

Le défaut d'information, le point de vue du défendeur

G Lacoëuilhe

Avocat au barreau de Paris

Résumé

Le champ de l'information orale due par le chirurgien au patient porte sur les « risques fréquents ou graves normalement prévisibles » selon les termes de la loi du 4 mars 2002.

La difficulté de rapporter la preuve de cette information a conduit les praticiens, dans un premier temps, à établir des formulaires de consentement éclairé très généraux dont les magistrats ne se satisfont plus aujourd'hui.

On constate en effet une exigence croissante des juridictions du fond relative à la preuve de cette information qui se heurte à la réalité de la pratique de la médecine et à la durée d'une consultation.

Il est nécessaire que les praticiens, afin de se prémunir au mieux de condamnations sur le fondement du défaut d'information, s'adaptent aux exigences jurisprudentielles et instaurent de nouveaux éléments de preuve de cette information.

De l'instauration d'un formulaire de consentement éclairé comme mode de preuve à l'exigence d'un écrit

- Obligation d'informer oralement des risques fréquents ou graves normalement prévisibles (L 1111-2 du CSP) ;
- l'information doit être loyale, claire et appropriée.

La preuve impossible de la délivrance d'une information orale

- Instauration d'un formulaire de consentement éclairé, seul élément susceptible de rapporter la preuve de la délivrance d'une information, précisément information orale ;
- initialement, la simple signature d'un formulaire de consentement éclairé faisant état de la notion de « risques » liés à l'intervention suffisait à attester de la réalité de l'information délivrée ;
- exigence accrue tant dans le contenu de l'information que dans la preuve de cette information depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 : le document d'information doit aujourd'hui mentionner expressément le risque survenu.

La primauté du formulaire de consentement éclairé sur tout autre mode de preuve

Le formulaire de consentement éclairé tend à devenir l'unique mode de preuve pris en compte.

En l'absence d'un formulaire de consentement éclairé détaillé, il sera considéré que l'information n'a pas été dispensée ou qu'elle n'est pas suffisante.

Certaines juridictions ont retenu un défaut d'information du fait de l'absence de formulaire de consentement éclairé tout en relevant que plusieurs autres éléments du dossier permettaient de penser que la patiente avait effectivement reçu une information complète : « *Il résulte des pièces produites aux débats que si la teneur des courriers adressés par le Dr R. les 3 et 12 octobre 2001 au médecin traitant de Mme X, la rencontre de cette dernière avec une patiente opérée quelques mois auparavant avec le même type de prothèse (Mme X occulte complètement cette rencontre), le deuxième avis médical sollicité, les trois semaines de réflexion, permettent de penser que Mme X a reçu une information complète sur l'opération envisagée et les autres alternatives, en revanche, aucun document au dossier médical ne permet de l'établir. Par conséquent, en l'absence d'une telle preuve, il convient de retenir un défaut d'information de la part du Dr R.* » (TGI Saint Malo 8 février 2012).

Le formulaire de consentement éclairé prime sur tout autre mode de preuve et constitue donc un élément aujourd'hui indispensable du dossier médical.

Correspondance :

Maître Georges Lacoëuilhe, Avocat au barreau de Paris
15, rue de Marignan, 75008 Paris
E-mail : g-l@lacoëuilhe.com

Certains actes de chirurgie, du fait de leur particularité, sont soumis par la jurisprudence à un régime particulier : la chirurgie esthétique et la chirurgie bariatrique, avec une quasi exigence d'un document détaillant l'intégralité des complications possibles.

Les effets néfastes de l'indemnisation du défaut d'information et les solutions pour se prémunir de condamnations sur ce fondement

Insatisfaction liée à un régime d'indemnisation encore imprécis

De l'indemnisation sur le fondement d'une perte de chance à la naissance d'un préjudice moral autonome, une difficulté d'interprétation

Depuis l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 juin 2010, le défaut d'information est indemnisé au titre d'un préjudice moral autonome.

La simple absence ou insuffisance d'information préopératoire peut désormais conduire, en l'absence de toute faute technique ou même de toute complication, à l'indemnisation dudit préjudice moral.

Plusieurs incertitudes demeurent sur l'application de cette jurisprudence. Deux hypothèses :

- en présence d'une faute technique et d'un défaut d'information, l'indemnisation comprendra :
 - l'indemnisation des préjudices corporels résultant de la faute technique ;
 - et l'indemnisation du préjudice moral découlant du défaut d'information ;
- mais en l'absence de faute technique, quelle solution adopter ?
 - soit l'indemnisation cumulée du préjudice moral autonome et des préjudices corporels à hauteur du taux de perte de chance retenu (solution préconisée par Gisèle MOR dans son exposé) ;
 - soit l'indemnisation du seul préjudice moral, les préjudices corporels ne pouvant être indemnisés qu'en présence d'une faute technique.

Seule cette dernière solution devrait prévaloir dans la mesure où le préjudice tiré du défaut d'information est devenu autonome et est désormais indemnisé sous l'angle d'un préjudice moral.

Ainsi, il existe une imprécision de la portée de la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation qui reste à déterminer (un arrêt de la Cour de cassation est attendu dans un de nos dossiers sur cette question précise).

(Note J Hureau : l'arrêt CC du 9 février 2012 ne manque pas de centrer à nouveau les manquements à l'obligation d'information sur la notion de perte de chance : « *Attendu que l'indemnité due à la victime d'un accident médical qui a perdu une chance, du fait d'un défaut d'information sur les risques d'une intervention chirurgicale dans les conditions prévues par le second de ces textes [art. L.1111-2 du CSP], d'éviter le dommage en refusant définitivement ou temporairement l'intervention projetée, doit être déterminée en fonction de son état et de toutes les conséquences qui en découlent pour elle et correspondre à une fraction, souverainement évaluée, de ses préjudices ;... »* »).

En découle un risque d'augmentation du contentieux

De cette décision découle un risque d'augmentation du contentieux tiré du défaut d'information en ce qu'il existe

désormais un préjudice indemnisable de manière autonome, indépendamment d'une faute technique.

Repose sur une incompréhension majeure de la réalité d'une consultation

Quel que soit le fondement de l'obligation d'information, le régime d'indemnisation du préjudice en découlant repose sur une incompréhension majeure de la réalité d'une consultation :

- dans la plupart des cas, même informé des risques, le patient aurait consenti à l'intervention ;
- le patient refuse généralement d'intégrer la portée des risques évoqués ;
- on sait que les patients informés ne se souviennent pas de la teneur de l'information délivrée.

Illustration

- Une étude sur le devoir d'information de C Savornin, expert (chirurgien orthopédiste) (1), a montré que concernant plus particulièrement les complications possibles :
 - 43,6 % des patients ne retenaient rien ou ne voulaient rien retenir, préférant gommer, selon leurs dires, ce type d'information ;
 - 62,8 % des patients ont retenu moins de 50 % des informations ;
 - 11,5 % seulement des patients retiennent plus de 50 % de l'information ;
 - seules les informations concernant la pathologie, l'indication opératoire et la technique opératoire sont retenues pour 62,5 à 71,5 % des patients.
- Une étude de C Dumontier, expert (chirurgien orthopédiste) (2), menée avec plusieurs chirurgiens orthopédistes sur un échantillon de 21 patients (16 hommes et 5 femmes) ayant la même pathologie (rupture de la coiffe des rotateurs) et auxquels a été délivrée la même information établit que :
 - tous les patients considéraient que les explications données par le médecin étaient compréhensibles ;
 - seuls cinq d'entre eux étaient capables de donner le nom, même approximatif, de la pathologie pour laquelle ils venaient consulter après avoir écouté les explications ;
 - 90,5 % des patients considéraient que les explications sur les complications éventuelles de l'acte chirurgical étaient très compréhensibles ;
 - 9,5 % des patients considéraient qu'il n'y avait pas eu d'information sur les complications ;
 - à l'issue de la consultation, 47,6 % des patients déclarait ne pas connaître l'existence d'un risque infectieux, 33,3 % pensaient que ce risque était minime et 19 % que ce risque était existant ;

Conclusion

Il existe un décalage réel entre l'information donnée au patient et celle entendue et comprise par le patient.

Tous les patients interrogés étaient satisfaits des explications délivrées, tous estimaient avoir reçu une information de qualité mais l'enquête démontre que le consentement obtenu n'était pas éclairé au regard des exigences jurisprudentielles.

Les solutions d'établissement de la preuve en vue de diminuer le risque de condamnation

- Inciter les sociétés savantes à établir des fiches d'information, dressant la liste des complications selon le type de chirurgie pratiqué, à remettre au patient telles que les fiches établies par la Société française de chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique (SOFCPRE) ;
- remettre au patient des fiches établies par les sociétés savantes ;
- mentionner dans le formulaire de consentement éclairé la remise de la fiche établie par la société savante ;
- établir un formulaire de consentement éclairé spécifique pour chaque type d'intervention pratiqué : formulaire

« prothèse totale de hanche » (PTH), formulaire « prothèse de genou », formulaire « cure d'hallux valgus », etc., chacune des interventions présentant des risques propres - le formulaire de la PTH ne devra pas faire état des mêmes risques que celui de l'hallux valgus ;

- dicter les courriers au médecin traitant devant le malade, à l'issue de chaque consultation, en mentionnant la discussion intervenue avec le patient sur les risques encourus ; il en sera donné ou adressé un double au patient ;
- mentionner dans les notes manuscrites la délivrance de l'information et des risques spécifiquement évoqués ;
- établir en deux exemplaires un formulaire de consentement éclairé : un remis au patient et l'autre conservé par le praticien, les deux exemplaires devant être impérativement signés par le patient ;
- remettre au patient un « questionnaire » à remplir sur ses antécédents ;
- s'assurer de la remise du formulaire de consentement éclairé avant d'opérer et renoncer à la réalisation de l'intervention en son absence.

(Note J Hureau : il faut retenir, avec le Président Pierre Sargos, que la Cour de cassation admet que la preuve de l'information puisse être donnée par tous moyens, en particulier par la preuve par présomptions précises et concordantes. Ce sont elles auxquelles doit veiller le chirurgien, à côté du formulaire écrit dont il faudra toujours s'assurer qu'il a été lu et compris. Cette jurisprudence plusieurs fois rappelée par la Cour de cassation paraît avoir été ignorée par le TGI de Saint Malo le 8 février 2012, ouvrant par là à un recours en appel, voire ultérieurement à la cassation qui statuera selon sa jurisprudence).

Référence

1. Savornin C. Devoir d'information. Revue du dommage corporel 2000 ; 20 :113-20.
2. Ghrea M, Dumontier C, Sautet A, Hervé C. [Quality of information transfer for informed consent: an experimental study in 21 patients]. Rev Chir Orthop Reparatrice Appar Mot 2006 ; 92 : 7-18.