

Le manquement au devoir d'information médicale cause un préjudice qui doit être réparé (revirement de jurisprudence)

(Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591, D. 2010. 1484, obs. I. Gallmeister  ; *ibid.* 1522 , note P. Sargos  ; *ibid.* 1801, point de vue D. Bert  ; *ibid.* 2092, chron. N. Auroy et C. Creton  ; Gaz. Pal. 16-17 juin 2010, avis A. Legoux)

Patrice Jourdain, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

A la fin des années 1990, la Cour de cassation avait entendu renforcer l'obligation d'information du médecin, d'abord en mettant à sa charge la preuve de son exécution (Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, D. 1997. 319 , obs. J. Penneau  ; GAJC, 12^e éd. 2007. n° 16 ; RDSS 1997. 288, obs. L. Dubouis  ; RTD civ. 1997. 434, obs. P. Jourdain  ; *ibid.* 924, obs. J. Mestre , ensuite en lui imposant d'informer le patient de tous les risques graves, même exceptionnels, de l'acte médical envisagé (Civ. 1^{re}, 27 mai 1998, n° 96-19.161, D. 1998. 530 , note F. Laroche-Gisserot  ; RTD civ. 1999. 111, obs. P. Jourdain  et Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 97-10.267, D. 1999. 145 , note S. Porchy  ; *ibid.* 259, obs. D. Mazeaud  ; RDSS 1999. 506, obs. L. Dubouis  ; RTD civ. 1999. 83, obs. J. Mestre  ; *ibid.* 111, obs. P. Jourdain ). La loi dite Kouchner du 4 mars 2002 avait confirmé cette orientation en conférant au patient un droit à être informé sur les « risques fréquents *ou* graves normalement prévisibles » (art. 1111-2 CSP).

Mais, dans les années 2000, la Cour de cassation avait au contraire contribué à affaiblir l'obligation d'information au stade de la sanction. D'une part, alors que dans le passé elle avait accepté la réparation de l'entier préjudice de la victime consécutif à l'acte médical, des arrêts plus récents ont décidé qu'en cas de violation d'une obligation d'information, la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est réalisé est le seul préjudice indemnizable (Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 02-10.957, D. 2005. 409  ; *ibid.* 403, obs. J. Penneau , Bull. civ. I, n° 30 ; RCA 2005. comm. 60 - Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, n° 06-19.301, D. 2008. 192 , note P. Sargos  ; *ibid.* 804, chron. L. Neyret  ; *ibid.* 2894, obs. P. Brun et P. Jourdain  ; *ibid.* 2009. 1302, obs. J. Penneau  ; RTD civ. 2008. 272, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 303, obs. P. Jourdain , qui casse un arrêt indemnisant un préjudice moral). D'autre part, tout en maintenant l'obligation d'information (Civ. 1^{re}, 18 juill. 2000, n° 99-10.886, D. 2000. 217, et les obs. , Bull. civ. I, n° 227 ; RCA 2000. comm. 336), la Cour de cassation admettait qu'en présence d'un acte nécessaire au traitement du patient et en l'absence d'alternative thérapeutique, les juges du fond peuvent présumer que le patient n'aurait pas renoncé à l'intervention proposée pour en déduire que le préjudice et le lien de causalité font défaut (Civ. 1^{re}, 20 juin 2000, n° 98-23.046, D. 2000. 471, et les obs. , obs. P. Jourdain  ; RDSS 2000. 729, obs. L. Dubouis , Bull. civ. I, n° 193 ; RCA 2000. comm. 302 - Civ. 1^{re}, 13 nov. 2002, n° 01-00.377, D. 2002. 3188  ; RTD civ. 2003. 98, obs. P. Jourdain  - Civ. 1^{re}, 4 avr. 2003, Bull. civ. I, n° 40 - Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, préc.) ; de sorte que le manquement à l'obligation pouvait demeurer sans sanction. C'est sur cette jurisprudence, qui affectait gravement la portée et l'effectivité de l'obligation d'information médicale, que revient l'arrêt du 3 juin 2010.

Un patient qui avait subi une adénomectomie prostatique, s'était plaint d'impuissance après cette intervention et avait recherché la responsabilité du chirurgien urologue qui l'avait pratiquée. Une cour d'appel ayant débouté la victime de ses demandes, le pourvoi lui faisait grief de ne pas avoir retenu une faute du praticien dans le suivi post-opératoire de l'intervention et dans le manquement à l'obligation d'information sur les risques inhérents à celle-ci. Le moyen tiré de la faute de surveillance post-opératoire est rejeté, la cour d'appel ayant relevé que le patient n'avait pas été laissé sans surveillance et que le suivi avait été conforme aux données acquises de la science. Mais l'arrêt attaqué est cassé en ce qu'il avait

écarté la responsabilité du médecin pour manquement à son obligation d'information.

La cour d'appel avait pourtant motivé sa décision en retenant qu'il n'existe pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale et qu'il est peu probable que le patient, dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de l'intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves. Eu égard à la jurisprudence antérieure, on aurait pu s'attendre à un rejet du moyen critiquant ce motif. Il n'en est rien. La cassation est prononcée au visa des articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil et l'arrêt énonce, dans un motif de principe : « Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention 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 ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ».

On remarquera une nouvelle fois le visa de l'article 1382 du code civil (V. déjà, Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, préc.), alors que le pourvoi s'appuyait classiquement sur une violation de l'article 1147. La Cour de cassation avait coutume en effet de viser ce dernier texte en considérant implicitement que l'obligation d'information fait partie intégrante du contrat médical (V. encore, récemment, Civ. 1^{re}, 8 avr. 2010, n° 08-21.058, D. 2010. 1074, obs. I. Gallmeister [📄](#), qui vise les art. 1147 c. civ. et L. 1111-2, CSP). Le visa de l'article 1382 révèle une volonté de la Haute juridiction de considérer au moins que l'obligation d'information revêt une nature extracontractuelle. La justification serait à chercher dans le caractère à la fois légal (l'arrêt souligne que « l'information était *légalement* due ») et « préalable » de l'obligation, le contrat médical ne se formant que lorsque le patient donne son consentement à l'acte médical proposé. Le caractère précontractuel de l'obligation, que l'arrêt semble postuler, n'est pourtant pas incontestable. On peut tout aussi bien considérer que le contrat médical se forme au moment de la consultation au cours de laquelle l'acte médical est envisagé, et il est alors difficile d'attribuer à l'obligation d'information un caractère précontractuel. Reste le caractère légal de l'obligation qui, à lui seul, pourrait justifier le changement de fondement de la responsabilité du médecin pour défaut d'information.

Une telle transformation pourrait d'ailleurs affecter la responsabilité médicale toute entière. Si des arrêts visent encore l'article 1147 du code civil (Civ. 1^{re}, 8 avr. 2010, préc.), d'autres se réfèrent à l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, révélant un rattachement de la responsabilité médicale à la loi plutôt qu'au contrat (Civ. 1^{re}, 28 janv. 2010, n° 09-10.992, D. 2010. 1522 [📄](#), note P. Sargos [📄](#) ; RDSS 2010. 375, obs. F. Arhab-Girardin [📄](#) ; Constitutions 2010. 304, obs. X. Bioy [📄](#) visant à la fois l'art. L. 1142-1 CSP et l'art. 16-3 c. civ.) et traduisant une rupture avec la jurisprudence *Mercier*. Le caractère professionnel de la responsabilité et l'origine légale des obligations déontologiques qui s'imposent aux médecins justifieraient la nature extracontractuelle de la responsabilité. On n'exagérera pas toutefois l'importance de cette innovation. Dès lors que la responsabilité médicale est entièrement réglementée par la loi, ce changement de nature demeure sans grande incidence pratique.

L'arrêt retiendra surtout l'attention en ce que la Cour de cassation admet, pour la première fois semble-t-il, que le défaut d'information doit en toute hypothèse autoriser la réparation d'un préjudice, alors même que les juges du fond ont relevé l'absence d'alternative thérapeutique (V. pour un refus formel, Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, préc.). Ce préjudice n'est pas la perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque car celle-ci suppose des chances sérieuses que le patient aurait renoncé à l'intervention s'il avait été informé des risques ; chances que les juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, avaient niés en l'espèce. On remarquera d'ailleurs qu'il est rare, en pratique, lorsque l'acte est à visée thérapeutique, que les chances de refus soient suffisantes pour indemniser ce préjudice, car le plus souvent l'acte sera indispensable pour éviter une évolution fatale ou lourdement handicapante de la pathologie. Lorsque, dans l'arrêt rapporté, la Cour de cassation vise le

préjudice que « le juge ne peut laisser sans réparation », elle se réfère semble-t-il au *préjudice moral* que cause le défaut d'information. Ce faisant, elle exauce les vœux de ceux, nombreux, qui plaident en faveur de la réparation d'un tel préjudice et rejoint la position prise par quelques décisions de juridictions du fond (Bordeaux, 28 nov. 2002, RCA 2003. chron. 7, par C. Radé).

Il y a plusieurs façons de concevoir le préjudice moral. Un auteur avait avancé l'idée d'un « préjudice d'impréparation » résidant essentiellement dans le fait que la victime non avertie des risques d'une opération n'a pu se préparer psychologiquement à leur réalisation (M. Penneau, D. 1999. 48, note sous Angers, 11 sept. 1998). Elle subit donc de plein fouet le traumatisme lié à la survenance inattendue du dommage se traduisant par une souffrance morale qui ne s'atténuera qu'avec le temps sans jamais totalement se dissiper. On serait ainsi en présence d'un préjudice certain méritant réparation (M. Bacache, Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance, D. 2008. 1908). De nature principalement morale, ce préjudice pourrait d'ailleurs se parer parfois d'une dimension patrimoniale lorsque le défaut d'information empêche la victime de prendre les précautions, notamment professionnelles, justifiées par l'éventualité de la survenance du dommage corporel (M. Penneau, note préc.).

Mais si l'on considère que l'information est un « droit » (subjectif) du patient, le préjudice causé par le défaut d'information pourrait également être considéré comme inhérent à l'atteinte qui y est portée. Il est en effet d'autres domaines où la jurisprudence accueille cette analyse, notamment en cas d'atteinte à la propriété ou encore à un droit de la personnalité (droit à l'image, à la vie privée, à l'honneur...) ; le préjudice résulte alors de la seule constatation de l'atteinte. Or le législateur a expressément consacré le droit du malade à l'information par la loi du 4 mars 2002. L'article L. 1111-2 du code de la santé publique qui en est issu proclame que « Toute personne a le *droit* d'être informée sur son état de santé » ; et le texte ajoute que « Cette information porte sur ... les risques fréquents ou graves normalement prévisibles... ». Par ailleurs, la Cour de cassation fonde l'obligation d'information sur « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, n° 00-14.564, D. 2001. 3470, et les obs., rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; GAJC, 12^e éd. 2007. n° 11 ; RTD civ. 2002. 176, obs. R. Libchaber ; *ibid.* 507, obs. J. Mestre et B. Fages, Bull. civ. I, n° 249 ; JCP 2002. II. 10045, note O. Cachard - V. déjà Civ. 28 janv. 1942, DC 1942. 63, *Teyssier*, qui déclarait l'obligation imposée par « le respect de la personne humaine »). L'arrêt commenté fait écho à la « dignité de la personne » en rattachant à l'article 16 du code civil le « droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci ». Le défaut d'information médicale pourrait donc générer un préjudice moral *inhérent* à la violation du droit à l'information, lui-même dérivé du droit au respect de la dignité de la personne humaine auquel la Cour de cassation se réfère et qui se voit attribuer une valeur constitutionnelle (Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344-DC, D. 1995. 237 ; *ibid.* 205, chron. B. Edelman, note B. Mathieu ; *ibid.* 299, obs. L. Favoreu ; RFDA 1994. 1019, note B. Mathieu ; RTD civ. 1994. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* 840, obs. J. Hauser).

Si l'on retient cette seconde analyse, toute atteinte au droit à l'information devrait autoriser une réparation, même lorsque les risques non révélés ne se réalisent pas (V. en ce sens, S. Porchy, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998. Chron. 379 ; S. Hocquet-Berg, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal. 1998. 2. 1121 ; L. Guignard, Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical, RRJ 2000. 45 s., spéc. p. 63). En outre la victime n'aurait pas à établir un préjudice ; il s'inférerait nécessairement de l'atteinte au droit. La solution est logique car le préjudice moral s'enracine dans l'atteinte à l'autonomie du patient et à sa liberté de choix : le non-respect de la volonté serait en soi un préjudice. Mais elle est dangereuse par la force d'expansion qu'elle comporte, car il ne semble pas possible d'admettre que toute violation d'un droit constitue en soi un préjudice (en ce sens, J.-S. Borghetti, obs. sous Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, RDC 2008. 769). La solution préconisée est surtout difficilement praticable : on voit mal les juges allouer des indemnités à des patients pour faute d'information alors que l'acte médical n'a entraîné aucune conséquence préjudiciable ; et, de fait, rarissimes sont les décisions de condamnation en l'absence de préjudice physique. Par ailleurs, si le patient était déjà éclairé eu égard à ses

connaissances en matière médicale ou à l'information qu'il aurait reçue par ailleurs, une condamnation indemnitaire du médecin pourrait sembler abusive faute de préjudice. L'idée d'un préjudice moral inhérent à la violation d'un droit est alors sujette à caution.

Ainsi, sans nier le droit à l'information médicale, mieux vaudrait sans doute, pour le sanctionner, s'en tenir à la réparation d'un préjudice d'impréparation (en ce sens, M. Bacache, article préc.). La charge de la preuve d'un tel préjudice incombe normalement à la victime, conformément au droit commun, à la différence de ce qui résulterait de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'information. Toutefois, ce préjudice pourrait être présumé *en fait* lorsque les risques se réalisent, sauf au médecin à établir que le patient était déjà informé des risques et préparé à leur réalisation éventuelle. Cette solution, qui subordonne la réparation à l'existence d'un dommage corporel et laisse au juge un certain pouvoir d'appréciation de la réalité du préjudice allégué au regard des éléments fournis par les parties, nous paraît préférable. Elle ne devrait cependant pas remettre en cause la possibilité d'indemniser la perte d'une chance lorsque l'intervention n'était pas nécessaire, notamment lorsqu'une alternative thérapeutique était envisageable, ou s'il apparaît que, dument informé, le patient aurait pu y renoncer. Et il faudrait même, nous semble-t-il, admettre une réparation intégrale dans l'hypothèse où il serait certain que le patient aurait refusé l'acte médical, car le lien de causalité entre le défaut d'information et préjudice subi serait alors établi.

Mots clés :

MEDECINE * Responsabilité médicale * Obligation d'information * Manquement * Réparation du préjudice