

Les conséquences du défaut d'information : la consécration du cumul de la réparation du préjudice d'impréparation et du préjudice constitué par la perte de chance d'éviter le dommage

Cass. 1^{re} civ. 25 janvier 2017 (15-27898)

1- Madame Z. chez qui une sténose carotidienne droite a été diagnostiquée, a subi une artériographie à la suite de laquelle elle a présenté une hémiplégie des membres inférieurs et supérieurs gauches en relation avec un accident vasculaire cérébral (AVC).

Procéduralement, et après échec de la procédure de règlement amiable devant la Commission de conciliation et d'indemnisation, Madame Z. a assigné en responsabilité et en indemnisation les praticiens et l'ONIAM. Etaient invoqués un défaut d'information préalable sur le risque d'hémiplégie lié à la pratique d'une artériographie et la survenue d'un accident médical non fautif indemnisable au titre de la solidarité nationale.

Par jugement du 3 juillet 2014, les premiers juges ont retenu que le risque d'hémiplégie lié à la réalisation d'une artériographie n'était pas un risque fréquent et normalement prévisible. Ils ont écarté la responsabilité des praticiens et jugé que Madame Z. avait été victime d'un accident médical non fautif dont les conséquences dommageables devaient être prises en charge par l'ONIAM.

Sur appel de l'ONIAM et appel incident de Madame Z., le Juge d'appel a, par arrêt du 30 septembre 2015, confirmé la survenue d'un accident médical non fautif relevant d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale, jugé que les praticiens avaient manqué à leur obligation d'information et précisé, sur la base des conclusions expertales, qu'il n'était pas permis d'exclure la possibilité pour Madame Z. de se soustraire à l'examen d'artériographie si elle avait eu connaissance du risque d'AVC et de ses conséquences.

La perte de chance d'éviter le dommage a été fixée à 50 % des préjudices subis, la cour d'appel précisant que l'indemnisation mise à la charge de l'ONIAM ne se ferait qu'à hauteur des 50 % non indemnisés par les praticiens.

La Cour retenait au surplus un préjudice moral d'impréparation dont l'indemnisation mise à la charge des praticiens s'élevait à 5 000 euros.

2- Sur pourvoi des professionnels de santé, la Cour de cassation a été amenée à préciser les conséquences indemnitaires d'un manquement au devoir d'information du patient.

Par cet arrêt du 25 janvier 2017 destiné à être publié, la Haute Cour saisie de la question du cumul d'indemnisation possible au titre à la fois de la réparation de la perte de chance subie et du préjudice moral d'impréparation, a rejeté le pourvoi des praticiens aux motifs que

« Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins 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, qui dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé ; qu'il en résulte que la cour d'appel a retenu, à bon droit et sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, que ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés ».

3- Au départ de deux postulats : la réparation possible au titre de la perte de chance d'éviter le dommage et l'indemnisation nécessaire du préjudice résultant du défaut de préparation aux conséquences du risque survenu et qui n'a pas donné lieu à l'information due, la Cour de cassation affirme le caractère cumulatif de ces préjudices distincts dès lors qu'ils sont caractérisés.

a) *Le défaut d'information ouvre, sous certaines conditions, la possibilité d'obtenir une réparation au titre de la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé.*

Le manquement du médecin à son devoir d'information peut entraîner une perte de chance pour le patient d'éviter le dommage qui s'est finalement réalisé lorsque ce manquement *« prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé »*¹ à l'acte qui s'est révélé préjudiciable.

Le principe de la réparation au titre d'une perte de chance d'éviter le dommage correspondant à une fraction des différents chefs de préjudice subis par le patient, a été admis comme tel par la Cour de cassation² et par le Conseil d'État³.

Pour autant la réparation de la perte de chance n'est pas

1 - cass. 1^{re} civ. 20 juin 2000, n°98-23046, Bull. civ. I, n°93.

2 - cass. 1^{re} civ. 7 février 1990 n°88-14797, Bull. Civ. I, n°39 - cass. 1^{re} civ. 29 juin 1999, n°97-14254, Bull. civ. I, n°220.

3 - CE sect. 5 janvier 2000, csorts Telle n°181899.

toujours possible, notamment dans le cas où le patient n'a perdu aucune chance d'éviter le dommage, si même informé des risques, il aurait accepté l'opération.

Au fil des décisions, il a été précisé selon quelles modalités les juges du fond devaient apprécier cette perte de chance qui impliquait ainsi de rechercher les effets qu'aurait pu avoir sur le consentement du patient l'information exhaustive donnée sur les risques encourus et si du fait du caractère indispensable ou impérieux de l'intervention, le patient avait ou non une possibilité raisonnable de refus.⁴

L'indemnisation ne sera due que lorsqu'il est établi que le défaut d'information a effectivement fait perdre au patient des chances de refuser l'intervention⁵ et elle ne peut représenter qu'une fraction du dommage corporel dont la détermination de la part, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Notons qu'en présence d'un accident médical non fautif indemnisable au titre de la solidarité nationale sur le fondement de l'article L. 1142-1 II du code de la santé publique, l'indemnité due par l'ONIAM est alors réduite du montant de celle mise à la charge du responsable de la perte de chance⁶.

C'est ce qu'a jugé en l'espèce la cour d'appel en condamnant les praticiens à réparer les préjudices corporels de Madame Z. à hauteur de 50 % au titre de la perte de chance subie et en mettant les 50 % restant à la charge de l'ONIAM.

Pour retenir la perte de chance et en fixer le taux, la cour d'appel a souverainement déduit du rapport d'expertise que l'on ne pouvait exclure la possibilité que Madame Z. informée du risque d'AVC et de ses conséquences, se serait soustraite à l'artériographie alors qu'en outre il n'était pas prouvé que son état clinique et ses malaises s'aggravaient.

S'agissant d'une appréciation souveraine des juges du fond au vu d'un rapport dont la dénaturation n'a pas été invoquée, aucun pourvoi ne pouvait prospérer.

b) La reconnaissance du principe de réparation d'un préjudice moral d'impréparation

Par un arrêt essentiel du 3 juin 2010⁷, la Cour de cassation a consacré l'existence d'un préjudice moral autonome, né de la violation d'un droit de la personnalité, détaché des atteintes corporelles, issu d'une obligation légale découlant de l'article 16-3 du code civil et qui ne peut rester sans réparation. Aucune limitation n'était exprimée pour le cas où le risque qui n'a pas fait l'objet de l'information ne s'est pas réalisé.

Le principe en a été réaffirmé à plusieurs reprises⁸.

Le Conseil d'État dans des arrêts des 24 septembre 2012⁹ et 10 octobre 2012¹⁰, après avoir rappelé sa jurisprudence sur la perte de chance, a, à son tour, admis le principe de la réparation possible d'un préjudice distinct de celui de la perte de chance.

Mais, il en a limité l'étendue en précisant que le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus 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.

Par arrêt du 23 janvier 2014¹¹, la Cour de cassation s'est alignée et a clarifié sa position en faisant du droit à l'information un droit personnel, accessoire au droit à l'intégrité corporelle, qui implique, pour sa réparation, la réalisation du risque dont le patient n'a pas été informé et la preuve de la réalité et de l'ampleur d'un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque.

Par arrêt du 16 juin 2016¹², le Conseil d'État a précisé que « *s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention litigieuse, doit quant à elle être présumée ; qu'il suit de là qu'en exigeant de M. B. qu'il établisse la réalité du préjudice résultant de cette souffrance, le tribunal administratif a entaché le jugement d'une erreur de droit* ».

Il est donc seulement exigé, s'agissant de la réparation de la souffrance morale née du défaut de préparation, qu'elle ait été sollicitée pour qu'elle soit accueillie.

C'est le sens de l'arrêt du 25 janvier 2017 qui réitère le caractère autonome du préjudice moral né d'un défaut de préparation aux conséquences du risque survenu, préjudice moral qui doit être réparé « *dès lors qu'il est invoqué* ».

Ainsi, il est possible de dire que le préjudice d'impréparation est constitué par les troubles subis du fait de n'avoir pu se préparer à l'éventualité de la réalisation du risque.

Deux sortes de troubles sont identifiés : le fait de n'avoir pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident -ce dont il convient d'établir la réalité et l'ampleur- et également la souffrance morale endurée lorsque le patient a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention. Cette souffrance est quant à elle présumée.

8 - cass. 1^{ère} civ. 26 janvier 2012, n°10-26705 ; cass. 1^{ère} civ. 28 nov. 2012, n°11-26516 ; cass. 1^{ère} civ. 12 juin 2012 n°11-18327 ; cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 2012, n°11-17510.

9 - CE 24 sept. 2012, n°336223.

10 - CE 10 oct. 2012, n°350426.

11 - cass. 1^{ère} civ. 23 janvier 2014 n°12-22123 D. 2014,590 note M. Bacache - JDSAM n°2 2014 Chr. 6, p.62 note S.Welsch.

12 - CE 16 juin 2016 n°382379.

4 - CE 24 septembre 2012 n°339285 ; CE 10 octobre 2012 n°350426.

5 - cass. 1^{ère} civ. 27 novembre 2013 n°12-27961, JDSAM n°1 2014, Chr. 6, p. 89 note L. Morlet-Haidara - CE, 11 juillet 2011, n°328183.

6 - cass. 1^{ère} civ. 11 mars 2010 n°09-11270, Bull. civ. I, n°63.

7 - cass. 1^{ère} civ. 3 juin 2010, n°09-13591, Bull. civ. I, n°128 ; Bull. civ. I, n°128, D. 2010, 1522, note P. Sargos, JCP 2010, note 788 S. Porchy-Simon, RTDciv 2010, p.571, note P. Jourdain, RDC 2011, 335, note M. Bacache.

En tout état de cause, l'indépendance du préjudice d'impréparation par rapport à la perte de chance de refuser l'acte médical et d'éviter le dommage, est définitivement consacrée.

c) Le cumul des deux indemnisations

Si la reconnaissance d'un préjudice d'impréparation « indépendamment » de la perte de chance de refuser l'intervention, laissait supposer -malgré quelques désaccords doctrinaux¹³- que la possibilité de cumul des réparations de ces deux préjudices distincts¹⁴, la cour de cassation n'avait jamais été précisément saisie de la question.

Le moyen qui était en l'espèce soumis à la Cour faisait valoir, en premier lieu, le principe du non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle et, en second lieu, l'existence d'une double indemnisation du même préjudice.

- Sur le non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle

Les praticiens auteurs du pourvoi ont invoqué la violation des articles 1147 et 1382 du code civil et le principe du non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Il était soutenu que la perte de chance étant allouée sur un fondement contractuel alors que le préjudice d'impréparation l'est sur un fondement délictuel, la réparation du préjudice moral fondée sur l'article 1382 du code civil ne peut intervenir que si le défaut d'information ne peut être réparé au titre de la perte de chance d'éviter l'intervention.

Mais la responsabilité d'un professionnel de santé au titre d'un manquement à l'obligation d'information est appréciée sur le fondement des articles L. 1111-2 et L. 1142- 1, I du code de la santé publique, des articles 16 et 16-3 alinéa 2 du code civil et de l'article R. 4127-35 du code de la santé publique. Ces textes ne font pas de distinction selon la nature contractuelle ou non de la relation et sont applicables qu'il existe ou non un contrat.

La question de non cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne se pose pas et l'arrêt du 25 janvier 2017 induit qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

- Sur la double indemnisation du même préjudice

Pour les auteurs du pourvoi, l'indemnisation de la perte de chance englobe nécessairement le préjudice d'impréparation, de sorte que serait ainsi réparé deux fois le même préjudice et qu'en allouant ces deux indemnités, la cour d'appel a méconnu le principe de la réparation intégrale du dommage.

Mais, le caractère distinct de chacun de ces deux chefs de

préjudice tant dans leur nature que dans leur étendue, emporte nécessairement une indemnisation distincte.

L'arrêt de rejet de la cour de cassation rappelle l'indépendance du préjudice moral d'impréparation par rapport à la perte de chance en reprenant le considérant de principe de ses précédents arrêts et précise en réponse au moyen du pourvoi « *qu'il en résulte que la cour d'appel a retenu, à bon droit et sans méconnaître le principe de la réparation intégrale, que ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés* ».

Les juges du fond auront cependant à vérifier que ces préjudices distincts sont effectivement caractérisés.

Sylvie Welsch

13 - *en faveur de fondements alternatifs et non cumulatifs* : Fr. Alt-Maes, La réparation du défaut d'information médicale - métamorphose et effets pervers, JCP G 2013, doctr. 547, § 30 - O. Gout, La nature du préjudice consécutif au manquement de l'obligation d'information médicale : les avancées du « *préjudice d'impréparation* », D. 2013, p. 41)

14 - P. Jourdain « *préjudice réparable en cas d'information médicale* » la cour de cassation réoriente sa jurisprudence » RTDciv. 2014 p. 379 - JDSAM n°1 2013 Ch 6 p 70 nbp 37 : exemples de décisions des juges du fond.