

Défaut d'information et préjudice d'impréparation Du risque né de l'activisme jurisprudentiel

Jean VILANOVA - Juriste



Halte au feu ! De la perte de chance à la faute autonome en passant par une foultitude d'autres étapes ponctuées de multiples revirements, des décisions rendues par la Cour de cassation auxquelles répondent celles du Conseil d'Etat, à moins que ce ne soit l'inverse, la jurisprudence n'en finit pas, depuis bientôt deux décennies de remodeler les contours du défaut d'information. On s'essouffle à la suivre. On craint de rater un épisode tant ils se succèdent à cadence accélérée. Dernière péripétie en date, les arrêts rendus par les juridictions suprêmes consacrant « le préjudice d'impréparation ». Quelle logique, quel fil conducteur peut-on tirer de cet activisme ?

I. Faits et décisions Conseil d'Etat ; 10/10/2012

1. Les faits

En date du 1^{er}/03/2002, un patient, M. B... est opéré au CHRU de Rouen d'une tumeur rectale. Quelques jours plus tard se révèlent un abcès périnéal et une fistule. Cette dernière est traitée sans succès durant 9 mois par des soins locaux et 4 injections de colle biologique. Il faudra une nouvelle intervention chirurgicale pratiquée le 24/07/2003 à l'hôpital Saint-Antoine à Paris pour que l'état de ce patient se consolide enfin. Il assigne alors l'établissement hospitalier rouennais au motif d'un manquement de celui-ci à son obligation d'information sur les risques et complications inhérents à l'intervention, en particulier une atteinte à ses fonctions sexuelles. Le patient formule également le reproche d'une stratégie thérapeutique inadaptée.

2. Décisions

a. Arrêt rendu le 16/11/2010 par la cour administrative d'appel de Douai (1)

Sur le défaut d'information

Les juges du fond estiment que le CHRU de Rouen n'apporte pas la preuve de l'information donnée au patient sur les risques de complications graves, notamment une atteinte probable des fonctions sexuelles. Pour autant, en référence au rapport de l'expert, la cour retient l'absence d'alternative à l'intervention afin d'extraire la tumeur dont M. B... était porteur. Dans ces conditions, elle estime que « ... le manquement des médecins à leur obligation n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, fait perdre à l'intéressé une chance de refuser l'intervention et d'échapper ainsi à ses conséquences dommageables... »

En d'autres termes, même parfaitement informé des risques encourus, le patient n'aurait pas eu d'autre choix que d'accep-

ter le geste. Par ailleurs, toujours selon les juges « ...M. B... ne justifie, ni même n'allègue qu'il aurait renoncé à cette intervention s'il avait été informé des risques qu'elle comportait... »

Sans surprise, la cour d'appel de Douai se cale sur la jurisprudence en cours du Conseil d'Etat.

Sur la faute médicale

L'échec répété du traitement par colle biologique aurait-il dû laisser plus tôt place à une reprise chirurgicale, celle-ci n'ayant été entreprise – avec succès – que fin juillet 2003, soit près de 16 mois après la survenue du risque ?

Selon le chirurgien du CHRU, « l'intéressé avait subi une perte de poids qui pouvait être délétère dans une nouvelle intervention chirurgicale », d'où sa décision de persister dans le choix thérapeutique de traitement par injection de colle. Et la cour

d'appel de considérer le caractère non fautif d'une telle orientation.

Débouté de ses deux demandes, M. B... forme un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

b. Arrêt rendu le 10/10/2012 par le Conseil d'Etat (2)

Sur le défaut d'information

La haute juridiction admet qu'eu égard au caractère impérieux de l'intervention, le patient ne se trouvait pas réellement en situation de la refuser, quand bien même aurait-il été dûment informé des risques qu'elle comportait. Ainsi, le défaut d'information imputable au CHRU n'induit pas pour lui une perte de chance d'écarter la dite intervention.

Ce moyen du pourvoi formé par le patient est donc rejeté.

Pour autant les hauts magistrats ne s'en tiennent pas à ce seul rejet. Ils innovent – et de quelle façon ! – en conférant au défaut d'information la matérialité d'un préjudice autonome, découlé de la perte de chance : le préjudice d'impréparation. Et ils le font en ces termes :

« Considérant qu'indépendamment de la perte de chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques encourus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles... »

Certes, M. B... ne s'étant pas prévalu d'un tel préjudice d'impréparation, il ne saurait prétendre ici à indemnisation. Il n'empêche et personne ne s'y trompe, le Conseil d'Etat opère une évolution jurisprudentielle de première importance dont nous tenterons plus loin d'en percevoir les raisons.

Sur la faute médicale

A l'inverse de celui formé sur le défaut d'information, ce moyen est considéré comme fondé et la cassation prononcée. Selon les magistrats du Conseil d'Etat, l'échec du traitement par colle biologique aurait en effet dû entraîner une décision plus rapide de reprise chirurgicale. Cette option n'a pas été proposée à M. B... par les médecins du CHRU de Rouen. Et, fait aggravant pour ces médecins, c'est sur sa propre initiative, sans le conseil de quiconque que le patient a consulté le service spécialisé de l'hôpital Saint-Antoine où l'opération a enfin pu être menée à bien.

Dans les seules limites de cette cassation, le Conseil d'Etat renvoie ainsi l'affaire devant la cour administrative d'appel de Douai appelée à juger une seconde fois. Elle le fera et son arrêt, rendu le 30/05/2013 (3) sera conforme à la position des hauts magistrats administratifs. M. B... obtiendra réparation de son préjudice au titre de la perte de revenus et de ses souffrances physiques et morales, le tout pour une somme avoisinant 20 000 €.

II. Emergence du préjudice d'impréparation - Justification

1. Les contours du préjudice d'impréparation

Il importe de définir clairement ce qu'entendent les magistrats du Conseil d'Etat par « préjudice d'impréparation ».

→ Tout d'abord, ce préjudice ne se substitue pas à la perte de chance qui, elle, reste appelée lorsque le défaut d'information a fait perdre au patient une chance de refuser une intervention à l'issue de laquelle un risque s'est réalisé. Le préjudice d'impréparation vient s'ajouter à la perte de chance ce qui se traduit, le cas échéant, par un cumul des indemnités versées à la victime.

→ Ensuite, un tel préjudice matérialise les troubles psychologiques (mais seulement psychologiques ?) ressentis par le patient n'ayant pu, avant l'intervention, se préparer à la réalisation d'un risque dont on ne l'avait pas informé et qui s'est finalement révélé. Cette dimension se situe au-delà du droit. Elle revêt un caractère moral et l'on sait d'expérience que droit et morale font très rarement, pour ne pas dire jamais bon ménage. Les exemples en la matière sont hélas légion ce qui n'a pas l'heur de troubler outre mesure les magistrats suprêmes tant de l'ordre administratif (le Conseil d'Etat) que de l'ordre judiciaire (la Cour de cassation) comme nous le verrons plus loin.

→ Enfin se pose la question de l'évaluation – en termes d'indemnisation – du préjudice d'impréparation.

2. Justification

L'arrêt du 10/10/2012 du Conseil d'Etat nous renvoie à celui du 03/06/2010 (4) rendu par la Cour de cassation et abondamment commenté depuis.

En l'espèce, opéré avec succès d'un adénome prostatique, le patient était par la suite demeuré sexuellement impuissant sans aucune faute technique à la charge de son chirurgien. La Cour de cassation n'en avait pas moins estimé que le défaut d'information sur ce risque d'impuissance avait entraîné un préjudice « ... que le juge ne peut laisser sans réparation. » Qu'importe si le geste, réalisé dans les règles de l'art était indispensable à la survie de ce patient, aujourd'hui impuissant certes, mais vivant.

La Cour de cassation consacre ici le caractère d'autonomie du défaut d'information. Et le toucher du corps en souffrance exige, sauf situation d'urgence, le consentement libre et éclairé de celui qui, justement habite le corps, c'est-à-dire le patient lui-même. De toute évidence, par son arrêt du 19/10/2012, le Conseil d'Etat opère un

rapprochement, à une nuance près toutefois.

→ La Cour de cassation considère que tout déficit d'information est constitutif, en soi, d'une faute qu'il y ait ou non trouble. Ceci par application des principes liés au respect de la dignité humaine.

→ Le Conseil d'Etat, plus en retrait entend que soit réparé, à la suite d'un défaut d'information, le trouble subi pour n'avoir pu se préparer à l'éventualité en prenant des dispositions personnelles.

La jurisprudence, toutefois, ne va pas en rester là, la Cour de cassation réévaluant sa position.

En effet, à ce stade, le caractère autonome du défaut d'information affirmé avec tant d'éclat par la Cour de cassation dans son arrêt du 03/06/2010 semble déjà avoir du plomb dans l'aile.

Par un nouvel arrêt rendu le 02/10/2013 (5), la haute juridiction refuse le principe de la double indemnisation d'une patiente victime d'une embolie après l'oubli d'un morceau de cathéter dans une artère pulmonaire ; indemnisation au titre du préjudice subi et indemnisation du défaut d'information sur les risques du maintien à long terme dans son organisme d'un dispositif médical. Seul le premier chef de préjudice – le préjudice corporel – a donné lieu à réparation. Quant au pourvoi formé sur le défaut d'information, il a été rejeté.

Si Sénèque était encore de ce monde, gageons qu'il y perdrait son latin car cet arrêt constitue le signe avant-coureur d'un nouveau rebondissement.

III. Faits et décisions Cour de cassation, 23/01/2014

1. Les faits

Projetant un voyage aux Antilles, une jeune femme se fait vacciner par son

médecin traitant contre le virus de l'hépatite B. Elle reçoit ainsi plusieurs injections de GenHevac B. Quelques temps après la dernière injection, cette jeune femme présente un état de fatigue et les premiers signes d'une atteinte neurologique. Une sclérose latérale amyotrophique (SLA) est diagnostiquée peu après. Attribuant ces troubles graves aux vaccins, la patiente assigne le laboratoire et son médecin traitant en responsabilité.

En appel, elle se désiste de son action contre le laboratoire mais elle maintient l'action contre le médecin au motif qu'il ne l'a pas informée des risques d'atteinte neurologique induits par la vaccination.

Par un arrêt du 10/04/2012, les juges de la Cour d'appel d'Orléans rejettent la demande. Ils relèvent que si la dernière injection de GenHevac B n'était pas nécessaire, elle n'a causé qu'un très faible surdosage non susceptible, selon les experts, d'engendrer un effet délétère. De surcroît, il n'existe aucun lien scientifiquement démontré entre l'injection du produit et l'apparition de la SLA. Et ni la notice du GenHevac B, ni le dictionnaire Vidal ne mettaient en garde contre l'éventualité d'apparition d'une SLA après vaccination.

La patiente décide de former un pourvoi devant la Cour de cassation contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans.

2. Décision : arrêt rendu le 23/01/2014 par la Cour de cassation (6)

Le pourvoi est rejeté. Les juges suprêmes estiment qu'en l'absence de lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la SLA qui n'est pas une maladie auto-immune mais une dégénérescence des motoneurons, le médecin n'avait pas à informer la patiente d'un risque qui n'existait pas. Pour autant, l'arrêt apporte une précision d'importance qu'il convient de notifier :

« *Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques*

inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation... »

Ce qui semble être de la part de la Cour de cassation, une forme de reniement par rapport à son arrêt du 03/06/2010 a pour probable raison le souci de ne point ouvrir la voie à une dérive dangereuse en matière d'indemnisation des préjudices. En tout état de cause, il faut se réjouir du rapprochement des deux hautes juridictions sur une question aussi sensible que celle de la réparation d'un préjudice à l'aspect pour le moins évanescent. D'autant que le rééquilibrage est là, entre l'obligation régaliennne d'information dévolue au médecin et la nécessité de réparer un préjudice d'impréparation né du manquement à cette obligation, pour autant toutefois qu'un risque connu de la science se soit effectivement réalisé.

IV. Conclusion

Le préjudice d'impréparation ne vas pas révolutionner la responsabilité médicale pas plus qu'il n'hypothéquera outre mesure les comptes des compagnies d'assurance. Son aspect novateur ne doit en rien cacher sa vraie matière : une péripétie parmi beaucoup d'autres, passées et à venir.

Son émergence puis sa consécration ne sont pas les bienvenues, ni pour les médecins, ni pour les patients quoi que les associations qui représentent ces derniers en pensent.

Le préjudice d'impréparation s'inscrit en effet dans un environnement désormais



fort peu lisible pour qui n'est pas pénétré des arcanes du droit. Alors un médecin, alors un patient... Comment peuvent-ils se retrouver dans le dédale des décisions rendues ?

Cependant, pour une simple raison d'équité entre citoyens, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'avaient d'autre choix que de réorienter leur jurisprudence comme ils l'ont fait. A défaut, la différence de traitement entre les patients du public et ceux du privé en matière d'indemnisation du défaut d'information aurait pris un tour insupportable.

D'ailleurs sur ce point, nous avons toujours considéré comme un « barbarisme

juridique » deux ordres juridictionnels, l'un administratif, l'autre judiciaire appliquant pour des mêmes souffrances, des règles différentes. Il y a urgence à fonder un ordre juridique unique chargé de juger des affaires médicales, d'où qu'elles proviennent comme c'est déjà le cas en matière d'indemnisation de l'aléa thérapeutique.

Et maintenant ?

Mesurons le chemin parcouru, dans le mauvais sens hélas. La médecine dans son acception la plus large est un art de l'oralité. L'information donnée fonde la relation de soins. De cette information découle ensuite le consentement « libre et éclairé »

du patient. Dès lors le soignant a accès au corps de ce dernier et au secret qu'il porte. Cela se définit très simplement comme une relation de confiance sans laquelle tout acte de soins reste vain.

Prenons garde, à force de décisions innombrables, contradictoires et fausement compassionnelles à ne pas transformer le rapport de confiance entre soignant et patient en un rapport de défiance. C'est pourtant la voie bien hasardeuse qui semble être résolument prise aujourd'hui. Et si une telle orientation se confirme, il n'y aura que des perdants, les médecins, les patients et la société dans son ensemble.

1 - Cour administrative d'appel de Douai - 16/11/2010 - Arrêt n° 09DA01160
2 - Conseil d'Etat - 10/10/2012 - Arrêt n° 350426
3 - Cour administrative d'appel de Douai - 30/05/2013 - Arrêt n° 12DA01578
4 - Cour de cassation ; 1^{ère} civ. ; pourvoi n° 09-13.951 du 03/06/2010
5 - Cour de cassation ; 1^{ère} civ. ; pourvoi n° 12-23.362 du 02/10/2013
6 - Cour de cassation ; 1^{ère} civ. ; pourvoi n° 12-22.123 du 23/01/2014