

L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral

Pierre Sargos, Président de chambre à la Cour de cassation

1 - Important arrêt que celui rendu le 6 décembre 2007 par la première Chambre civile de la Cour de cassation. Les faits en sont simples On n'en fera donc qu'une relation brève. A la suite d'une intervention chirurgicale réalisée en 1998 en vue de traiter une carotidie sévère, Jean-Louis L, alors âgé de 74 ans, a été atteint d'un risque rare inhérent à ce type d'opération, à savoir une hémiplégie. Il a ensuite subi une dégradation continue de son état de santé et est décédé un peu plus de trois ans après l'opération.

Sa veuve et son fils ont engagé une action en responsabilité contre le chirurgien en demandant - la précision est importante - d'une part, la réparation du préjudice subi par leur auteur, d'autre part, celle de leur propre préjudice. La Cour d'appel de Bordeaux a estimé que le chirurgien avait commis une faute en n'informant pas Jean-Louis L. du risque qui s'était réalisé, mais elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu à réparation de la perte de chance de ne pas subir la pathologie dont il a été atteint, dès lors qu'eu égard à la gravité de son problème cardiaque rendant l'intervention nécessaire et au risque quantitativement relativement faible qui s'était réalisé, le patient, même informé, se serait fait opérer. Il s'agit là de l'application classique d'une doctrine jurisprudentielle remontant à un arrêt du 20 juin 2000 (Bull. civ. I, n° 93 ; D. 2000. Somm. 471, obs. P. Jourdain  ; Defrénois 2000. 1121, obs. D. Mazeaud ; Gaz. Pal.2000. 1. Somm. 1442, obs. J. Guigüe) suivant lequel : « le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte ; qu'il est dès lors de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus ». Cette jurisprudence, dont il résulte que si les juges estiment que l'opération aurait été acceptée par le patient même s'il avait été informé du risque, il n'y a pas de préjudice indemnisable, a été depuis plusieurs fois confirmée (not. Civ. 1re, 13 nov. 2002. Bull. civ. I, n° 265 ; D. 2002. IR. 3188  ; RTD civ. 2003. 98, obs P. Jourdain ). C'est donc sans surprise que la Cour de cassation a rejeté le premier moyen des héritiers du défunt qui contestaient le refus de la cour d'indemniser la perte de chance.

2 - Par contre, sur les deux moyens du pourvoi incident du chirurgien, des éléments novateurs apparaissent. La cour d'appel, en effet, après avoir écarté pour les raisons évoquées *supra* la réparation de la perte de chance, a néanmoins estimé que le défaut d'information avait causé un préjudice moral, tant au défunt qu'à ses héritiers. Elle a donc alloué, au titre du préjudice moral du défunt, dont l'action était entrée dans le patrimoine de ses héritiers, la somme de 3 000 euros, et au titre du préjudice moral personnel de ces derniers, une somme identique. Ce sont ces condamnations qui sont attaquées par le pourvoi incident du chirurgien dont le premier moyen conteste celle prononcée à titre personnel au profit des héritiers et le second celle prononcée au titre du préjudice du patient lui-même. La double cassation prononcée par l'arrêt apporte trois éléments nouveaux sur : le fondement déontologique et délictuel de l'obligation d'information, l'information des proches du patient et l'exclusion du préjudice moral né d'un défaut d'information.

I - Le fondement déontologique et délictuel de l'obligation d'information

La double cassation prononcée l'est au visa des mêmes textes : d'une part l'article R. 4127-36 du code de la santé publique, d'autre part, l'article 1382 du code civil. Il y a donc un fondement déontologique et un fondement délictuel.

A - Le fondement déontologique

3 - L'article R. 4127-36 du code de la santé publique dispose que : « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur protégé sont définies par l'article R. 4127-42* ». Ces dispositions sont la codification réglementaire mot pour mot dans le code de la santé publique du code de déontologie médicale issu du décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 (D. 1995. Lég. 452). Eu égard à cette identité c'est donc sans méconnaître les règles relatives à l'application des lois dans le temps que l'arrêt applique l'article précité à des faits survenus en 1998, bien que sa codification soit postérieure.

Cette application illustre et renforce une évolution dont nous avons souligné l'importance et l'intérêt dans une récente chronique « La révolution éthique des codes de déontologie des

professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires » (D. 2007. Chron. 811). On se bornera donc à renvoyer à cette chronique sur les raisons de l'intérêt d'une telle prise en compte des normes déontologiques dans l'appréciation de la responsabilité des médecins, tout en rappelant qu'un arrêt du 23 mai 2000 (.Bull. civ. I, n° 159 ; D. 2000. Somm. 470, obs. P. Jourdain ; JCP 2000. II. 10342) avait déjà fait application du code de déontologie médicale du 28 juin 1979 en matière de responsabilité liée à un défaut d'information (en l'espèce il s'agissait de la limitation de l'information dans l'intérêt du patient qui figure dans l'actuel art. R. 4127-35 CSP)

B - Le fondement délictuel

4 - Le visa de l'article 1382 du code civil figure dans les deux cassations. S'agissant de la première sur le premier moyen, ce visa est on ne plus orthodoxe puisqu'il s'agit de la réparation du préjudice personnel de la veuve et du fils du défunt dont le fondement est pour eux délictuel puisqu'ils ne sont pas liés par un contrat avec le chirurgien, même s'ils peuvent invoquer un manquement contractuel à l'appui de leur action personnelle (Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, Bull. n° 9 ; D. 2006. Jur. 2825, note G. Viney, 2007. Pan. 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain, et Pan. 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier ; *ibid.* 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 123, obs. P. Jourdain ; RD imm. 2006. 504, obs. P. Malinvaud ; AJDI 2007. 295, obs. N. Damas). Par contre le visa de ce même article 1382 dans la cassation sur le second moyen surprend et - sauf s'il résulte d'une regrettable erreur matérielle de la Cour de cassation - marque un changement majeur et bienvenu de jurisprudence sur le fondement de la responsabilité en matière de devoir d'information du médecin. Ce fondement est en effet contractuel depuis le célèbre arrêt *Mercier* du 26 mai 1936 (DP 1936. 1. 88, rapp. Jossierand, concl. Matter et note E. Pilon ; S. 1937. 1. 321, note Breton ; Gaz. pal. 1936. 2. 41 ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; GAJC, 11e éd., n° 161, p. 116) qui a fondé sur le contrat qui se forme entre le patient et son médecin les obligations de science et de conscience (laquelle inclut le devoir de recueillir le consentement éclairé par l'information) pesant sur ce dernier.

Or, ce second moyen concerne le préjudice personnel du défunt fondé sur l'action contractuelle qu'il avait contre le chirurgien, laquelle est passée dans le patrimoine de ses héritiers (Cass., ch. mixte, 30 avr. 1976, Bull. n° 136 ; D. 1977. Jur. 185, note Contamine-Raynaud). C'est donc l'article 1147 du code civil qui aurait du être visé, comme ce fut d'ailleurs le cas très récemment dans un arrêt de la même chambre du 13 mars 2007, concernant lui aussi la responsabilité médicale (Bull. civ. I, n° 118 ; D. 2007. AJ. 1015) qui énonce qu'il résulte des articles 1147 et 731 du code civil que toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir l'indemnisation de celui qui l'a causé, et que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de survie, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers.

5 - Le visa de l'article 1382 implique donc le choix de la responsabilité délictuelle en lieu et place de la responsabilité contractuelle. Un tel choix ne peut qu'être entièrement approuvé. L'information, condition *sine qua non* du recueil du consentement éclairé, relève en effet d'une obligation du médecin qui dépasse largement le cadre du contrat médical pour rejoindre des valeurs constitutionnelles touchant au respect de la dignité de la personne humaine. Cette exigence a été reconnue par le législateur avec la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain (D. 1994. Lég. 406) dont les dispositions essentielles sont insérées dans le code civil, notamment à son article 16 affirmant que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité humaine et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* ». Et l'article 16-3 du même code dispose qu'« *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir* ». Le Conseil constitutionnel par sa décision n° 94-343 et 94-344 du 27 juillet 1994 relative, notamment, à la loi précitée a d'ailleurs reconnu l'existence d'un « *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ». Enfin - mais elle n'était pas applicable à cette affaire - la loi n° 2002-303, sur les droits des malades, du 4 mars 2002 (D. 2002. Lég. 1022) a encore renforcé l'exigence du consentement éclairé par l'information (l'art. L. 1111-4, § 3, CSP issu de cette loi stipule ainsi qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* »). Et si, d'aventure, le visa de l'article 1382 procédait d'une erreur matérielle, il s'agirait d'une erreur créatrice - par référence au concept d'erreur commune qui fait droit - dont on ne peut que souhaiter qu'elle perdure...

II - L'information des proches du patient

6 - L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux avait estimé que la famille de Jean-Louis L. aurait dû être informée du risque inhérent à l'intervention chirurgicale et que cette absence d'information avait causé un préjudice moral à son épouse et à son fils. L'arrêt est cassé sur ce point dans des termes particulièrement explicites soulignant notamment que lorsque le patient est en mesure de recevoir l'information et de consentir de façon éclairée aux soins proposés, le médecin n'a pas à donner d'information à l'entourage familial.

Il semble qu'il n'y ait pas de précédent publié de la Cour de cassation sur cette question particulière. Mais la solution retenue ne peut qu'être approuvée. Les termes mêmes de l'article

R. 4127-36 du code de la santé publique impliquent que l'information des proches, c'est-à-dire des personnes qui ont une communauté de vie ou d'affection avec le malade, ne doit leur être donnée qu'à titre en quelque sorte subsidiaire lorsque ce dernier ne peut exprimer sa volonté. Et la finalité qui sous tend l'exigence d'information va dans le même sens : il s'agit avant tout d'un droit de la personne humaine qui ne peut être délégué à autrui sans justification. Il y va aussi du droit de toute personne au respect de sa vie privée, dont l'état de santé est une composante majeure. Au surplus, faire peser sur les médecins une telle obligation d'information des proches serait irréaliste, sinon pernicieux. C'est seulement si le médecin a des raisons de suspecter l'existence, chez son patient, de difficultés de compréhension qu'il doit faire appel à un proche.

7 - Les articles L. 1111-4 et L. 1111-6 du code de la santé publique issus de la loi du 4 mars 2002 - non applicable aux faits de la présente affaire - ne sont pas de nature à remettre en cause la solution donnée par cet arrêt. En effet, la personne de confiance que le malade peut désigner, ou à défaut la famille ou les proches, ne peuvent recevoir l'information à la place du patient que si celui-ci est hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information. Le malade peut, certes, demander que la personne de confiance l'accompagne dans toutes ses démarches et assiste aux entretiens médicaux, mais en ce cas il aura manifesté un choix de partager l'information.

La loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 (JO 7 mars, p. 4325) portant réforme de la protection juridique des majeurs, applicable à partir du 1er janvier 2009, comporte des dispositions spécifiques aux effets de la curatelle et de la tutelle quant à la protection de la personne (art. 457-1 à 459-2 c. civ.). Ainsi l'article 457-1 dispose que « *La personne protégée reçoit de la personne chargée de sa protection, selon des modalités adaptées à son état et sans préjudice des informations que des tiers sont tenus de lui dispenser en vertu de la loi, toutes informations sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de sa part* », tandis que, selon l'article 458 « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique le consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée* ». Ces dispositions peuvent donner lieu à des difficultés de coordination avec les spécificités de l'information destinée à recueillir un consentement ou un refus éclairé à un acte médical par un majeur protégé ; ce problème de compatibilité est d'autant plus fort que la loi nouvelle prévoit la possibilité pour la personne de signer un « mandat de protection future » pour désigner un mandataire chargé de la représenter en cas d'incapacité future, ce qui risque de faire double emploi avec le tiers digne de confiance (cf. M. Bauer, T. Fossier et L. Pécaut-Rivolier, *La réforme des tutelles*, Dalloz, 2006).

III - L'exclusion de principe du préjudice moral né d'un défaut d'information

8 - On a vu que la cour d'appel avait réparé le préjudice moral subi par le patient du fait du défaut d'information sur le risque de l'opération. Dans sa motivation la cour d'appel relevait que si Jean-Louis L. avait été avisé, le choc subi lorsque le dommage s'est réalisé aurait été moins brutal et que la connaissance du danger lui aurait permis de ne pas prendre de plein fouet le traumatisme de l'accident survenu après l'opération et de se préparer à cette éventualité. Une cassation est prononcée dans des termes qui excluent par principe tout préjudice moral en matière de non-respect de l'obligation d'information du médecin. Pareille solution est contestable au plan du droit et des exigences du respect de la personne humaine.

9 - Au plan du droit d'abord on a quelque scrupule à rappeler que depuis les arrêts de principe du 15 juin 1833 (Cass., ch. réun., S. 1833. 1. 458, concl. Dupin) et du 13 février 1923 (DP 1923. 1. 52, note Lalou ; S. 1926. 1. 325) le dommage matériel comme le dommage moral causés par une faute doivent être réparés. Ce dernier arrêt concerne certes la faute de l'article 1382 du code civil, mais le Conseil constitutionnel par sa décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 concernant la loi relative au pacte civil de solidarité (D. 2000, Somm. 424, obs. S. Garneri ) n'a pas hésité à affirmer, à propos de la rupture fautive de ce pacte - qui est un contrat - que « *la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La norme posée par l'article 1382 du code civil transcende donc le clivage entre responsabilité délictuelle et contractuelle et est une exigence constitutionnelle générale. Face à une telle exigence constitutionnelle on peut se demander si un juge peut, *in abstracto* et *a priori*, décider que pour une catégorie particulière de faute la réparation du préjudice moral est interdite par principe. Toute la jurisprudence de la Cour de cassation, et notamment celle de sa deuxième Chambre, va dans le sens de l'affirmation du principe suivant lequel tout préjudice causé par une faute doit être réparé dans tous ses éléments. Seul le législateur a la faculté - sous le contrôle du Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi - d'exclure la réparation de tel ou tel type de préjudice *a priori*.

10 - La décision est d'autant plus surprenante qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence dont on a quelque peine à saisir la « raison valable », au sens de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2006, p. 284). En effet, plusieurs précédents ont admis la réparation du préjudice moral (Civ. 1re, 14 févr. 1973, Bull. civ. I, n° 55 ; 7 févr. 1990, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991. Somm. 183, obs. J. Penneau  ; RTD civ. 1992. 109, obs. P. Jourdain ). L'arrêt déjà cité et encore plus récent de la même chambre du 13 mars 2007 (Bull. civ. I, n° 118, *supra*) admet lui aussi *expressis verbis* la réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès du fait

d'une perte de chance de survie. On aimerait comprendre les « raisons valables » d'une telle volte face à neuf mois d'intervalle.

Il y a aussi un revirement tout aussi inexplicable par rapport à l'affirmation d'un arrêt du 13 novembre 2002 (Civ. 1re, 13 nov. 2002, Bull. civ. I, n° 266 ; RTD civ. 2003. 98, obs. P. Jourdain ) suivant lequel « la violation de l'obligation d'information, laquelle incombe personnellement au praticien, ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte pour le patient un préjudice dont les juges du fond apprécient souverainement l'existence ». Or, en l'espèce, la Cour d'appel de Bordeaux avait parfaitement mis en lumière les éléments caractérisant l'existence d'un préjudice moral, ce qui relevait de son appréciation souveraine.

11 - Au plan des exigences du respect de la personne humaine le rejet de principe de tout préjudice moral est également contestable. Comme le relève avec pertinence Mme Lambert-Faivre (*Droit du dommage corporel*, 5e éd., Précis Dalloz, 2004, p. 759), le défaut d'information est une atteinte à la dignité de la personne humaine constitutive d'un préjudice moral spécifique. Mme Porchy (Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998. Chron. 379 ) conclut, aux termes d'une analyse fouillée, à l'absence de tout argument permettant d'exclure de façon générale la réparation du préjudice moral du patient non informé. Jean Penneau (*La responsabilité du médecin*, 3e éd., Dalloz, 2004, p. 35) va dans le même sens en soulignant que le préjudice moral peut résulter du fait que le patient se trouve confronté à un dommage à l'éventualité duquel en raison du défaut d'information il n'a pu se préparer. C'est exactement ce que la Cour d'appel de Bordeaux avait caractérisé en l'espèce.

12 - D'une façon plus générale on peut enfin se demander, avec le dernier auteur précité, si la Cour de cassation ne s'est pas fourvoyée dans une discutable sophistication en passant de la force et de la simplicité de l'arrêt fondateur du consentement éclairé par l'information (Req., 28 janv. 1942, *Teyssier*, DC 1942. J. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 177), suivant lequel un chirurgien est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération et qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, le préjudice de la victime devant alors être intégralement réparé. Il serait souhaitable que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation soit saisie de cette question grave mettant en cause les principes du droit de la responsabilité et la dignité de la personne humaine.

Mots clés :

MEDECINE * Discipline * Déontologie * Devoir d'information * Patient * Consentement