

Le devoir d'information du chirurgien en 2012. Le point de vue de l'assureur

N Gombault

Résumé

Cet exposé passe en revue, de façon concise et avec lucidité, toutes les interrogations posées par les fluctuations d'une jurisprudence en perpétuel remaniement et leurs conséquences dans l'exercice quotidien de la chirurgie.

L'information est un droit pour le malade et une obligation pour le chirurgien qui découle de la nécessité d'obtenir un consentement éclairé à l'acte médical projeté, même si son caractère fort étendu s'avère aujourd'hui particulièrement chronophage.

L'examen de l'évolution de la jurisprudence de ces 15 dernières années amène au constat de revirements de jurisprudence perpétuels :

- tout d'abord quant à la charge de la preuve du manquement au devoir d'information (revirement de jurisprudence en 1997) ;
- en second lieu quant à l'étendue de l'information (schématiquement, on peut préciser qu'initialement, les magistrats considéraient que le médecin était tenu d'informer son malade des risques normalement prévisibles et non pas des risques exceptionnels ; à partir des années 1997, le critère retenu n'a plus été la fréquence mais la gravité du risque : le médecin devait informer son malade de tout risque grave, fût-il exceptionnel ; depuis la loi du 4 mars 2002, le critère de la fréquence et celui de l'intensité semblent coexister) ;
- en troisième lieu quant à l'étendue de l'indemnisation (indemnisation intégrale, puis indemnisation sur la base de la perte de chance, rejet puis acceptation du préjudice moral).

Il en résulte pour les chirurgiens une situation particulièrement peu enviable dans ce contexte d'insécurité juridique (dans un arrêt de principe du 9 octobre 2001, la Cour de Cassation a elle-même précisé que « *la responsabilité consécutive à un manquement au devoir d'information peut être recherchée alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* ») et pour les assureurs une très grande difficulté quant à la prévisibilité du risque du

fait de ce caractère rétroactif de la jurisprudence : tout revirement de jurisprudence doit être immédiatement appliqué et répercuté à l'ensemble du « stock » des sinistres en cours de gestion.

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'étendue de l'information est fixée de façon relativement claire puisque celle-ci doit porter sur :

- l'état de santé du patient ;
- son évolution prévisible si le patient refuse les soins ;
- les différentes investigations, traitements ou actions de prévention proposées ;
- leurs alternatives ;
- leur utilité et leur urgence éventuelle ;
- leurs conséquences, leurs risques fréquents ou graves normalement prévisibles ;
- les précautions générales et signes d'alerte ;
- le coût et les modalités de prise en charge.

S'agissant de la réparation, on peut noter une évolution remarquable de la jurisprudence depuis l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 3 juin 2010 selon lequel le non-respect du devoir d'information cause, à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation, quand bien même aucune alternative thérapeutique n'existait. Un autre arrêt du 12 janvier 2012 rendu par la Cour de Cassation retient à nouveau la responsabilité d'un chirurgien pour l'absence d'information sur les risques alors que l'acte chirurgical pratiqué n'a pas produit de conséquences dommageables pour le patient...

De nombreuses questions restent encore en suspens en dépit d'une jurisprudence abondante et de l'intervention de la loi du 4 mars 2002.

- En matière de réparation tout d'abord, certains auteurs estiment que le manquement au devoir d'information devrait entraîner la condamnation du médecin à réparer la totalité du préjudice corporel généré par le risque réalisé qui n'a pas fait l'objet d'une information ; une telle solution nous apparaît contestable.

Correspondance :

Nicolas Gombault, Directeur Général

Sou Médical - Groupe MACSF, 10 Cours du Triangle de l'Arche TSA 40100 La Défense 92919 Cedex

E-mail : nicolas.gombault@macsf.fr

- Par ailleurs, est-il équitable d'allouer à un malade n'ayant pas bénéficié de l'information qui lui était due, non seulement une indemnisation basée sur la perte de chance mais aussi une autre indemnisation basée sur le dommage moral lié au seul fait de ne pas avoir été informé ? Est-il équitable d'indemniser un dommage moral lié à une absence d'information lorsqu'aucune complication en lien avec l'acte médical n'est intervenue ?
- Sur le plan éthique, le caractère anxiogène de l'information est-il suffisamment pris en compte ? À l'heure de l'Internet, est-il toujours naturel de penser que le malade n'est pas informé ?
- Quant à l'étendue du devoir d'information, le chirurgien doit-il informer son malade quant à la nature de la prothèse qu'il va utiliser, par exemple en orthopédie, et comparer le bénéfice/risque et le coût de chaque matériel implantable ? En est-il de même avec le matériel : le chirurgien doit-il proposer à son malade d'intervenir soit avec un matériel classique, soit avec un robot chirurgical... et décrire les risques et avantages de chaque branche de l'alternative ? Le chirurgien doit-il informer le malade du taux d'infection nosocomiale constaté dans l'établissement dans lequel il exerce, et le comparer à ceux constatés dans les établissements voisins ? Etc.