



HAL
open science

Défaut d'information du patient

Christophe Quézel-Ambrunaz

► **To cite this version:**

Christophe Quézel-Ambrunaz. Défaut d'information du patient : concurrence de l'indemnisation par l'Oniam et de la responsabilité civile. Gazette du Palais, 2010, 84, pp.10. halshs-01863741

HAL Id: halshs-01863741

<https://shs.hal.science/halshs-01863741>

Submitted on 29 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Défaut d'information du patient : concurrence de l'indemnisation par l'ONIAM et de la responsabilité civile

Christophe Quézel-Ambrunaz

L'ONIAM doit prendre en charge une partie de l'indemnisation du préjudice subi à cause de la réalisation de risques médicaux, lorsqu'un médecin a fautivement manqué à son devoir d'information. Outre ce premier enseignement, l'arrêt commenté, promis à la plus large publicité, semble poursuivre la redéfinition du régime de l'indemnisation du patient mal informé, entrepris par l'arrêt du 28 janvier 2010¹, qui a jugé qu'en cas de cumul d'un manquement au devoir d'information et d'une faute, la réparation de la perte d'une chance ne fait pas obstacle à l'indemnisation des préjudices corporels subis. Le mouvement jurisprudentiel qui semble se dessiner bouscule la solution antérieure : le patient qui a été mal informé des risques inhérents à l'opération envisagée perd une chance de renoncer à l'intervention, et donc d'échapper à la réalisation de ces risques — son indemnisation est effectuée sur la base de son préjudice corporel, affectée de la probabilité que le patient, correctement informé, renonce à l'intervention². Cette position est peut-être désormais remise en cause, ce qui constitue potentiellement une réponse à certaines critiques de la doctrine³ ou aux doutes émis dans un rapport de la Cour de cassation⁴, qui portent surtout sur le caractère partiel de l'indemnisation ainsi offerte à la victime.

Les faits de l'espèce sont suffisamment détaillés dans l'avis de M. l'avocat général pour qu'il soit inutile de les reprendre. Il convient simplement de souligner que la seule faute reprochée au médecin est le manquement à son devoir d'information ; aucune faute technique n'étant retenue, c'est bien la survenance d'un risque inhérent à l'opération qui explique le dommage. Selon la Cour d'appel, le défaut d'information a fait perdre une chance d'éviter le dommage évaluée à 80 %, ce qui engage la responsabilité du médecin dans cette proportion. Cette faute a conduit les juges du fond à refuser que l'ONIAM intervienne. Deux pourvois ont été formés contre cet arrêt. Le pourvoi principal, du praticien et son assureur, conteste la responsabilité du médecin, en ce que, d'une part, l'intervention étant nécessaire, le patient correctement informé l'aurait certainement acceptée, d'où une absence de causalité, et une violation de l'article L. 1111-2 du Code de la Santé Publique, et, d'autre part, l'arrêt souffrirait d'une contradiction de motifs. Le pourvoi incident, de la victime et de ses proches, estime que la cour d'appel a violé l'article L. 1142-18 du CSP en ne mettant pas à la charge de l'ONIAM la portion de préjudice non réparée par la responsabilité médicale.

¹ pourvoi n° 09-10.992, Cette revue, n° 76-77, 17-18 mars 2010, p. 10, *Faute médicale et défaut d'information du patient : la possibilité d'une sur-indemnisation ?*.

² Cass. Civ. 1, 20 juin 2000, pourvoi n° 98-23046 ; Cass. Civ. 1, 7 décembre 2004, Bull. n° 302, pourvoi n° 02-10957. Cass. Civ. 1, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-10909 et pourvoi n° 04-14878.

³ P. JOURDAIN, RTDCiv. 2003, p. 98, RTDCiv. 2008 p. 303 et les références citées ; M. BACACHE, *Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ?*, D. 2008, p. 1908 ; L. NEYRET, *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels*, D. 2008, p. 303.

⁴ Rapport annuel 2007, p. 271.

Une double question est donc posée à la Cour de cassation, dont les deux facettes sont, à l'analyse, intimement liées. D'une part, il s'agit de préciser les conditions de l'engagement de la responsabilité médicale en cas d'information défectueuse délivrée au patient. D'autre part, il convient de déterminer, si, lorsque l'aléa thérapeutique se manifeste lors d'une opération consécutive à un défaut d'information, un partage de l'indemnisation exigée doit être envisagé entre la responsabilité du médecin et la solidarité nationale. Le lien entre ces deux points réside dans la compréhension à adopter du préjudice de la victime, et de son étiologie : la perte d'une chance est-elle une portion de l'atteinte corporelle subie ? Le préjudice provient-il exclusivement de l'accident médical, ou la faute éthique en est-elle également une cause ?

L'esprit de la loi du 4 mars 2002 — tel qu'il se dégage des travaux préparatoires⁵ ou d'un souci constant la jurisprudence⁶ — consiste à décharger les médecins des aléas thérapeutiques, dont les conséquences sont prises en charge par la solidarité nationale, tout en exigeant qu'ils répondent des conséquences de leur faute. Les questions posées à la Cour de cassation n'en sont pas immédiatement éclaircies. L'on pourrait soutenir autant que l'ONIAM doit intervenir — la victime se plaint des suites d'un aléa thérapeutique — que le contraire — l'ONIAM n'intervient pas en cas de faute du praticien. La faute du médecin est indubitable, il doit répondre de ses conséquences — qui ne sont pas les atteintes corporelles de la victime, laquelle aurait tout aussi bien pu, correctement informée, accepter l'opération, et donc subir le même préjudice. Il serait tout aussi regrettable de laisser sans sanction la faute éthique, que de réattribuer au médecin, même partiellement, par le biais de la perte d'une chance, les conséquences de l'aléa thérapeutique dont la loi l'a déchargé.

La Première chambre civile, conformément à l'avis de l'avocat général, a rejeté le pourvoi principal, mais cassé partiellement l'arrêt d'appel en accueillant le pourvoi incident. D'une part, elle valide donc une appréciation particulièrement sévère de la sanction du défaut d'information, qui s'apparente, en l'état actuel de la jurisprudence, à une réparation partielle du préjudice souffert (I). D'autre part, elle redéfinit la notion de subsidiarité gouvernant l'intervention de l'ONIAM, en admettant une concurrence des mécanismes d'indemnisation et de responsabilité, dans la limite du préjudice subi (II).

I — Défaut d'information et perte d'une chance, le spectre de la réparation partielle

La perte d'une chance est un préjudice, en théorie autonome, qui est constitué par la disparition d'une éventualité favorable (perte de chance de réaliser un gain), ou par l'exposition à la réalisation d'un risque (perte de chance d'éviter un dommage). Ce préjudice est distinct, soit de la perte du gain, soit du dommage survenu, de telle sorte qu'il pourrait être conçu comme parfaitement autonome⁷. Cette autonomie est toutefois relative, surtout en ce qui concerne la perte d'une chance d'éviter un dommage, et particulièrement en matière de défaut d'information. En effet, l'indemnisation se

⁵ Cf. notamment C. EVIN, B. CHARLES, J. — J. DENIS, rapport sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé (n° 3258).

⁶ Il ressort d'arrêts antérieurs comme postérieurs à la loi que « *la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* », Cass. civ. 1, 8 nov. 2000, n° 99-11.735, JCP G 2001, II, n° 10493, concl. Sargos P. et note Chabas F., Gaz. Pal. 17 au 19 déc. 2000, doct., p. 48, note Bonneau J. ; Cass. Civ. 1, 22 novembre 2007, Bull. n° 366. Cass. Civ. 1, 28 mars 2008, pourvoi n° 07-11879.

⁷ Selon la jurisprudence, le défaut d'information prive le patient « *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* », Cass. Civ. 1, 7 février 1990, pourvoi n° 88-14797.

calcule alors sur la base du dommage survenu, en fonction de la probabilité de voir le patient, correctement informé, renoncer à l'intervention médicale, et donc échapper à la réalisation du risque. Par ailleurs, si le préjudice de perte d'une chance était réellement autonome par rapport au préjudice final, il faudrait autoriser le patient mal informé d'un risque qui n'est pourtant pas survenu⁸ à se plaindre de la perte d'une chance d'éviter d'y être exposé. Certes, le risque ne s'est pas réalisé, mais il est indubitable qu'une chance de s'y soustraire a néanmoins été perdue. La jurisprudence se refuserait certainement à laisser prospérer de telles actions, qu'aucun plaçant n'a, à notre connaissance, tentées. Cela montre que l'autonomie de la perte d'une chance est parfois un expédient commode pour masquer l'intégration d'un raisonnement probabiliste dans le champ de la causalité, habituellement gouverné par la nécessité — l'on ne sait quelle aurait été la décision du patient correctement informé. La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque se rapproche, pour ces deux raisons, d'une indemnisation partielle⁹, à laquelle notre droit de la responsabilité civile est pourtant traditionnellement hostile¹⁰.

En l'espèce, la Cour d'appel a retenu que le taux de la perte d'une chance était de 80 %. Elle estime donc que, dûment informée, la victime aurait de manière très probable refusé l'opération. Elle souligne pourtant n'avoir « aucune certitude que le patient, correctement informé, aurait renoncé à l'opération », et que « le patient ne pouvait ignorer le risque de paralysie d'une intervention pour traiter une hernie discale ». Si le consentement n'a pas été suffisamment éclairé, ce n'est que parce qu'il n'a pas eu d'informations sur « les différentes techniques, les risques de chacune et les raisons du choix du docteur »¹¹, ni le temps nécessaire « pour réunir d'autres avis et d'autres informations nécessaires avant une opération grave à risques ». Néanmoins, le patient avait bien été informé du risque qui s'est réalisé, et n'a pas choisi de renoncer à l'opération. Le pourvoi aurait peut-être pu invoquer ici une contradiction de motifs entre les doutes avoués de la Cour d'appel sur le choix subodoré du patient correctement informé, et le taux de perte d'une chance retenu¹².

La première branche du moyen du pourvoi principal s'est placée, non sur l'appréciation quantitative des chances perdues, mais dans une logique de tout ou rien, en avançant qu'il n'existait pas de relation causale entre le défaut d'information et le consentement du patient à l'opération envisagée, parce que l'opération était nécessaire. Effectivement, l'on ignore si la faute éthique a été une condition *sine qua non* du consentement¹³, car il n'est pas certain qu'en l'absence de faute, la victime correctement informée n'aurait pas, malgré tout, accepté l'opération. L'argument a été balayé d'un revers de main par la Cour de cassation, la Cour d'appel ayant, selon elle, justement déduit que le manquement au devoir d'information avait fait perdre au patient une chance d'échapper à une

⁸ Soit que l'opération se soit bien passée, soit qu'il n'ait pas encore été opéré, soit qu'il ait finalement, pour d'autres raisons, renoncé à l'opération.

⁹ Ainsi, la perte d'une chance est « une fraction des différents chefs de préjudice résultant du handicap », Cass. Civ. 1, 24 janv. 2006, Bull. n° 30.

¹⁰ En revanche, selon le *Draft Common Frame of Reference*, VI. — 6:202 : *Reduction of liability*. 'Where it is fair and reasonable to do so, a person may be relieved of liability to compensate, either wholly or in part, if, where the damage is not caused intentionally, liability in full would be disproportionate to the accountability of the person causing the damage or the extent of the damage or the means to prevent it.' Comp. la formulation plus restrictive de l'art. 10:401 des *Principles of European Tort Law*.

¹¹ Choix relevant de la liberté thérapeutique du médecin, dès lors qu'il se justifie au regard des données acquises de la science, ce qui n'était pas ici contesté.

¹² Certes, le quantum de la chance perdue est à l'appréciation souveraine des juges du fond, Cass. Civ. 1, 28 janvier 2010, pourvois n° 08-20755 et n° 08-21692.

¹³ *Mutatis mutandis*, l'on pourrait remarquer qu'en matière contractuelle, l'on recherche fréquemment si le vice atteignant le consentement a été déterminant — pourquoi n'en serait-il pas de même, en matière de défaut d'information médicale ?

infirmité. L'on doit confesser une difficulté à approuver que la chance perdue soit bien celle d'échapper à une infirmité. En effet, cela entraîne une évaluation de la réparation en fonction de ce préjudice final qu'est la paraplégie. Or, celle-ci apparaît comme résultant plus de l'aléa thérapeutique, que de la faute du médecin — ce que ne manque pas de souligner, par ailleurs, le dernier attendu de l'arrêt. Si la perte d'une chance n'est que l'avatar d'une réparation partielle, le lien causal avec la faute éthique apparaît ténu. Il serait peut-être préférable de considérer que le défaut d'information fait perdre une chance de renoncer à une opération, ou de choisir une autre technique — et donc d'échapper aux souffrances et désagréments inhérents à l'intervention subie, sans égard à la réalisation de quelque risque que ce soit.

L'opportunité d'une telle redéfinition de la perte d'une chance, qui ne serait plus alors assimilable, comme actuellement, à une indemnisation partielle, doit être mise à l'épreuve de l'évolution annoncée du rapport entre l'indemnisation et la responsabilité.

II — Indemnisation et responsabilité, de la subsidiarité à la concurrence

L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux par l'ONIAM ne se conçoit, selon l'article 1142-1 II, qu'en absence de responsabilité pouvant être retenue contre les personnes mentionnées au point I du même article — notamment, lorsque la faute d'un praticien est à l'origine de dommages, elle ne saurait permettre leur prise en charge par la solidarité nationale. La Cour d'appel a cru pouvoir en déduire que l'ONIAM devait être mis hors de cause, en raison de la faute éthique du médecin. Cette position, certes soucieuse des deniers publics, amènerait à une conséquence très fâcheuse, en l'état de la jurisprudence actuelle sur la perte d'une chance consécutive au défaut d'information, particulièrement lorsque le taux qui en est retenu est faible. Dans un tel cas, la victime d'un aléa thérapeutique serait privée du concours de l'ONIAM, en raison de la faute du médecin, et ne serait indemnisée que partiellement, sur le fondement de la perte d'une chance. Son indemnisation serait donc, en raison du défaut d'information dont elle est victime, moins bonne que si elle avait été correctement informée : la faute du médecin diminuerait sa créance d'indemnisation.

Afin d'éviter cela, il doit pouvoir être admis que l'ONIAM intervienne pour indemniser la victime, car son préjudice provient bien de la réalisation d'un accident médical sans faute technique. Le pourvoi incident se fondait ainsi sur l'article L. 1142-18 CSP, qui permet à une CRCI de ventiler l'indemnisation en cas de concours entre l'aléa thérapeutique et une faute médicale. L'on ne peut qu'approuver M. l'avocat général qui, dans son avis, estime que cet article, pourtant finalement visé par l'arrêt¹⁴, n'est pas applicable au cas d'espèce. L'on ne peut soutenir, comme l'exigerait l'article pour recevoir application, que le préjudice subi par la victime provient pour partie de la faute médicale, et pour partie de l'aléa.

En effet, en réalité, si l'on concède une autonomie à la perte d'une chance, la victime a subi ici deux préjudices : l'un, la perte d'une chance, causée par le défaut d'information, et l'autre, sa paraplégie, conséquence de l'aléa thérapeutique, dans la genèse duquel le médecin n'a par définition joué aucun rôle. Ces deux préjudices doivent être réparés, respectivement, par la responsabilité du praticien, et

¹⁴ Afin d'opérer un rapprochement entre L. 1142-18 et L. 1142-1.

par le régime d'indemnisation fourni par la solidarité nationale — ainsi peut se comprendre l'attendu de principe posé par la Cour de cassation¹⁵.

L'application, apparemment subsidiaire, de l'un par rapport à l'autre, se mue en application concurrente. L'ONIAM a vocation à indemniser tout le préjudice corporel subi, puisqu'il ne provient pas d'une faute (ou du moins, d'un fait générateur de responsabilité), mais d'un aléa ; cela justifie la cassation sur le fondement de l'article 1142-1 CSP. Toutefois, l'arrêt réduit le rôle de l'ONIAM : il s'agit d'apporter un complément d'indemnisation à la victime, M. l'avocat général précisant qu'un même dommage ne peut être réparé deux fois. Certes, mais si sa vocation était de prendre en charge totalement le préjudice, dans une véritable concurrence, pourquoi ne pas répartir l'indemnisation entre le praticien et l'ONIAM, comme entre deux coresponsables ? Surtout, la réduction du rôle de l'ONIAM à un simple complément fait peu de cas d'une des prémisses du raisonnement : deux dommages distincts sont à réparer. Ils le sont d'ailleurs sur deux fondements différents : la faute éthique constituée par le manquement au devoir d'information n'est pas du ressort de l'article 1142-1, qui ne concerne que les « actes de prévention, de diagnostic ou de soin » (l'information, par définition, doit être délivrée avant l'acte) ; elle relève de l'article L. 1111-2 CSP¹⁶. En outre, l'article 1142-1 prévoit que la solidarité nationale doit intervenir lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme de santé ne peut être engagée, et non dans la mesure où cette responsabilité n'est pas engagée. Il va de soi qu'une victime qui subirait une réduction de sa créance d'indemnisation en raison de sa faute, invoquée par un professionnel de santé pour réduire sa responsabilité (en raison d'une faute technique), ne pourrait se retourner contre l'ONIAM pour un complément d'indemnisation... du moins tant qu'elle n'apporte pas la preuve qu'un aléa thérapeutique est également à la source de son préjudice. La présente décision rouvre peut-être la question de la répartition de la charge du préjudice lorsqu'il apparaît qu'une faute technique du médecin, une faute de la victime, et l'aléa thérapeutique en sont tous trois à la source.

Il reste qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour de cassation reconnaît implicitement que l'indemnisation pour perte d'une chance n'est que l'indemnisation partielle du dommage corporel subi en raison de la réalisation des risques de l'intervention, sans égard pour le doute sur la causalité.

Si la Cour de cassation voulait achever la redéfinition de la perte d'une chance consécutive à un défaut d'information en matière médicale, elle pourrait, semble-t-il, s'engager plus avant dans la voie qu'elle ouvre, qui préserve les intérêts des victimes, évite de remettre partiellement les conséquences d'aléas thérapeutiques à la charge des médecins non fautifs techniquement, et ne transgresse pas le principe de la réparation intégrale. Le manquement au devoir d'information, qui priverait un patient de renoncer à une intervention, engagerait la responsabilité du médecin, sur la base de ses conséquences normales (pretium doloris, ITT...), affectée de la probabilité qu'aurait eue le patient, correctement informé, de renoncer au traitement. La survenance d'une faute médicale

¹⁵ « Attendu [...] que ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif ».

¹⁶ Cf. Ph. Pierre, La responsabilité médicale à l'aune de la loi « Kouchner », esquisse d'un bilan d'étape, RLDC 2007/35, suppl., n° 2420, qui en déduit un crédit donné à la thèse de la compensation d'un préjudice moral spécifique. Si l'on peut discuter de la nature purement morale du préjudice, son caractère spécifique ne fait aucun doute.

(ou d'un autre fait générateur de responsabilité), lors de cette intervention, engagerait la responsabilité de son auteur. Le dommage qui naîtrait d'un aléa thérapeutique serait à la charge de la solidarité nationale. Cela accroîtrait le fardeau de l'ONIAM, en allégeant celui pesant sur les médecins et leurs assureurs, mais cela est conforme à l'esprit comme à la lettre de la loi. La victime d'un manquement au devoir d'information et d'un aléa thérapeutique recevrait deux indemnisations, mais compensant deux préjudices nettement distincts.