

1. La notion juridique de perte de chance en droit médical

Quelquefois définie comme « l'interruption d'un processus à l'issue incertaine », la perte de chance est plus généralement perçue comme « *la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* » (d'où l'idée de « chance » v. projet d'article 1238 du Cciv. dans l'avant-projet de loi de réforme du droit des obligations). En revanche son évaluation est limitée en ce que le préjudice de perte de chance doit être distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance, si elle s'était réalisée.

2. L'utilisation de la perte de chance « de guérison ou de survie »

2.1 Un concept variable appréciable au regard des circonstances concrètes

Depuis 1965, les juridictions civiles décident, d'une manière constante, que le médecin, qui par sa faute fait perdre à son malade une chance de guérison ou de survie, engage sa responsabilité (Civ. 1^{re}, 14 déc. 1965, Civ. 1^{re}, 18 mars 1969, JCP 1970. II. 16422, note Rabut ; RTD civ. 1969. 797, obs. Durry). La chance de guérison ou de survie perdue par la faute du médecin constitue donc, en elle-même, indépendamment de l'invalidité ou du décès, un préjudice indemnisable (Civ. 1^{re}, 27 mars 1973, D. 1973. 595, note J. Penneau ; JCP 1974. II. 17643, note Savatier ; Gaz. Pal. 1973. 2. 630, note Doll.)

Le dommage résultant pour la victime de la perte d'une chance d'obtenir une amélioration de son état est fonction de son état réel, et il incombe seulement à la victime de préciser à quel montant elle évalue ses différents préjudices, l'office du juge consistant, après en avoir apprécié le bien-fondé, à déterminer souverainement la fraction de ces préjudices correspondant à la chance de les éviter (Civ. 1^{re}, 8 juill. 1997, Bull. civ. I, n° 239 ; JCP 1997. II. 22921, note Sargos). Il a été précisé, à cet égard, que le préjudice découlant, pour une personne, de la perte d'une chance de sauvegarder son intégrité corporelle ne se mesure pas arithmétiquement à la gravité de l'atteinte finalement portée à cette intégrité, fut-elle affectée d'un coefficient de réduction, mais doit correspondre à l'importance de la chance perdue eu égard à la probabilité concrètement appréciée de sauvegarde dont bénéficiait la personne en question avant la perturbation apportée par le fait dommageable.

L'évolution inéluctable de l'état antérieur n'exclut pas l'existence d'un préjudice : la perte d'une chance « de retarder l'échéance fatale que comportait une maladie et d'avoir une fin de vie meilleure et moins douloureuse, ce qui constituait une éventualité favorable », représente un préjudice réparable (Civ. 1^{re}, 7 juill. 2011, D. 2011. 2565, obs. Laude ; RTD civ. 2011. 768, obs. Jourdain).

Il faut noter toutefois que dans le contentieux général de la responsabilité de la puissance publique (don à l'égard des établissements publics de santé), seule la perte d'une chance *sérieuse*, correspondant à une probabilité *élevée* de survenance ou de non-survenance d'un événement est prise en compte. (CE, sect., 5 janv. 2000, Cts Telle, req. n° 181899, Lebon 5 ; AJDA 2000. 180 ; AJDA 2000. 137, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2000. 28 ; RFDA 2000. 641, concl. D. Chauvaux ; RFDA 2000. 654, note P. Bon ; RDSS 2000. 357, note L. Dubouis)

2.2 Un concept variable au regard de la causalité aléatoire

Au-delà de l'état du patient, la notion de perte de chance, qui doit être prouvée, doit aussi être en lien entre le comportement de l'établissement ou du praticien supposé fautif et le dommage évoqué. Dans la mesure où la jurisprudence relative à la perte de chance de guérison ou de survie se satisfasse d'un rapport de causalité aléatoire, elle se fonderait sur une présomption de causalité que le médecin ne pourrait détruire qu'en apportant la preuve qu'une cause étrangère à son activité a été seule à l'origine du dommage.

En l'espèce la question de l'approvisionnement impossible en anesthésiant relève bien de ce cas.

L'établissement évoque l'impossibilité pour le praticien de « respecter son obligation de moyens ».

Dans cette hypothèse, il a déjà été jugé que la perte de chance, présentant un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable. Encore faut-il, qu'il soit établi qu'au moment de l'intervention du médecin, le malade possédait toujours une chance de vie (Civ. 1^{re}, 25 mai 1971, JCP 1971. II. 16859, 3^e esp.), et qu'il soit établi que la faute du médecin était en relation de causalité avec la chance perdue (Civ. 1^{re}, 17 nov. 1982, D. 1983. IR 380, obs. J. Penneau ; JCP 1983. II. 20056, note Saluden.).

Il a encore été décidé – et ceci éclaire d'un jour particulier la relation entre la chance perdue et le préjudice final, décès ou invalidité, et la signification de cette jurisprudence par rapport à la théorie de la causalité partielle – que, dès lors que le comportement (fautif) du médecin n'a eu aucune conséquence, il n'y a pas à reposer la question subsidiaire d'une éventuelle perte de chance de survie imputable à ce comportement (Civ. 1^{re}, 27 mars 1985, D. 1986. 390).

Notons également ici qu'en droit public, la notion de perte de chance n'a d'incidence sur l'évaluation du dommage réparable qu'en matière médicale, dans deux domaines particuliers, à savoir les accidents corporels qui résultent d'un défaut d'information du patient sur les risques d'un traitement ou d'une intervention (CE, sect., 5 janv. 2000, Cts Telle, précité) d'une part, et, d'autre part sur le défaut ou le retard dans le diagnostic ou les soins (CE, sect., 21 déc. 2007, Centre hospitalier de Vienne). En ces deux matières, *toute perte de chance* peut donner lieu à réparation, mais seulement à hauteur d'une *fraction* du dommage corporel subi, correspondant à la probabilité qu'avait la victime d'y échapper et constitutive de sa chance perdue.