

Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information

Pierre Sargos, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation

1 - Commentant l'arrêt *Perruche* (Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, Bull. ass. plén., n° 9 ; D. 2001. 316, concl. J. Sainte-Rose, 332, note D. Mazeaud et P. Jourdain, 489, chron. J.-L. Aubert, 492, chron. L. Aynès, 1263, chron. Y. Saint-Jours, 1889, chron. P. Kayser, 2002. 2349, chron. B. Edelman, et 2796, obs. F. Vasseur-Lambry ; RTD civ. 2001. 77, obs. B. Markesinis, 149, obs. P. Jourdain, 103, obs. J. Hauser, 226, obs. R. Libchaber, et 2001. 547, obs. P. Jestaz) le journal *Le Monde* des 19/20 novembre 2000 (p. 13), le qualifiait d'« arrêt historique ». On ne prendra pas parti sur la pertinence de ce qualificatif en ce qui concerne cette décision. En revanche, on n'hésitera pas à qualifier d'historiques les deux arrêts rendus le 28 janvier (Civ. 1^{re}, 28 janv. 2010, n° 09-10.992 ; D. 2010.440 ; RDSS 2010. 375, obs. F. Arhab-Girardin) et le 3 juin 2010 (Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-13.591) par la première chambre civile de la Cour de cassation. Ces arrêts, en effet, modifient les fondements mêmes du droit de la responsabilité médicale générale et du droit de la responsabilité spécifique liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information du patient, condition du recueil de son consentement éclairé.

Or, sur trois siècles, on ne recense en ce domaine que trois arrêts pouvant être qualifiés d'historiques (mais il y a bien sûr d'autres grands arrêts) :

- L'arrêt *Thouret-Noroy*, rendu le 18 juin 1835 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation (DP 1835. 1. 300, concl. Dupin ; S. 1835. 1. 401.), qui a décidé que, nonobstant la loi du 29 ventôse an XI (10 mars 1803) relative à l'exercice de la médecine (Duvergier, 1836, t. 14, 2^e éd., p. 12 ; cette loi a été abrogée en 1892) les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil étaient applicables aux médecins commettant des fautes dans l'exercice de leur art.

- L'arrêt *Mercier* rendu le 20 mai 1936 par la chambre civile de la Cour de cassation (DP 1936. 1. 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note signée E. P. (Eustache Pilon) ; S. 1937. 1. 321, note Breton ; RTD civ. 1936. 691, obs. Demogue ; *GAJC*, 11^e éd., n° 161 ; Gaz. Pal. 1936. 2. 41 ; *Leçons de droit civil*, 9^e éd., par F. Chabas, p. 493) qui a substitué au fondement délictuel un fondement contractuel à la responsabilité médicale (la responsabilité délictuelle subsistant cependant en l'absence de contrat).

- L'arrêt *Teyssier* rendu le 28 janvier 1942 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation (DC 1942. 63 ; Gaz. Pal. 1942. 1. 177), fondateur de l'éthique médicale en ce qu'il proclame que le respect de la personne humaine impose au praticien, avant de réaliser une opération sur son patient, d'obtenir son consentement éclairé par l'information et qu'en violant cette obligation, il commet une atteinte grave aux droits du malade et manque à ses devoirs médicaux.

Les fondements retenus par les deux premiers arrêts sont remis en cause par l'arrêt du 28 janvier (I), tandis que celui du 3 juin renforce singulièrement, après des errements, la portée de l'arrêt *Teyssier* (II). On s'interrogera aussi sur la problématique des revirements de jurisprudence (III).

I - Le nouveau fondement de la responsabilité médicale générale

2 - L'arrêt du 28 janvier 2010 concerne une personne souffrant de douleurs épigastriques dues à un reflux gastro-oesophagien provoqué par une hernie hiatale qui subit le 16 juillet 2002 - c'est-à-dire sous l'empire de la loi du 4 mars 2002 - une intervention chirurgicale consistant en une vagotomie et une pyloroplastie, dont il était résulté de violentes et persistantes douleurs. Le tribunal de grande instance, retenant une double faute, absence d'information sur le risque inhérent à l'intervention d'une part, faute médicale d'autre part, l'expertise ayant démontré le caractère injustifié de la vagotomie et de la pyloroplastie, avait indemnisé la patiente de l'ensemble de ses préjudices, mais la cour d'appel, bien qu'elle ait aussi admis que l'intervention était inutile et inadaptée à la pathologie, avait réduit l'indemnisation à la seule perte de chance. L'arrêt de cassation corrige heureusement cette erreur et définit, conformément à l'article 16-3 du code civil, la condition d'atteinte à l'intégrité du corps humain - en sus du consentement - c'est-à-dire une nécessité médicale pour la personne, ou, à titre exceptionnel, dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. A ce titre l'arrêt serait déjà important car il va dans le sens de la limitation de dérives abusives de la notion de perte de chance - qui ne peut jamais permettre une indemnisation totale puisqu'elle représente une fraction des préjudices - alors que dans cette affaire le praticien avait commis une faute consistant à réaliser une intervention sans nécessité médicale, faute qui était à l'origine de l'entier dommage.

3 - Mais l'intérêt « historique » de cet arrêt réside dans le visa de cassation qui - outre l'article 16-3 du code civil déjà cité - ne vise que l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, alors que le moyen, classiquement, invoquait aussi l'article 1147 (+ 1149) du code civil, c'est-à-dire la responsabilité contractuelle.

L'omission, qui n'est pas fortuite, des textes concernant la responsabilité contractuelle, signifie clairement que, désormais, pour tous les faits dommageables survenus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, le fondement de la responsabilité médicale repose sur le seul code de la santé publique.

On ne peut que se féliciter de ce choix unificateur, d'autant plus bienvenu que dans la réalité la distinction entre la faute délictuelle et contractuelle n'avait plus guère de signification dès lors que la jurisprudence définissait de plus en plus les fautes par référence au code de déontologie médicale, maintenant intégré dans le code précité (P. Sargos, La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires, D. 2007. 811 ; 2009. 1302, obs. J. Penneau ; E. Terrier, Protection juridique du patient : pour une consécration du modèle déontologique, JCP E 2002. 17). On citera aussi un arrêt récent renforçant la prise en compte de la déontologie (Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, n° 07-15.963, Bull. civ. I, n° 273 ; D. 2008. 3085) qui énonce qu'en présence d'un doute diagnostique le médecin a le devoir, en application des articles 32 et 33 du code de déontologie médicale, de recourir à l'aide de tiers compétents ou de concours appropriés.

Ce choix unificateur permet aussi au juge administratif et au juge judiciaire de statuer désormais sur un même fondement : la loi du 4 mars 2002.

II - Le nouveau fondement et le renforcement de la responsabilité liée au manquement au devoir d'information du médecin

4 - L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 3 juin 2010 concerne un homme atteint depuis plusieurs années de troubles urinaires s'aggravant pour lesquels un urologue a préconisé et réalisé en avril 2001 une adénomectomie prostatique, mais sans l'informer au préalable du risque grave d'impuissance inhérent à cette intervention, risque qui s'est réalisé. La cour d'appel avait estimé qu'eu égard à la pathologie dont souffrait le patient et à l'absence d'alternative thérapeutique, il aurait accepté l'opération, même informé du risque d'impuissance, et lui a refusé toute indemnisation.

La troisième branche du moyen - qu'il est important de reproduire pour comprendre la portée considérable de cet arrêt - faisait valoir que « l'obligation du médecin d'informer son patient

avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ; qu'en décidant au contraire que M. S. n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé et auquel le docteur P. l'a exposé, la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du code civil ».

En cassant la décision de la cour d'appel sur ce moyen, l'arrêt du 3 juin 2010 réalise donc un revirement complet par rapport à un arrêt très critiqué du 6 décembre 2007 (Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, Bull. civ. I, n° 380 ; D. 2008. 192, note P. Sargos, 804, chron. L. Neyret, et 2894, obs. P. Brun et P. Jourdain[☒] ; 2009. 1302, obs. J. Penneau[☒] ; RTD civ. 2008. 303, obs. P. Jourdain[☒], et 272, obs. J. Hauser[☒] ; V. égal. M. Bacache et A.-E. Crédeville, Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance, D. 2008. 1908[☒] et 1914[☒] ; JCP 2008. II. 125, n° 3, obs. Stoffel-Munck) décidant que le préjudice moral ne pouvait être indemnisé en matière de manquement d'un médecin à son devoir d'information.

Désormais, la réparation du préjudice moral devient non seulement possible, mais obligatoire en cas de manquement au devoir d'information. Pour les raisons développées dans les divers commentaires critiques de l'arrêt du 6 décembre 2007, on approuvera la Cour de cassation d'avoir eu la sagesse de ce retour à l'orthodoxie de la réparation du préjudice moral né d'un défaut d'information, d'autant que les textes les plus récents renforcent la protection des personnes en ce domaine. Ainsi l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - qui a la même valeur que le Traité de Lisbonne depuis l'entrée en vigueur de ce dernier le 1^{er} décembre 2009 - impose que, dans la cadre de la médecine et de la biologie, le consentement libre et éclairé de la personne concernée soit respecté. Un droit aussi fondamental ne pouvait rester sans réparation effective.

Dès lors, même si les juges estiment que le patient informé aurait accepté de courir le risque grave qui s'est réalisé, le manquement au devoir d'information doit être réparé en tant que tel. Encore faut-il, pour que ce droit à réparation soit effectif et non pas théorique, que la somme allouée ne relève pas du dérisoire, ce qui méconnaîtrait aussi le principe de proportionnalité, lequel a une importance croissante, y compris dans les évaluations pécuniaires des effets de la responsabilité (V. Com. 15 déc. 2009, n° 08-21.906, D. 2010. 10[☒] ; Rev. sociétés 2010. 256, note N. Morelli[☒] ; JCP 2010. 155. 285, note P. Delmotte et P. Roussel Galle). Dans l'affaire ayant fait l'objet de l'arrêt du 6 décembre 2007, la cour d'appel avait ainsi accordé 3 000 € seulement en réparation du préjudice moral de la victime afférent à l'absence d'information sur le risque grave qui s'était réalisé (hémiplégie pendant les trois ans partant de l'opération jusqu'au décès). On peut penser qu'une somme aussi faible n'assure pas une réparation respectant le principe de proportionnalité et, plus largement, la dignité humaine, et n'incite pas au respect du devoir d'information. D'une façon générale d'ailleurs, il est regrettable que les juges du fond soient trop restrictifs dans leur évaluation du préjudice moral en matière d'atteinte à la personne humaine, même si une heureuse tendance pour une plus juste évaluation commence à se manifester (V. nos remarques dans un point de vue sur la réparation des préjudices d'agrément : D. 2010. 1089[☒]).

5 - L'arrêt précité du 6 décembre 2007 avait paru apporter un changement au fondement de la responsabilité en matière d'information du patient en visant non plus l'article 1147 du code civil, mais l'article 1382. Toutefois un lecteur avisé avait évidemment compris (V. § 5 *in fine* de notre note préc. concernant cet arrêt) que ce visa procédait d'une erreur matérielle dont on exprimait le souhait qu'elle perdure.

Le doute est désormais levé, et de façon éclatante, par l'arrêt du 3 juin 2010, qui devient ainsi « historique ». Il vise en effet l'article 1382 du code civil, alors que le moyen se référait à l'article 1147 ; et la formule suivant laquelle cet article interdit au juge de laisser sans réparation le préjudice né du manquement au devoir d'information du médecin caractérise, sans l'ombre d'une équivoque, le passage en cette matière de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle.

On ne peut que s'en féliciter, et en féliciter la première chambre civile, car le manquement à

l'obligation de recueillir le consentement éclairé du patient, qui repose sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dépasse la sphère contractuelle et ne peut être réparé que sur la base de l'article 1382 du code civil, lequel exprime une autre exigence reconnue par le Conseil constitutionnel lorsqu'il énonce 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 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* » (Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, D. 2000. 424, obs. S. Garneri ¹⁵ ; RTD civ. 2000. 109, obs. J. Mestre et B. Fages ¹⁶, et 870, obs. T. Revet ¹⁷).

On ajoutera que le rejet des deux premières branches du moyen est aussi intéressant en ce qu'il confirme que le suivi post opératoire doit être conforme aux données acquises de la science, concept « inventé » par l'arrêt *Mercier*, et qui figurent maintenant à l'article R. 4127-32 du code de la santé publique.

III - La problématique des revirements de jurisprudence

6 - Ces dernières évolutions sont heureuses, tant au plan du changement des fondements de la responsabilité médicale dans les deux domaines sus-évoqués, qu'à celui d'une meilleure réparation des préjudices nés de la réalisation d'un risque grave non révélé.

Mais on ne peut manquer d'éprouver un malaise devant les variations jurisprudentielles qui, en matière d'information du patient, se sont succédées depuis l'arrêt *Teyssier*, lequel, dans la réponse au dernier moyen, posait clairement le principe de la réparation intégrale de tous les préjudices consécutifs à la réalisation d'un risque non révélé au patient. Cette doctrine avait été fermement reprise par un arrêt de cassation rendu en 1986 (Civ. 1^{re}, 11 févr. 1986, n° 84-10.845, Bull. civ I, n° 24 ; D. 1987. 19, note J. Penneau). Il s'agissait d'un médecin et d'un chirurgien qui avaient omis d'informer les parents d'une jeune fille du risque grave et de réalisation élevée de paralysie faciale de l'intervention qu'ils avaient préconisée, et que le second avait réalisée, pour remédier à la surdité dont leur fille était atteinte. La cour d'appel avait décidé que le défaut d'information ne pouvait permettre de condamner les praticiens à réparer l'intégralité du préjudice et limité leur condamnation à 50 %. La Cour de cassation avait cassé cet arrêt en énonçant que « *le manque d'information était la cause exclusive du dommage et que la responsabilité des deux médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice* ».

On se perd dès lors en conjectures sur les raisons, car aucune explication n'a été donnée, ni dans l'arrêt, ni dans le rapport annuel, du revirement intervenu à peine quatre ans après (Civ. 1^{re}, 7 févr. 1990, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991. Somm. 183, obs. J. Penneau ¹⁸ ; RTD civ. 1992. 109, obs. P. Jourdain ¹⁹). Cet arrêt a en effet décidé que le chirurgien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, le prive seulement d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'opération.

Encore cet arrêt préservait-il le préjudice moral, lequel était encore réaffirmé par un arrêt récent (Civ. 1^{re}, 27 juin 2006, n° 05-13.753) énonçant que le dommage résultant d'une perte de chance née d'un défaut d'information « *ne se limite pas au préjudice moral* ». On a vu qu'à peine un peu plus d'un an après, l'arrêt du 6 décembre 2007 procédait à un revirement, là encore sans l'ombre d'une explication, en interdisant la réparation du préjudice moral. Vient d'intervenir, heureusement, le revirement sur ce revirement par l'arrêt du 3 juin 2010 qui rétablit le droit et l'équité.

Et un autre arrêt (Civ. 1^{re}, 11 mars 2010, n° 09-11.270, D. 2010. 1119, note M. Bacache ²⁰) améliore encore le sort des victimes en décidant qu'en cas de manquement d'un médecin à son devoir d'information elles peuvent demander à l'ONIAM la réparation intégrale des conséquences de la réalisation d'un accident médical dont le risque n'avait pas été révélé, et qui, bien sûr, est advenu sans faute du praticien.

On en revient ainsi - mais avec quelles contorsions juridiques ! - à la réparation intégrale de l'arrêt *Teyssier*, sauf lorsque les conséquences du risque réalisé ne réunissent pas les conditions de gravité prévues par l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Dans ce cas, en effet, la victime devra continuer à agir devant une juridiction sur la base de la doctrine de la perte de chance de refuser l'intervention si le risque avait été révélé. On peut penser, eu égard au fait que la plupart des litiges concernent la réalisation de risques graves, que ces cas seront en nombres réduits.

7 - Toutes ces péripéties - sinon palinodies - attirent une nouvelle fois l'attention sur l'importance que doit attacher toute juridiction à la décision de procéder à un revirement de jurisprudence qui, intrinsèquement, porte atteinte à la prévisibilité du droit, c'est-à-dire à la sécurité juridique. Il faut donc, comme l'exige la jurisprudence de la CEDH (18 janv. 2001, n° 27238/95, *X c/ Royaume Uni*, pt 70, D. 2002. 2758, note D. Fiorina ) une « *raison valable* » et proportionnée au droit ou à la liberté à renforcer, grâce au revirement rétroactif, pour y procéder.

Certes, le temps est passé des diatribes doctrinales excessives sur le mal absolu que représenterait la rétroactivité jurisprudentielle. Le Conseil d'Etat (7 oct. 2009, n° 309499, *SETIL* , AJDA 2009. 2480, note J.-D. Dreyfus, 2437, obs. P.-A. Jeanneney , et 2010. 1062, étude E. Untermaier ) énonce ainsi que « *l'application rétroactive d'une jurisprudence nouvelle, qui ne comporte pas de réserve relative à son application dans le temps, n'est que l'effet des voies normales de recours au juge, et en particulier du contrôle du juge de cassation* », de sorte qu'il n'y a pas de violation de l'article 6 de la Convention EDH.

La Cour de cassation de son côté (Civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 07-14.932, D. 2009. 2599, obs. I. Gallmeister, 2058, chron. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton, et 2567, chron. N. Molfessis ) décide que « *la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit d'accès au juge.* »

La CEDH par l'important arrêt *Unedic* (18 déc. 2008, n° 20153/04) a expressément admis que la sécurité juridique ne faisait pas obstacle à l'application rétroactive de la jurisprudence. Et un arrêt encore plus récent (14 janv. 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c/ Macédoine*) renforce cette prise de position en précisant que les exigences de la sécurité juridique et de la protection de la confiance légitime ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante, mais il faut qu'il y ait une *motivation suffisante* du revirement ; dans cette affaire d'ailleurs la motivation était inexistante de sorte que la République de Macédoine a été condamnée.

Cette exigence de motivation suffisante, qui doit être de nature à démontrer qu'il y a des « *raisons valables* » de modifier une interprétation jurisprudentielle, est une obligation que devrait s'imposer toute juridiction, notamment lorsqu'elle a une mission d'interprétation unificatrice de la règle de droit. Certaines chambres se sont engagées dans la voie de cette recherche de « *raisons valables* » pour apprécier s'il y a lieu ou non de procéder à un revirement, comme le démontre le commentaire figurant au *Rapport annuel 2006 de la Cour de cassation* (p. 284/285) dans une affaire où il a été estimé que de telles raisons n'existaient pas.

On veut espérer que toutes les chambres de la Cour s'astreindront à cette discipline car un revirement est toujours une décision grave.

Mots clés :

MEDECINE * Responsabilité * Obligation d'information * Médecin * Manquement * Préjudice

