

Par ces motifs, ...

Reçoit l'appel.

Dit n'y avoir lieu à ordonner un complément d'expertise.

Confirme, pour d'autres motifs, le jugement *a quo* sous la seule émendation que l'indemnité de procédure d'instance est liquidée dans le chef du docteur A. et de X. au montant minimal de 82,50 euros. ...

Siég. : Mmes C. Dumortier, E. Dehant et B. Wauthy. Greffier : M. O. Toussaint.

Plaid. : M^{cs} C. Debatty, S. Del Giudice (loco J. Baudoin) et V. Rixhon (loco A. Lamalle).

J.L.M.B. 11/373

Observations

Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d'une chance

1. On sait le volume d'encre que la théorie de la perte d'une chance a fait couler, depuis le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004, jusqu'à ce que la haute juridiction mette elle-même un terme aux controverses par le limpide arrêt *Prizrak* du 5 juin 2008¹. L'enseignement de cet arrêt peut se résumer comme suit : du principe fondamental selon lequel il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé, lien qui suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit, il se déduit que la *perte d'une chance réelle de guérison ou de survie* ne peut être prise en considération pour l'indemnisation que si la faute est la *conditio sine qua non* de la perte de cette chance. Le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est *imputable à une faute* ; il peut dès lors indemniser la perte d'une chance de guérison ou de survie s'il constate que, moyennant un traitement diligent, la victime, qui n'avait qu'une *chance* de guérison ou de survie, a perdu la chance d'une issue favorable par la faute du professionnel de santé. Encore faut-il que la victime ait *effectivement réclamé* – en général en ordre subsidiaire – la réparation de cette perte de chance de survie, et que le juge énonce les constatations lui permettant de considérer que, si la victime avait été correctement soignée, elle aurait eu une chance réelle de survivre. Afin de justifier légalement sa décision d'allouer des dommages et intérêts en pareil cas, le juge ne doit laisser subsister *aucun doute sur le lien de causalité* entre la faute et le dommage, soit la perte de la chance de survie ; il doit en d'autres termes exclure que, sans la faute incriminée, le dommage se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé.

Cet arrêt confirme que la perte d'une chance est un *type particulier de dommage*, défini comme « la perte certaine d'un avantage probable »², et qu'elle n'a rien à voir avec le lien de causalité qu'elle doit présenter à l'égard de la faute épinglée. La perte d'une chance est purement et simplement *étrangère au lien causal, qui doit toujours être certain*. A cet égard, le second arrêt commenté du 31 mars 2011, si l'on com-

1. Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, n° 350, *J.T.*, 2009, p. 28, note A. PUTZ, *N.j.W.*, 2009, p. 31, note H. BOCKEN et I. BOONE, *R.W.*, 2008-2009, p. 795, note S. LIERMAN, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 210, note S. LIERMAN, *Bull. ass.*, 2008, p. 418, note H. BOCKEN. Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, p. 478-496, et les références citées p. 478-479 et p. 485, note 608 à propos de l'arrêt du 1^{er} avril 2004 (*Pas.*, n° 174 et les substantielles et remarquables conclusions de l'avocat général WERQUIN, p. 528-549).

2. J.-L. FAGNART, " La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain ", in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Anthemis, 2006, p. 73-74. Voy. aussi l'étude de P. VAN OMMESLAGHE, " Lien de causalité et dommage réparable : dérives et corrections ", in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Anthemis / Bruylant, 2008, p. 687-708, spéc. p. 698-708, n° 18-30.

prend sans peine le raisonnement qui l'anime, n'est pas à l'abri de la confusion sémantique : après avoir décrit la faute reprochée au médecin urgentiste, accueillant une femme enceinte admise après avoir été victime d'un accident de roulage lors duquel elle a subi un choc important à l'utérus entraînant un traumatisme fœtal – faute qui consiste à ne pas avoir immédiatement entrepris un « *bilan spécifique concernant la grossesse* » de la patiente et à ne pas avoir « *veillé à ce que les instructions du (gynécologue de garde, contacté par téléphone) relatives au placement d'un monitoring soient respectées* » –, la cour d'appel « *se pose cependant la question de la relation causale entre cette faute et le décès de (l'enfant)* », question qu'elle raccroche à l'argumentation de la maman qui « *se contente à cet égard d'affirmer péremptoirement que le comportement fautif du (médecin urgentiste) a fait perdre une chance de survie à sa fille* ». Ceci témoigne d'une confusion, fréquente chez les plaideurs comme chez certains magistrats, entre perte d'une chance et relation causale, la théorie venant inexactement pallier l'impossibilité d'administrer la preuve d'un lien causal certain.

2. C'est par conséquent à bon droit que l'arrêt énonce que « *la perte d'une chance peut constituer un dommage susceptible d'indemnisation lorsqu'il ressort des circonstances de l'espèce que cette chance était certaine ou à tout le moins raisonnable* » (nous soulignons), mais tel n'était pas exactement le problème en l'espèce : si l'indemnisation est refusée, c'est, pour reprendre les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2008, au motif que la faute retenue n'est pas la *conditio sine qua non* de la perte de chance de survie du bébé, qui n'est dès lors pas *imputable* à une faute. C'est bien sur le plan de la certitude causale, et non du dommage réparable, que l'on se situe ; or, sans compter qu'une chance n'est par définition jamais *certaine*, la vérification de son caractère raisonnable, de la probabilité de sa réalisation en l'absence de la faute, revient à contrôler que la perte de chance alléguée présente bien les caractéristiques d'un dommage réparable. Les deux débats sont évidemment étroitement imbriqués en fait, mais ils demeurent distincts en droit.

L'arrêt commenté décide qu'au vu du rapport de l'expert judiciaire, le décès de l'enfant est dû, non à la faute de l'urgentiste, mais à l'accident de roulage subi par la maman et au choc reçu à cette occasion. Aux yeux des magistrats, c'est à ce moment et pour cette raison que l'enfant à naître a été traumatisée et est entrée en souffrance fœtale. Dans ces conditions, l'action en responsabilité intentée par la maman devait être rejetée, non pas tant parce que « *même si la césarienne était intervenue rapidement dès après l'admission de (la patiente) aux urgences, il n'apparaît pas que les chances de survie (du bébé) étaient certaines ni même raisonnables compte tenu du traumatisme qu'elle avait subi lors de l'accident* », mais tout simplement à défaut de preuve d'un lien causal certain entre la faute commise et le décès, lequel est imputable à l'accident et non à la prise en charge médicale déficiente. Nonobstant cette imprécision relative, le raisonnement de l'arrêt est dès lors juridiquement correct. Il pourra toutefois étonner quelque peu en fait, dès lors qu'il ressort des constatations que la cour d'appel énonce que, si cette prise en charge avait été optimale, la césarienne aurait pu être pratiquée plus d'une heure et demie plus tôt, abrégeant d'autant la souffrance fœtale (qui aurait tout de même duré une heure et demie, mais non trois heures). Il n'est pas interdit de supposer, au prix d'un regard profane et extérieur, que les conséquences eussent alors peut-être – on reste au cœur de la question cruciale du lien causal ... – été moins dramatiques.

3. Davantage que les hypothèses de décès – où la question qui se pose est celle de la causalité de celui-ci, plutôt que celle, qui signe déjà à notre sens un dévoiement de la notion, de « *perte de chance de survie* » substituée au dommage effectif qui est constitué *par le décès* –, le premier arrêt commenté du 9 septembre 2010 se situe quant à lui dans ce que nous considérons être l'un des domaines d'élection de la théorie de la perte d'une chance en droit médical, soit l'hypothèse où la faute consiste en un man-

quement au devoir d'information du médecin³. On l'approuvera tout d'abord pour avoir rappelé à un médecin, qui ne s'estimait pas tenu d'une obligation d'information concernant les différentes options thérapeutiques possibles, leurs avantages et les risques qui y sont liés – au motif, peut-on deviner, que l'intervention litigieuse remontait au mois d'avril 1999 et était donc antérieure à la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, qui a formalisé cette exigence –, que « *la problématique du consentement éclairé du patient n'est pas neuve et était bien connue fin des années 1990* » – et même largement avant. Que la plus grande transparence à l'égard du malade au sujet du choix du traitement et des complications possibles n'ait pas toujours été de mise dans les faits, c'est une chose ; qu'elle soit cependant progressivement devenue juridiquement obligatoire en est une autre.

Nul ne conteste que le consentement du patient est la condition de licéité principale de toute intervention thérapeutique ; et ceci s'explique, non pas tant par le schéma contractuel dans lequel celle-ci s'inscrit, ni d'ailleurs parce que la loi l'impose formellement depuis 2002, mais par l'exigence fondamentale de *protection de son intégrité physique*. L'article 1135 du code civil, par le truchement duquel cette obligation impérative peut être, par la force des choses, « greffée » sur le contrat médical, est en quelque sorte aussi utile ici que la loi du 22 août 2002. Or, ce consentement n'a de sens et de portée effective que s'il est précédé d'une information complète – ou, plus précisément, conforme aux souhaits du patient, qui peut accepter de consentir en n'étant pas pleinement informé, dès lors que cela procède d'un choix conscient de sa part. L'information n'est dès lors pas une exigence abstraite et désincarnée, mais *finalisée* en considération du consentement valable et exprès qu'elle rend possible⁴.

4. Aucune faute « technique » n'a pu être établie dans cette affaire, l'expertise judiciaire n'ayant pas permis de mettre en évidence une erreur de posologie ou une injection mal dosée ou trop importante du produit sclérosant. Les lésions nécrotiques subies par le patient résultaient d'injections para-veineuses accidentelles, soit d'une complication connue, documentée et non exceptionnelle, relevant de l'accident thérapeutique plutôt que d'une faute caractérisée : il n'a pu être démontré à suffisance qu'en recourant à la sclérothérapie et en poursuivant cette thérapie, le médecin avait opté pour un traitement contre-indiqué au vu de la pathologie rencontrée par le malade. En revanche, il avait choisi et entamé celui-ci « *sans que soit fournie au patient une information sur les différentes possibilités thérapeutiques (...) et sur les risques liés à chacune d'elles* ». L'arrêt rappelle alors la portée de l'information portant sur les risques : elle ne doit pas se limiter aux « *risques normaux et prévisibles* », mais englober tous ceux « *dont le médecin sait ou doit savoir qu'ils sont significatifs pour une personne normale, placée dans les mêmes circonstances que le patient* » (nous soulignons), donc amenée à prendre une décision de soins dans un tableau clinique similaire. Cette théorie des risques significatifs était généralement admise, dès avant l'avènement de la loi du 22 août 2002 qui l'a consacrée dans son article 8, paragraphe 2, qui évoque les « *risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient* »⁵.

Il est en définitive reproché au médecin de « *n'avoir pas laissé au patient, dans les circonstances propres à la cause où l'indication d'une intervention en sclérothérapie ne s'imposait pas et était controversée, le choix du traitement après une information*

3. Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, p. 490-494; G. GENICOT, " L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin ", note sous Liège, 22 janvier 2009, cette revue, 2009, p. 1165-1182.

4. Sur l'information et le consentement, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, p. 125-185 et les références citées.

5. Sur l'évolution des théories à cet égard en Belgique et sur les critères permettant d'identifier les risques significatifs ou pertinents pour le patient, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, p. 167-172. Parmi ces critères, l'arrêt commenté insiste particulièrement sur la nécessité thérapeutique de l'intervention, très relative, voire inexistante, en l'espèce.

précise des risques liés à ce traitement ». Sans doute n'était-il pas démontré – pareille preuve paraît en pratique bien difficile à rapporter – qu'averti des risques de nécrose, le patient « *aurait certainement renoncé et opté pour un autre traitement* » ; mais, et l'arrêt est méritoire de l'affirmer, en présence d'une « *lacune dans le devoir d'information* », le patient perd précisément « *une chance de décider en pleine connaissance de cause du traitement* », autrement dit « *la possibilité de ne pas entamer* » celui-ci. La cour d'appel, ici, ne verse nullement dans la confusion entre causalité et dommage réparable lorsqu'elle affirme l'existence d'« *un lien de causalité certain entre le défaut d'information des risques et la perte de chance d'éviter les séquelles* » subies par la victime.

5. Dans un arrêt remarqué du 3 juin 2010⁶, la Cour de cassation française nous adresse un message essentiel. Dès lors que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention qui lui sont proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir (articles 16 et 16-3, alinéa 2, du code civil français), *le non-respect du devoir d'information qui en découle cause, à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice* qu'en vertu de l'article 1382 du même code, *le juge ne peut laisser sans réparation*. L'arrêt déféré à la censure de la Cour est cassé pour avoir violé ces textes, par refus d'application, en écartant toute responsabilité d'un urologue qui avait manqué à son devoir d'information, au motif qu'il n'existait pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée, eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale, et qu'il était peu probable que le patient, dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de cette intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves.

Grâce à cet arrêt, le manquement au devoir médical d'information prend désormais, aux yeux de la Cour régulatrice française, les traits d'un *préjudice autonome*, détaché du plus ou moins franc succès des soins prestés et d'une recherche parfois passablement divinatoire de la décision qu'aurait prise le patient si – *quod non* – il avait reçu tous les éclaircissements souhaités. En clair, le manquement au devoir d'information *cause en soi un préjudice* à la personne à laquelle l'information est due, et ce préjudice doit impérativement être réparé⁷. Il ne saurait s'identifier aux séquelles de l'intervention elles-mêmes, aux conséquences de la réalisation du risque proprement dites⁸, mais il doit y avoir place pour *un autre préjudice*, plus limité et mieux ciblé, qui, lui, se trouve en lien causal avec la faute « d'humanisme » ou « de conscience » retenue dans le chef du praticien. Il s'agit de ce que l'on peut appeler le *préjudice d'impréparation*, défini comme le dommage « dont peut se plaindre tout patient qui n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement au risque qui lui avait été

6. Cass. fr. (1^{er} ch. civ.), 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT, *D.*, 2010, p. 1522, note P. SARGOS, *J.C.P.*, 2010, p. 1453, note S. PORCHY-SIMON, *Petites affiches*, 17-18 août 2010, p. 9, note R. MISLAWSKI ; J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien / Lextenso, 2010, p. 117, n° 223 et p. 130-131, n° 252.

7. Voy. G. GENICOT, " Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome ", note sous Cass. fr., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 110-113.

8. S'il établit que le médecin a commis une faute en procédant à une intervention sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé, le patient doit, pour obtenir réparation d'un dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un lien de causalité certain entre cette faute et ce dommage ; la thèse selon laquelle « un médecin, qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage », est inexacte (Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, n° 270, conclusions de l'avocat général DE KOSTER, *J.T.*, 2006, p. 491, cette revue, 2006, p. 1170, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116 ; dans le même sens, Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, n° 397, conclusions de l'avocat général DE KOSTER, cette revue, 2010, p. 967, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 27, note Q. VAN ENIS ; J.-L. FAGNART, " Le silence et le risque ", *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 122).

caché »⁹. D'ordre évidemment moral, ce préjudice n'en est pas moins susceptible d'être substantiellement réparé.

Nous maintenons le vœu que la jurisprudence belge souscrive à cette analyse novatrice et consacre l'existence d'un préjudice moral *autonome* dans le chef du patient victime d'une information lacunaire ou déficiente. La réparation systématique et effective de pareil dommage, par l'allocation de montants autres que symboliques, affermirait salutairement le principe d'autonomie et d'autodétermination de la personne. Dans l'attente, on se satisfait de voir certaines juridictions, à l'instar de la cour d'appel de Liège dans la présente affaire, admettre que le patient insuffisamment informé a (irréremédiablement) perdu la possibilité de prendre position en pleine connaissance de cause : la réalisation de cette « chance » dépend non seulement du libre arbitre de la personne, mais aussi d'une pluralité de paramètres dont, au premier chef, l'exhaustivité, la fiabilité et l'honnêteté des renseignements obtenus. L'arrêt commenté marque ainsi un pas dans la bonne direction.

GILLES GENICOT
Avocat au barreau de Liège
Maître de conférences à l'ULg

Cour d'appel de Mons (6^e chambre)

28 octobre 2011

Médecin - Responsabilité – Gynécologue – Devoir d'information – Faute – Echec d'une vasectomie – Spermogramme non effectué – Naissance d'un enfant – Préjudice moral.

Observations.

L'exécution diligente du contrat médical ne prend pas toujours fin avec l'exécution de l'intervention, le médecin exécutant devant prévenir le patient des mesures de prévention ou de contrôle possibles qui pourraient être nécessaires. Il ne doit pas obligatoirement les exécuter lui-même mais peut renvoyer le patient vers son médecin traitant, en l'en informant adéquatement, c'est-à-dire de telle façon qu'il puisse valablement percevoir et comprendre les conseils qui lui sont prodigués. A supposer que le gynécologue ayant pratiqué une vasectomie ait effectivement informé le patient de la nécessité de réaliser un spermogramme deux mois après l'intervention, cette information est inadéquate si elle n'est pas accompagnée de la délivrance d'une prescription médicale ou d'un rapport adressé au médecin traitant, recommandant à celui-ci de prescrire cet examen en temps utile. Il en est d'autant plus ainsi lorsque l'information est donnée au patient oralement, le jour même de l'intervention, après qu'il a subi une anesthésie générale et dans le cadre d'un entretien qui était notamment destiné à vérifier son état de conscience. Il est, par ailleurs, fautif, dans le chef du gynécologue, de n'avoir pas veillé à transmettre le protocole histologique au médecin traitant du couple, afin que celui-ci puisse l'interpréter à l'intention de ses patients.

Il résulte d'un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes que, si les parents avaient été informés de l'échec de l'intervention litigieuse, ils auraient, à l'époque de la conception de l'enfant, soit utilisé une méthode contra-

9. D. HOUTCIEFF, " Responsabilité médicale : ne pas être informé nuit gravement au patient ! ", commentaire disponible sur le blog de l'auteur <http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/archive/2010/06/10/responsabilitemedicale-ne-pas-etre-informe-nuit-gravement-a.html> (accès le 20 mai 2012), qui se réfère à la définition proposée par M. PENNEAU (note sous Angers, 11 septembre 1998, D., 1999, jur., p. 50). Voy. aussi les percutantes considérations de l'avocat général LEGOUX dans son avis précédant l'arrêt du 3 juin 2010 (reproduit in *Gaz. Pal.*, 16-17 juin 2010, p. 9-12).