

Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin

Dominique Thouvenin, Professeur à l'Université Paris 7 - Denis-Diderot

Les faits tels qu'ils résultent de la lecture des moyens du pourvoi ne semblent pas d'une grande complexité. Une jeune femme accouche en 1974 dans des conditions difficiles : alors que l'enfant se présentait par le siège, l'accouchement se déroule au lit de cette femme « sur une bassine, le père et l'accoucheur tenant chacun une jambe de la mère, en l'absence de tout personnel pour aider » le médecin. Les manoeuvres pour dégager l'enfant entraînent une paralysie bilatérale du plexus brachial, dont il conserve des séquelles importantes, son IPP après consolidation étant évaluée à 25 %.

Devenu majeur, il intentera une action en responsabilité à l'encontre du médecin et de la clinique sur deux fondements : la réalisation défectueuse de l'accouchement qui lui a causé le dommage dont il souffre et le défaut d'information sur les risques respectifs d'une césarienne (susceptible d'éviter les conséquences de la présentation par le siège) et d'un accouchement par voie basse. Il n'obtiendra gain de cause sur aucun de ces fondements ; les juges, s'appuyant sur le rapport d'expertise qui avait considéré la conduite de l'accouchement adaptée aux circonstances, ont estimé que les soins avaient été attentifs et conformes aux données acquises à cette époque. Quant au reproche fait au médecin de ne pas avoir informé la mère « sur les risques respectifs d'une césarienne et d'un accouchement par le siège », il n'a pas été retenu.

Critiquant l'arrêt rendu le 2 février 2000 par la Cour d'appel de Lyon, le pourvoi en cassation est fondé sur un seul moyen qui comporte cinq branches. Deux branches concernent la non réponse à une partie des conclusions du demandeur, car certains griefs relatifs aux conditions de l'accouchement n'ont pas été examinés par la cour d'appel.

Sur l'appréciation de la faute dans l'exécution des soins, la Cour de cassation casse l'arrêt qui ne s'est pas prononcé sur les raisons de l'accouchement au lit de la parturiente, alors que la clinique était dotée d'une salle de travail. La confusion sur les faits est patente comme le montre la difficulté de savoir qui assistait le médecin : le père comme le mentionne à plusieurs reprises le pourvoi ou bien la sage-femme comme l'indique tant le rapport du conseiller Pierre Sargos que l'arrêt ?

Quant aux trois autres branches, elles portent sur le refus des juges de considérer comme fautive l'absence d'information sur les risques respectifs d'une césarienne et d'un accouchement par le siège. Ils ont estimé que ce grief « ... ne peut être retenu, le médecin n'étant pas, en 1974, contractuellement tenu de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés, et ce, d'autant moins que le risque était exceptionnel ». Les juges d'appel ont tenu compte de l'interprétation nouvelle adoptée par la Cour de cassation dans ses deux arrêts du 7 octobre 1998 (1), à savoir que « le médecin n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réaliseraient que de manière exceptionnelle ». Mais ils ont entendu ne pas l'appliquer à une situation antérieure.

Sur l'obligation d'information du médecin vis-à-vis du patient, la Cour de cassation casse également l'arrêt en faisant porter sa critique sur la motivation retenue. En effet, les juges du fond, prenant acte du changement d'interprétation opéré par la Cour suprême au sujet du contenu de l'obligation précontractuelle d'information, en ont mesuré les effets. Ce

changement ayant pour conséquence de faire peser sur le médecin une obligation plus lourde, ils ont traité cette question sur le modèle de l'application de la loi dans le temps : ils ont refusé de faire rétroagir la nouvelle interprétation. Ce faisant, ils ont mis en évidence non seulement le pouvoir d'interprétation de la Cour de cassation, mais également le fait qu'elle opère des revirements. Or, ce sont ces deux points que critique cet arrêt, la Cour suprême entendant que la jurisprudence ne soit pas traitée comme une loi.

Cet arrêt s'inscrit dans un débat juridique plus large qui est celui des *changements d'interprétation de la règle par la Cour de cassation*. Elle n'a jamais manqué dans son *Rapport annuel* (2) d'insister sur la nécessaire transformation des règles par la jurisprudence ; c'est donc bien qu'elle reconnaît son pouvoir d'interprétation ainsi que l'évolution de ses interprétations. Cependant, elle n'explicite jamais un revirement (3), encore moins la manière de l'appliquer. Or, les juges de la Cour d'appel de Lyon, en se prononçant sur la portée dans le temps d'un revirement sur le contenu de l'obligation contractuelle d'information, ont confronté la Cour de cassation à la question centrale de la portée d'une de ses jurisprudences et donc des ajustements qu'implique le changement opéré par ses soins. Mais celle-ci a refusé d'y répondre.

Ce refus l'a conduite à rechercher un autre fondement juridique à ses propres arrêts, tiré d'un principe fondamental, celui de « l'exigence du respect du *principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ». Aussi la question de l'inexécution de l'obligation contractuelle d'information cesse-t-elle de se poser puisque le médecin est tenu d'un « devoir d'information » fondé sur un principe juridique de valeur supérieure, lequel préexiste à son interprétation de 1998. Invoquer la permanence de l'existence du principe permet à la Cour de cassation d'asseoir l'idée qu'elle ne fait que découvrir les règles, mais qu'elle ne les interprète pas. Cette solution nous paraît critiquable pour deux raisons : 1° elle ne peut se faire qu'au prix de la dépréciation de la norme supérieure invoquée ; 2° mais, surtout, pour ne pas avoir à affronter la question posée, elle adopte une solution juridique qui n'est pas fondée sur la règle dont l'interprétation était soumise à son contrôle. Aussi, juger que « l'interprétation d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés » paraît-elle problématique, car de quelle norme s'agit-il ?

La dépréciation de la norme supérieure invoquée

Pour comprendre la solution retenue par l'arrêt, il est nécessaire de se reporter au rapport du conseiller Pierre Sargos, le raisonnement qu'il suit ayant été adopté par la Chambre civile. Le conseiller Sargos recherche un principe général pour le passé selon lequel le médecin aurait *toujours* été soumis à un *devoir* d'information. Il entend démontrer l'existence d'un *principe juridique de valeur supérieure* dont l'autre caractéristique est d'être *antérieur aux faits*. Pour l'illustrer, il s'appuie à la fois sur des textes et sur des arrêts. Les premiers, relatifs à l'information du patient, sont invoqués parce qu'ils n'ont jamais exclu les risques exceptionnels ; quant aux seconds, ils permettent de poser la Cour de cassation en découvreuse du principe fondamental d'information fondé sur les droits de l'homme, et cela avant toute autre institution.

Les dispositions juridiques visées par le conseiller Pierre Sargos relèvent de trois catégories : des textes relatifs à l'information du patient reçu à l'hôpital public (décret n° 74-17 du 14 janvier 1974) et dans tout établissement de santé (art. L. 1112-1, al.2, c. santé publ.), l'article 16-3 du code civil qui prévoit que le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à toute atteinte à l'intégrité du corps humain en cas de nécessité médicale pour l'intéressé (texte issu de la loi n° 94-653 du 29 juill. 1994), enfin l'article 35 du code de déontologie médicale du 6 septembre 1995 qui impose au médecin un devoir d'information du patient. Bien que certains de ces textes soient inapplicables en l'espèce - soit, parce que postérieurs à 1974, soit, parce que ne concernant que l'hôpital public - leur évocation a pour but de mettre en évidence la continuité historique d'énoncés généraux qui n'ont jamais explicitement exclu les risques exceptionnels.

Et, mieux encore, dès 1942, la Cour de cassation a dégagé un principe juridique latent qu'elle a su découvrir, celui d'une obligation d'information « imposée par le *respect de la personne* »

humaine ». Cette solution préfigurerait celle qu'aurait adoptée plus tard le Conseil constitutionnel. A son tour, il a su faire émerger dans sa décision du 27 juillet 1994 (4) un « principe constitutionnel de *sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » équivalent. La Cour de cassation peut donc être regardée comme la « mère originelle » de ce droit fondamental. Mais, présenter l'arrêt de 1942 comme précurseur de la décision de 1994 ne peut se faire qu'au prix d'une relecture de cet arrêt indépendante des questions juridiques posées. De même, affirmer que la décision de 1994 s'attache à reconnaître le caractère constitutionnel de la sauvegarde de la dignité humaine, c'est lui donner une portée autre, en omettant une partie de l'énoncé.

L'arrêt du 28 janvier 1942 (5) porte sur la question de la *détermination de la compétence du tribunal*. Le contexte de l'affaire était le suivant : un chirurgien avait pratiqué une intervention à l'hôpital public « *sans le consentement du malade* ». Il fallait donc savoir si le défaut de consentement du patient opéré à l'hôpital public avait trait à l'exercice technique de l'art médical, et auquel cas constituait une faute personnelle du chirurgien relevant de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire, ou bien se rattachait au fonctionnement du service public et relevait alors des juridictions de l'ordre administratif. La Cour de cassation répondit que « ... *comme tout chirurgien*, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, *d'obtenir le consentement du malade* avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, *l'utilité, la nature et les risques* ; qu'en violant cette obligation, *imposée par le respect de la personne humaine*, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à *ses devoirs proprement médicaux*, et qui *constitue une faute personnelle* se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour régler ».

Puisqu'il s'agit d'un devoir personnel du médecin dont l'irrespect constitue une faute personnelle engageant sa responsabilité, la Cour de cassation en a conclu qu'en « déclarant la juridiction de droit commun compétente pour connaître de la demande formée par T... contre le Dr X..., l'arrêt attaqué..., loin de violer les textes visés au moyen, en a fait une exacte application ». Pour l'arrêt, les devoirs des médecins sont identiques quel que soit le cadre juridique d'exercice médical. C'est sans doute parce qu'il admet que *leur contenu est indépendant de la nature juridique de la relation* du médecin avec le patient que le Conseiller Sargos le considère comme fondateur. La référence à la personne humaine permet de passer outre sa qualité de personne juridique, afin de ne pas faire varier les devoirs médicaux selon que le patient est un contractant ou un usager du service public. Encore faut-il ne pas perdre de vue que cet arrêt ne concerne pas le manque d'information préalable du patient sur certaines caractéristiques et/ou risques de l'intervention, mais bien l'absence de consentement.

Quant à la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994, elle s'est fondée sur le premier paragraphe du Préambule de la Constitution de 1946 pour affirmer que « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* est un principe à valeur constitutionnelle ». Il avait à contrôler deux des lois bioéthiques, lesquelles autorisent des atteintes à l'intégrité du corps dans le but d'obtenir des éléments biologiques dans l'intérêt thérapeutique d'autrui, voire dans l'intérêt de la recherche scientifique. Celui-ci déclare : « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur *les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine*, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain sans distinction de race, de religion ni de croyance possède des droits inaliénables et sacrés. Il *réaffirme solennellement les droits et les libertés* de l'homme et du citoyen *consacrés par la Déclaration des Droits de 1789* et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Ce sont les circonstances historiques qui ont conduit à introduire, à côté de la *personne juridique* titulaire de droits et de libertés, concept hérité de la Révolution française, un autre concept qui ne lui est pas équivalent, celui de *personne humaine*. Cette référence nouvelle a paru nécessaire après la seconde guerre mondiale car sont sous-jacents à l'asservissement, la captivité et la soumission et à la dégradation, la déchéance et la détérioration de la personne, toutes situations qui touchent l'individu dans sa chair. Ce sont les crimes nazis qui sont visés par ces formules, lesquels ont mis en jeu l'*existence physique* des personnes asservies et

dégradées en raison de leur qualité de juif, de tzigane, d'homosexuel et qui ont conduit aussi bien à la mort de millions d'entre elles qu'à des atteintes indélébiles, notamment pour celles qui, ayant dû subir des « expérimentations », avaient pu en réchapper.

Et, si le Conseil constitutionnel a tiré de ce Préambule « un principe à valeur constitutionnelle » de « *sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* », c'est parce que les lois bioéthiques organisent l'accès au corps en tant que ressource utile pour ceux qui en ont besoin. C'est donc le *physique de la personne* qu'il importe de sauvegarder dans sa *matérialité biologique*. Et l'on sait qu'une des garanties reconnue comme essentielle a consisté à obliger les médecins à informer la personne de leur projet de l'utiliser comme sujet d'expérimentation. Celle-ci a été formulée pour la première fois à Nuremberg par le tribunal militaire américain qui a jugé - jugement des 19 et 20 août 1947 - des médecins SS pour les « expérimentations » qu'ils avaient conduites sur les prisonniers des camps d'extermination.

Mais, dans ces hypothèses, la fonction de l'information est d'empêcher des interventions sur le corps *contre le gré* de la personne ; elle n'a rien à voir avec l'information précontractuelle dont la finalité est de permettre au patient de *prendre une décision en connaissance de cause à propos de soins le concernant*. Aussi, vouloir à tout prix rattacher cette dernière à la précédente, c'est non seulement opérer une confusion fâcheuse entre des questions différentes, mais c'est également galvauder le principe reconnu par le Conseil constitutionnel. Certes, si ce rattachement permet de ne plus relier l'obligation d'informer au contrat - et par là même autorise la Cour de cassation à échapper à la question posée - le Conseil constitutionnel n'a pas reconnu « le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine », mais celui de « *sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation* ».

La norme dont le changement d'interprétation est nié n'est pas celle critiquée dans le pourvoi. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de cassation, on ne sait pas que cette femme ait eu à subir une quelconque coercition qui aurait pu constituer une forme d'asservissement ou de dégradation. En revanche, on comprend l'intérêt de se référer à la dignité : la reconnaissance du droit d'information du patient comme droit fondamental en fait un attribut de la personne en tant que telle, indépendamment de sa situation juridique vis-à-vis du médecin ou de l'établissement de soins. Dans le cas présent, pas plus la personne qui a accouché que le médecin ne sont considérés en leur qualité de contractant ; la question juridique n'est donc plus celle de l'obligation contractuelle d'information. Dégagé de ce cadre, l'enfant devenu majeur peut invoquer pour lui-même ce « devoir d'information » et « la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant... ». Ceci explique que l'arrêt ait été rendu sous les visas respectifs des articles 1165 (6) et 1382 du code civil : seule la patiente en tant que contractante aurait pu invoquer le non respect de l'obligation contractuelle d'information. Dès lors que le devoir est fondé sur un principe constitutionnel, l'enfant n'a plus à subir l'existence du contrat médical, pas plus du reste que la contractante. Aussi, la responsabilité éventuelle due à son irrespect est-elle de nature délictuelle.

La recherche explicite d'un principe de nature constitutionnelle conduit la Cour de cassation à écarter le cadre originel de la discussion juridique, en l'occurrence le contrat, comme si elle n'était pas certaine de ses propres mécanismes de contrôle de l'application de la loi. La solution adoptée a pour conséquence qu'elle ne répond pas à la question posée, qui était celle de la portée dans le temps d'un changement d'interprétation *en tant qu'elle crée une obligation nouvelle*. En effet, comment reprocher au justiciable - en l'occurrence le médecin contractant - le fait d'invoquer un droit acquis en la matière puisque la Cour de cassation refuse d'intervenir sur le terrain juridique objet du débat qui est celui de l'article 1147 du code civil. Dans ces conditions, comment la Cour peut-elle prétendre que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés » puisqu'elle a substitué à cette règle une autre qui est puisée dans les droits de l'Homme. Si le droit d'information du patient est indépendant de toute obligation contractuelle, la question de son interprétation dans le temps sur le fondement de

l'article 1147 ne se pose plus et l'on ne comprend pas l'invocation d'« une même norme » puisque l'arrêt ne se fonde pas sur la norme dont l'interprétation était soumise à son contrôle.

Cette solution peut sembler contradictoire car la Cour de cassation nie son pouvoir d'interprétation, tout en reprochant au justiciable de vouloir s'en tenir à des solutions inchangées. En réalité, elle lui oppose une solution permanente fondée sur le raisonnement suivant : l'information à donner au patient préexistant en tant que droit de l'homme, l'article 1147 du code civil duquel est tiré l'obligation précontractuelle d'information, est une *illustration de ce principe*. Aussi n'est-il pas possible de prétendre qu'il y ait eu une nouvelle interprétation au sujet de cette dernière et donc, par voie de conséquence, de revirement de sa part. La Cour de cassation oppose donc l'intemporalité au changement : il n'y a pas eu de modification dès lors que ce droit existait avant même d'être formulé. Mais, par ailleurs, « nul » ne pouvant « se prévaloir d'un droit à une jurisprudence figée », force est de conclure qu'elle reconnaît l'existence d'un tel changement. Et, puisque le Conseiller Sargos invoque dans ses conclusions le principe de sécurité juridique, osons quelques suggestions.

Ce principe est consacré en droit européen des libertés et en droit communautaire. Il exprime une exigence de sécurité, de stabilité et de prévisibilité des règles juridiques. Cependant, il ne doit pas avoir pour conséquence d'empêcher toute évolution, qu'il s'agisse pour le législateur de modifier les règles existantes ou pour le juge de proposer une nouvelle interprétation d'une disposition juridique  (7). Aussi, lorsqu'elles proposent une nouvelle interprétation, tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice des Communautés européennes prennent-elles le soin de préciser en quoi celle-ci s'écarte des précédentes et quelle portée elles entendent lui conférer. Dans la mesure où plusieurs Etats sont concernés, elles motivent le choix de leur décision en se référant aux solutions antérieures qu'elles reconnaissent en tant que précédents, de telle façon à expliciter les effets de la solution retenue.

Pourquoi la Cour de cassation  (8) ne suivrait-elle pas l'exemple des deux cours européennes afin de garantir aux justiciables la stabilité de ses interprétations. Elle pourrait présenter ses argumentations de manière plus développée qu'elle ne le fait actuellement, notamment en motivant de manière détaillée les changements de jurisprudence. Sans doute cette proposition heurte-t-elle la conception française - sous jacente à cet arrêt - selon laquelle le juge ne peut qualifier une situation juridique qu'en référence à la loi et non à des décisions antérieures. C'est pour cette raison que le Conseiller Sargos se réfère à l'article 5 du code civil faisant défense aux juges « de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». La question de la contribution des tribunaux à la production des règles est une fois de plus posée : l'application de la loi ne peut se faire sans interprétation, sachant que la Cour de cassation assure son contrôle. Mais, dans le présent arrêt, elle refuse de s'expliquer sur les conséquences juridiques des changements qu'elle a elle-même adoptés.

Cette position nous paraît critiquable parce qu'elle entraîne au moins deux conséquences fâcheuses : les solutions retenues jusqu'alors par la Cour de cassation permettaient de penser que le respect de la volonté du patient passait par l'obligation du médecin de lui donner des informations afin de lui permettre de faire un choix en connaissance de cause. Or, en fondant dorénavant cette obligation sur le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, la Cour privilégie une conception normativiste  (9) qui lui permet de s'affranchir des textes en débat. Celle-ci a pour conséquence d'écarter toutes ses solutions antérieures fondées sur le contrat existant entre le patient et le médecin. Elle introduit donc la plus grande incertitude sur le cadre même de cette relation. En outre, compte tenu des solutions retenues en matière de responsabilité du fait d'un défaut d'information, on peut craindre que les médecins aient le sentiment qu'il leur sera reproché plus gravement de ne pas avoir donné l'information que d'avoir mal exécuté leur activité. Il serait pour le moins paradoxal que la question de l'information préalable à fournir au patient afin de faciliter sa décision conduise à se désintéresser de la manière dont doit être exécutée la prestation du médecin, c'est-à-dire la réalisation des soins.

Mots clés :

MEDECINE * Responsabilité * Obligation d'information * Risque exceptionnel * Jurisprudence nouvelle * Droit acquis

(1) Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 287 et 291 ; D. 1999, Jur. p. 145, note Porchy  ; Somm. p. 259, obs. Mazeaud .

(2) Ainsi E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, PU Lyon, 1985, p. 432, relève que la conclusion du rapport pour l'année 1975 indique que « la cour marque aujourd'hui moins d'hésitations et prend moins de temps que par le passé, à revenir sur telle ou telle décision de principe, dès lors qu'il lui apparaît que cette décision n'est plus adaptée à l'évolution générale des mœurs, de l'ordonnancement social ou des institutions ».

(3) En ce sens E. Serverin, préc. p. 268-288 : « ...de tels changements sont rares. A y regarder de plus près, on peut même considérer qu'ils n'existent jamais explicitement, et que la Cour de cassation se garde bien, dans la formulation de son revirement, d'user d'un énoncé qui constitue la négation pure et simple d'un énoncé antérieur ».

(4) Décis. n° 94-343-344 DC du 27 juill. 1994, *JO* 29 juill., p. 1124 : elle a été rendue à propos de deux des trois lois bioéthiques, l'une relative au respect du corps humain et l'autre au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain. Les commentateurs de cette décision ont tous montré que le Conseil constitutionnel avait tiré ce principe du Préambule de la Constitution de 1946, qui n'est pas inscrit en tant que tel dans le texte de ce dernier : en ce sens, J.-P. Duprat, A la recherche d'une protection constitutionnelle du corps humain : la décision du 27 juill. 1994, *Petites Affiches*, 14 déc. 1994, p. 34 ; B. Mathieu, Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science, à propos de la décision du 27 juill. 1994, *RFD adm.* 1994, p. 1019  et *D.* 1995, p. 237  ; L. Favoreu, Décision du 27 juill. 1994, *Bioéthique*, *RFD const.* 1994, p. 799, et *D.* 1995, *Somm.* p. 299 .

(5) Cass. req., 28 janv. 1942, DC 1942, p. 63.

(6) « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 », en l'occurrence la stipulation pour autrui. Il eut été du reste possible de considérer que l'enfant bénéficiait d'une telle stipulation, ce qui aurait permis de conserver le cadre juridique initial de la relation.

(7) Sur la question du droit à la sécurité juridique, cf. *Droit des libertés fondamentales*, L. Favoreu coord., Dalloz, coll. Droit public et sciences politiques, 2000, n° 383-393.

(8) Cf. J.-G. Huglo, La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique, *Cah. Cons. const.*, n° 11, 2001, Dalloz, p. 82-92.

(9) Sur cette tendance qui n'est pas nouvelle, cf. E. Serverin, préc., p. 279-288 : « ...la tendance actuelle est d'abandonner la référence » aux conflits d'intérêts « pour généraliser les solutions sous forme d'énoncés de règles. On passe ainsi d'un principe de régulation jurisprudentielle, à un principe de normativité qui apparente la jurisprudence à la loi ».