC avait été appliqué, le patient aurait pu complètement guérir ou éviter, avec une probabilité de x %, de conserver telles ou telles séquelles.

L'expert médical ne doit toutefois pas se limiter à exposer des statistiques et probabilités. Il doit les confronter à la situation concrète du patient, pour déterminer la perte de chance effectivement subie par celui-ci.

Par exemple : si un retard de diagnostic d'infarctus myocardique antérieur entraîne une dégradation de l'état du patient qui a diminué ses chances de survie, il ne suffit pas de dire qu'en cas de reperfusion précoce, le taux de mortalité statistique est de 6 %. La perte de chance à évaluer étant celle qui est effectivement subie, il faut tenir compte des autres facteurs ayant influencé les chances de survie du patient (gravité intrinsèque de sa pathologie, antécédents médicaux, état de santé général, etc.).

4. La perte de chance juridique vise quant à elle l'hypothèse d'une faute établie et d'un dommage dont il n'est pas certain, mais pas non plus exclu, qu'il soit en relation causale avec ladite faute.

C'est au juge et à lui seul qu'il revient d'apprécier si cette perte de chance est certaine et, dans l'affirmative, de la quantifier.

Cet aspect de la perte de chance n'intéresse pas – ne devrait pas intéresser – les médecins experts.

Par exemple : la victime d'un accident impute aux séquelles liées à un accident de ne pas avoir décroché la promotion à laquelle elle prétendait.

A-t-elle, à cause de l'accident, perdu la chance d'obtenir cette promotion ?

Cette question suppose d'examiner les circonstances concrètes de la cause et n'est pas du ressort des experts. C'est le juge qui la tranchera, aidé par la description précise des lésions mais surtout des troubles fonctionnels et situationnels subis par la victime qu'il trouvera dans le rapport d'expertise.

Synthèse et conclusions
(Professeur Jean-Michel GUÉRIT)

Sur le plan conceptuel, il ressort de l'exposé de Maître Alaluf que la notion de « perte de chance » correspond à une « création de toutes pièces », à savoir celle d'un *autre dommage*, en relation *certaine* avec une faute médicale, que l'on substitue à un préjudice dont la relation causale certaine avec cette faute ne peut être établie qualitativement ou quantitativement.

Dès le début de leurs exposés, les avocats tant des victimes que des compagnies d'assurance soulignent l'intérêt de ce concept de « perte de chance » en tant que facteur d'équilibre entre les médecins et leurs patients, tout en soulignant que ce concept est une « arme à double tranchant » : d'un côté, il peut permettre à une victime d'être indemnisée au cas où la relation causale entre son préjudice et la faute n'est pas certaine (gain potentiel pour la victime) mais d'un autre côté, il peut être utilisé par l'assureur pour réduire les indemnités à déboursier en cas de faute avérée (gain potentiel de l'assureur).

Il est évidemment nécessaire d'introduire un concept de ce type dans la mesure où une relation causale certaine et exclusive entre une faute médicale et la *totalité* d'un préjudice est souvent difficile, voire impossible à établir. L'exposé du docteur Rutgers à propos des AVC, soulignant la multitude des facteurs intervenant dans le pronostic d'un AVC correctement traité ou non, est, de ce point de vue, particulièrement illustratif. Nous pensons également personnellement que ce concept pourrait être étendu à des situations, autres que de responsabilité médicale, du type de celles présentées par le docteur Ghariani : un accident responsable de lésions cérébrales chez un très jeune enfant entraîne certainement une

perte de chance de développement intellectuel optimal tout en sachant que, si cet enfant présente des difficultés scolaires à l'adolescence, on ne peut pas affirmer avec certitude que ces difficultés sont totalement liées à l'accident.

La position des médecins-experts par rapport au concept de perte de chance semble à première vue ambivalente.

D'un côté, plusieurs intervenants ont rappelé que la décision d'imputer, à une faute, une perte de chance est du ressort du juge et que celui-ci ou celle-ci, à condition de faire application des règles relatives à la preuve et de motiver sa décision, n'est pas tenu de suivre l'avis des experts médicaux. Il s'agit en fait de la notion de « perte de chance juridique » qui, comme le soulignent la Juge Englebert et Maître Estienne, ne devrait pas intéresser les médecins-experts.

À l'inverse, dès lors qu'un juge a décidé d'imputer une perte de chance « juridique » à une faute, il ou elle aura absolument besoin d'informations médicales qualitatives et quantitatives pour l'évaluation des indemnisations. Les informations quantitatives sont de deux ordres : une évaluation de l'IPP finale et l'évaluation d'un « coefficient de pondération » qui permettra de quantifier médicalement (« perte de chance médicale ») la « perte de chance juridique » dont le ou la juge a décrété l'existence.

On est ainsi confronté à une « chaîne » de trois facteurs : (i) une faute (**F**), facteur binaire dont la valeur est soit 0 (pas de faute) soit 1 (présence d'une faute) ; (ii) un préjudice (**P**) (évalué quantitativement (IPP) ou semi quantitativement (préjudices classiques) ; un coefficient de pondération (**CP**) mesurant dans quelle proportion on peut évaluer le préjudice en relation causale avec la faute, coefficient dont la valeur peut théoriquement aller de 0 (certitude absolue d'absence de lien causal entre la faute et le préjudice) à 1 (certitude absolue de lien causal entre le préjudice et la faute), toutes les valeurs intermédiaires étant possibles. Dans cette perspective, l'évaluation finale de l'indemnisation serait déterminée (par le ou la juge) au moyen de la formule : « (**F**) x (**CP**) x (**P**) ».

Si la suggestion de remplacer la notion de « perte de chance » par celle de « responsabilité proportionnelle » peut poser des questions d'ordre quasi philosophique (cf. Maître Channaoui : « sans la

faute, le patient avait 40 % de chances de survivre » v. « la faute a causé le décès à concurrence de 40 % »), ces questions deviennent à notre sens secondaires dès lors que l'on considère **(CP)** comme un simple coefficient, une « variable intermédiaire adimensionnelle » que l'on interpose entre la faute et le préjudice final, afin de pouvoir établir l'existence ou non d'un lien de causalité indéniable entre la faute ou l'accident et ce préjudice final et, le cas échéant, de préciser quantitativement dans quelle proportion cette faute peut être considérée comme responsable du préjudice.

Sans vouloir empiéter sur des compétences qui ne sont pas les nôtres, nous trouvons que la décision d'attribuer à **(CP)** la valeur « 1 » pour toute probabilité supérieure à 0,75 décision favorable à la victime, devrait être contrebalancée par celle de définir un seuil inférieur de probabilité, par exemple 0,25, en dessous duquel il serait décidé

d'attribuer à **(CP)** la valeur 0. Le mérite d'un tel outil à la disposition du ou de la juge serait de fournir un compromis entre, d'une part, la nécessité de tenir compte des nombreuses « zones grises » dans l'appréciation des relations entre le préjudice et la faute ou l'accident, tout en évitant d'inonder et de saturer le système par des discussions stériles et interminables à propos de situations où le lien de causalité est, soit quasi exclu, soit quasi certain.

Nous estimons également que nos débats ont permis de clarifier significativement la position du médecin-expert dont le rôle est d'apporter au ou à la juge un maximum de données qualitatives et quantitatives (« perte de chance médicale », préjudice final) susceptibles de faciliter les tâches qui lui sont dévolues de quantification du paramètre **(CP)** (« perte de chance juridique ») et d'estimation la plus juste de l'indemnisation finale.

L'expertise ergologique

Jean-Pierre Lauwereys – Préface de Jean-Luc Fagnart

L'ergologue est désigné ou sollicité pour évaluer la perte socio-économique d'une personne atteinte par une maladie, ou qui présente les séquelles d'un accident de travail ou de la vie privée.

Il peut encore être appelé à donner un avis sur des points particuliers de la capacité à occuper un poste de travail précis, comme celui de la conduite de véhicules ou d'engins de chantiers, par exemple.

En une douzaine de chapitres, l'auteur entraîne le lecteur sur les sentiers de l'ergologie, depuis la création du premier outil jusqu'aux domaines d'intervention de l'ergologue.

La matière est introduite tout d'abord par une synthèse de l'histoire de l'évolution de l'Homme dans sa relation au travail, suivie d'une description de l'ergologie, de l'ergonomie et de l'ergothérapie ainsi que de la méthodologie de l'examen ergologique, tout en abordant le problème de la simulation.

Suivent, émaillées d'exemples, les approches des séquelles rencontrées, telles que celles des suites de traumatismes crâniens, du rachis des membres, de la main, de maladies professionnelles, de la prise en compte de la douleur, des différentes dépendances, dont celle à l'alcool.

Viennent ensuite les champs et les outils d'investigations :

- des dispositions intellectuelles, à l'effet Flynn ;
- de la psychomotricité ;
- d'un facteur sensoriel : la vision et
- de la personnalité.

Après l'étude du marché du travail, un dernier chapitre est consacré à des examens ergologiques particuliers, tels que :

- le bilan de compétences ;
- l'examen psychologique et
- l'évaluation de l'aptitude à la conduite.

Cet ouvrage intéressera particulièrement les magistrats, avocats, assureurs, médecins, psychologues impliqués dans l'expertise de victimes d'accidents ou de maladies.

Pour toute information ou commande : www.anthemis.be ou commande@anthemis.be



Édition 2020 –
284 pages – 83 €