

M^E JUDITH
RAFFY

© Louis Piquemil - Echos Judiciaires Girondins

Responsabilité médicale

Évaluer la perte de chance

LE CERCLE DES EXPERTS

CHRONIQUE DE L'INSTITUT DE DOMMAGE CORPOREL • Comment évaluer la perte de chance dans le cas d'une erreur médicale ou d'un défaut de prise en charge d'un patient ? Analyse de jurisprudences et de cas concrets pour clarifier cette notion définie comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Par M^e Judith RAFFY, avocate à la Cour, spécialiste en droit du dommage corporel

D'origine jurisprudentielle, la notion de perte de chance a d'abord été introduite par le juge judiciaire (arrêt de la chambre des requêtes du 17 juillet 1889), puis par le juge administratif^[1]. Elle se définit comme la « disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »^[2].

La notion de perte de chance a vocation à s'appliquer lorsque l'accident médical (faute ou non) fait perdre au patient la chance de bénéficier de soins adéquats et aboutit à un préjudice corporel (y compris au décès).

Il s'agit d'une perte de chance pour la victime de voir son état de santé s'améliorer ou ne pas s'aggraver, du

fait d'un retard dans sa prise en charge, d'un défaut de diagnostic, de la survenue d'une infection nosocomiale ou d'un aléa thérapeutique.

Le préjudice indemnisé n'est pas l'état de santé dégradé dans son ensemble, mais la perte de chance de guérison ou de survie. L'indemnisation de cette perte de chance correspond à une fraction des différents chefs de préjudices subis.

Nous illustrerons ici, par une jurisprudence récente de la Cour de cassation, et par deux dossiers du cabinet, cette notion complexe mais passionnante.

[1] CE, 24 avril 1964, Hôpital-Hospice de Voiron.

[2] Crim., 18 mars 1975.

UNE ERREUR MÉDICALE SANS PERTE DE CHANCE

La perte de chance peut tout d'abord s'appliquer aux accidents médicaux fautifs, lorsque l'erreur médicale a fait perdre une chance au patient de guérir, de survivre, de moins souffrir ou de souffrir moins longtemps. Cette perte de chance doit pouvoir être rattachée par un lien direct et certain à un manquement fautif. Dans un arrêt du 29 mars 2023^[3], la Cour de cassation a rappelé qu'une perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable.

En l'espèce, une patiente a réalisé en 2010 une mammographie ne révélant pas de lésion. Un an plus tard, la patiente découvre par autopalpation un nodule au sein droit : un bilan est réalisé et met en évidence l'existence d'une tumeur cancéreuse. La patiente bénéficie d'une chimiothérapie puis d'une mastectomie.

C'est dans ce contexte qu'elle met en cause la responsabilité du radiologue qui a réalisé la première mammographie de 2010. Une expertise est diligentée par la CCI (Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux) et conclut à une erreur de diagnostic du radiologue qui avait mal interprété les clichés.

Les Juges considèrent cependant qu'il n'existe pas de lien de causalité certain entre cette erreur de diagnostic et la mastectomie : même si le radiologue avait correctement interprété les clichés de 2010, les traitements (dont la mastectomie) auraient été identiques. Le retard de diagnostic n'a donc pas impliqué de traitement supplémentaire : le retard dans la prise en charge de Mme X ne lui a fait perdre aucune chance d'éviter une mastectomie.

L'arrêt d'appel est confirmé par la Cour de cassation qui considère que la faute n'a eu aucune conséquence sur l'état de santé de la patiente : il ressortait en effet du rapport d'expertise que dès 2010, Mme X était porteuse d'une tumeur multifocale pour laquelle une mastectomie aurait été indispensable, et ce dès cette date.

Ce cas d'espèce illustre bien la nécessité d'un lien causal entre le préjudice subi et l'erreur médicale.

A *contrario* de cet arrêt de la Cour de cassation, nous présenterons deux dossiers du cabinet dans lesquels une perte de chance a été retenue.

UN DÉFAUT DE PRISE EN CHARGE À L'ORIGINE D'UNE PERTE DE CHANCE

Concernant le défaut de prise en charge, il est important d'avoir à l'esprit, pour distinguer l'indemnisation intégrale et la perte de chance, que cette dernière indemnise une incertitude. C'est-à-dire qu'il n'est pas certain que si la faute n'avait pas été commise, la guérison (ou l'amélioration de l'état de santé) aurait pu advenir.

En revanche, il est certain que si le patient avait été bien pris en charge, il avait une chance de guérison (ou d'amélioration de son état de santé) et que le défaut de prise en charge l'a privé de cette chance. Mais la

frontière est parfois difficile à établir entre droit à indemnisation intégrale et perte de chance.

Prenons l'exemple d'un accouchement dystocique au cours duquel la patiente, malgré les importants troubles du rythme cardiaque auquel fait face le fœtus, n'est pas prise en charge en urgence et ne bénéficie pas de la césarienne que nécessitait la détresse respiratoire de l'enfant. L'enfant naît, après de longs efforts expulsifs, en état de mort apparente et restera atteint de troubles moteurs cérébraux gravissimes.

Les Experts médicaux ont établi que si une césarienne avait été réalisée en urgence comme le commandaient les bonnes pratiques obstétricales, l'enfant n'aurait pas souffert d'une hypoxie aussi prolongée et n'aurait pas subi les dommages cérébraux irréversibles présentés. La causalité scientifique paraissait certaine dans cette affaire... et il n'y avait donc pas lieu, *a priori*, d'appliquer une perte de chance.

Bien entendu les défenseurs ne l'ont pas entendu comme cela et la Cour administrative d'appel a fait application d'un taux de chance de 50 %, jugeant qu'il n'était pas établi avec certitude qu'en l'absence de défaut de prise en charge, l'enfant n'aurait pas subi une hypoxie et l'infirmité motrice cérébrale qui en découlait^[4].

L'affaire a été portée devant le Conseil d'État, notamment pour dénoncer la contradiction entre les conclusions du rapport d'expertise et l'appréciation de la Cour d'appel. Le pourvoi n'a malheureusement pas été admis sur ce point^[5].

“ La frontière est parfois difficile à établir entre droit à indemnisation intégrale et perte de chance ”

UNE ERREUR DE DIAGNOSTIC À L'ORIGINE D'UNE PERTE DE CHANCE

Monsieur X souffre de douleurs sciatiques invalidantes. Il bénéficie d'une prise en charge hospitalière et subit plusieurs examens, notamment un scanner, qui objectivent l'existence d'une hernie discale au niveau lombaire. Pendant plusieurs mois, ses douleurs s'intensifient et ses troubles s'aggravent : il présente notamment une dysurie (mictions douloureuses).

Malgré cet état de santé qui se dégrade, aucune prise en charge en urgence n'est mise en œuvre et aucun diagnostic clair n'est posé. Une IRM est finalement réalisée et permet de diagnostiquer un syndrome de la queue-de-cheval avec volumineuse hernie discale occupant la totalité du canal rachidien en L3-L4. Monsieur X subit une intervention en urgence mais présente

une paraparésie flasque avec d'importants troubles vésicosphinctériens.

La Commission d'indemnisation des accidents médicaux est saisie et l'Expert conclut à une sous-évaluation de la gravité des symptômes par l'équipe médicale alors même que le scanner du rachis lombaire montrait une importante hernie discale. L'état clinique du patient et les résultats de ce scanner auraient dû déclencher une procédure de prise en charge médicale en urgence avec réalisation immédiate d'une IRM.

“ La perte de chance doit pouvoir être rattachée par un lien direct et certain à un manquement fautif ”

D'un point de vue juridique, nous étions donc face à un retard de diagnostic, concernant un patient dont l'état de santé était déjà dégradé (comme toujours lorsqu'une prise en charge médicale intervient) et qui, sans aucune prise en charge

médicale, se serait encore dégradé. Autrement dit : si Monsieur X n'avait pas consulté (ce qui est quand même très peu probable), il aurait vraisemblablement subi *in fine* une paraparésie.

Mais si Monsieur X avait été pris en charge correctement et plus rapidement, avec des examens adaptés (IRM), il aurait très probablement pu éviter cet état de paraparésie et conserver l'usage de ses jambes. Comment alors appréhender l'indemnisation de son préjudice lié à ce retard de diagnostic ?

Dans notre affaire, l'Expert a estimé que le retard de diagnostic et de prise en charge avait fait perdre à notre client une chance, évaluée à 75 %, de récupérer ses facultés neurologiques : si la prise en charge médicale avait été conforme aux données acquises de la science à l'époque des faits, Monsieur X aurait eu 75 % de chance d'éviter son dommage (sa paraparésie).

La notion de perte de chance s'applique également aux cas d'infection nosocomiale (voir notamment arrêt du Conseil d'État du 13 janvier 2023^[6]) et à l'aléa thérapeutique (arrêt du Conseil d'État du 27 avril 2023^[7]). ■

[3] Cass. 1^{re} civ., 29 mars 2023, n° 22-13.630.

[4] CAA de Bordeaux, 2^e chambre - formation à 3, 25 juin 2019, 17BX00912 18BX03314. Inédit au recueil Lebon.

[5] CE, 5^e chs, 29 juin 2020, n° 433863.

[6] CE, 13 janv. 2023, n° 453963, Lebon T

[7] CE, 27 avr. 2023, n° 460136

