

Première séance du premier tour 2020-2021 – Lundi 16 novembre 2020

**Est-il exclu que le caractère naturel de l'accouchement par voie basse dispense le professionnel de santé de son obligation d'information ?**

Civ. 1ère, 23 janvier 2019, pourvoi n° 18-10.706, publié au Bulletin

Andréa Londoño López, 4<sup>ème</sup> secrétaire 2021-2022

La mère de Jean-Baptiste Grenouille, quand les douleurs lui vinrent, était debout derrière un étal de poissons et écaillait des gardons qu'elle venait de vider.

C'était son cinquième accouchement.

Tous les autres avaient eu lieu derrière cet étal et, à tous les coups, ç'avait été un enfant mort-né ou à peu près, car cette chair sanguinolente qui sortait de là ne se distinguait guère des déchets de poisson qui gisaient sur le sol, et ne vivait d'ailleurs guère davantage, et le soir venu, tout cela était balayé pêle-mêle et partait dans des carrioles vers le cimetière ou vers le fleuve.

Ce n'est pas ce qui arriva cette fois-ci.

Ce qui arriva, dans les premières pages du *Parfum*, c'est un accouchement "normal", au sens médical du terme – à savoir, un accouchement qui aboutit par la seule influence des phénomènes naturels à l'expulsion de l'enfant par voie basse – l'accouchement d'un des personnages les plus géniaux et les plus abominables de son époque.

À vrai dire, la description de l'accouchement médicalisé moderne ne fait guère plus envie.

Perfusion, monitoring, toucher vaginal.

On perce la poche des eaux, ce qui expose le fœtus aux infections.

On pose une péridurale, on injecte du Syntocinon. Mais ils inhibent les hormones qui font avancer le travail et supporter les douleurs, et peuvent générer une détresse fœtale.

Donc on accélère : plus de Syntocinon, plus de péridurale.

On a recours aux forceps, à la ventouse, à l'épisiotomie, et si l'enfant est en détresse et qu'il n'est pas trop tard, à la césarienne.

C'est une cascade d'actes médicaux – là où, pour un accouchement naturel, il n'y a, en réalité, rien à faire.

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les secrétaires, Maître, Mesdames, Messieurs, la parturiente, dans cette affaire, n'a pas eu cette chance.

Les faits vous ont été présentés.

Les parents ont été indemnisés de l'ensemble des préjudices corporels subis par l'enfant du fait de l'absence de césarienne – due à l'imprudence et la négligence du médecin.

Mais ce n'est pas assez – ils demandent également la condamnation du médecin pour ne pas les avoir prévenus de la possibilité de cette imprudence et de cette négligence.

De ne pas les avoir préparés à l'intervention de soins qui n'étaient pas prévus et n'ont pas été prodigués.

La question de droit qui vous est posée est la suivante: Est-il exclu que le caractère naturel de l'accouchement par voie basse dispense le professionnel de santé de son obligation d'information ?

La cour d'appel de Toulouse a estimé le médecin bien assez puni de son abstention d'agir, pour ne pas lui reconnaître la faute de n'avoir pas informé. Nous sommes de son avis.

Car le devoir d'information du praticien n'est pas un impératif moral hors-sol.

Il se déploie avec force au sein de la relation patient-médecin. Mais il y trouve également ses limites.

La négative s'impose:

- Côté médecin, qui est soumis à un devoir contextuel de dire
- Mais aussi côté parturiente, qui dispose d'un droit accessoire de savoir

Le devoir de dire, d'abord

Le droit de savoir, ensuite

## **I. Le devoir contextuel de dire**

Le droit positif comme le droit de la responsabilité médicale – sans parler du bon sens – s'opposent à ce qu'il existe un devoir d'information là où il n'y a pas d'acte de soins.

On ne peut exiger du médecin qu'il dise ce qu'il ne peut savoir.

Ou qu'il engage, en cas de drame, sa responsabilité tout en gommant les limites de la faute.

Il vous appartient d'articuler les notions que les requérants voudraient autonomes

L'information, sur l'acte

La responsabilité, sur la faute

### **A. L'information sur l'acte**

Tel Kant dans sa critique, le patient concentre tout l'intérêt de sa raison dans les trois questions suivantes :

1. Que *puis-je* savoir ?

2. Que *dois-je* faire ?

3. Que m'est-il *permis* d'espérer ?

La déontologie médicale traite les trois questions ensemble. Elle définit l'information due par le médecin – ce que le patient peut savoir, et ce qu'il doit faire – principalement en fonction d'une espérance – celle de l'acte de soins. Une espérance au sens mathématique : le résultat statistique que l'on peut en attendre, compte tenu de ce que l'on sait.

L'article L.1111-2 du code de la santé publique dispose que « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ».

L'article R.4127-35 qui est aussi l'article 35 du code de déontologie des médecins, indique que « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose* ».

Le serment d'Hippocrate renchérit : « *J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences* ».

Le législateur, le pouvoir réglementaire, et l'ordre des médecins sont formels : informer, ce n'est pas tout dire, à tout propos.

C'est une obligation limitée et une obligation accessoire à un acte.

Limitée, naturellement, par l'état des connaissances scientifiques.

Limitée surtout, par le champ d'application défini par les textes : les investigations, traitements, ou actions de prévention – leurs raisons, leurs conséquences.

Enfin, l'information ne doit porter que sur les éléments susceptibles de modifier l'espérance de l'acte. Donc les éléments fréquents, les éléments graves, et en tout cas les éléments qui sont propres à l'acte considéré.

Et c'est heureux !

\*\*

L'espérance spécifique de la maladie, ou de l'acte est relativement calculable, elle est du côté de la médecine.

L'espérance – en général – du patient ne l'est pas. Pour cela, il y a la philosophie.

Dans un arrêt de 2001, vous avez reconnu l'existence d'un devoir d'information dans les accouchements posant problème – du fait, en l'occurrence, d'une présentation en siège.

Mais dans un accouchement naturel qui n'en pose pas - sans maladie, sans investigation, sans traitement, sans action de prévention – pour le législateur – sans investigations et sans soins – pour le pouvoir réglementaire – et sans décisions envisagées, pour Hippocrate, point de devoir d'information.

Ce que la déontologie médicale suggère, le droit de la responsabilité le confirme.

Car sous couvert d'indemniser tout le préjudice, et rien que le préjudice, il ne faut pas oublier que le médecin doit payer sa faute, mais rien que sa faute.

## **B. La responsabilité pour la faute**

Loin d'être l'aboutissement naturel de votre jurisprudence,

Reconnaître un devoir d'information en l'absence de tout acte programmé et prévisible, ce serait une solution au forceps, qui confond les piliers de la responsabilité – faute, lien de causalité, préjudice – au détriment de la structure.

La réponse positive que le Conseil d'État a donnée en 2016 à la question qui vous est posée ne vous lie pas. Une divergence ne serait pas nouvelle – ce n'est que récemment qu'il s'est rangé à votre approche – plus prudente – de la perte de chance.

C'est encore à votre prudence que nous nous remettons aujourd'hui.

Par l'arrêt Teyssier, en 1942, vous avez admis la réparation intégrale des préjudices consécutifs à la réalisation d'un risque non révélé au patient, et consacré la faute... Pour ensuite limiter le préjudice réparable à la seule perte de chance.

En 2010, vous reconnaissez un préjudice moral d'impréparation – spécifique au défaut d'information – même sans alternative à l'acte médical...

Pour circonscrire dès 2014 les hypothèses où il est réparé.

Le préjudice d'impréparation est d'abord accessoire au **préjudice corporel**. Si aucune primipare n'est jamais réellement préparée à l'expérience de l'accouchement, son impréparation ne peut être indemnisée en l'absence de drame.

Mais même lorsque le drame survient, la réparation reste subordonnée à l'existence d'un **lien de causalité** entre l'acte médical premier et le préjudice corporel. Puisque le vaccin contre l'hépatite B ne cause pas la maladie de Charcot, l'impréparation du patient ne provient pas d'une faute.

**Aujourd'hui, les requérants vous demandent de sanctionner *contra legem*, d'affranchir la réparation du préjudice de l'exigence d'un acte médical premier ; de la dispenser du lien de causalité principal ; et, en réalité, de présumer de la faute à partir de l'existence du préjudice moral !**

Mais laissez donc la garantie des vices cachés aux fabricants et commerçants de biens – le médecin ne vend rien, et l'enfant à naître n'est pas un bien.

Ne troquez pas non plus la balance de Thémis pour les serpents des Érinyes.

Aussi difficile et douloureuse que soit l'expérience des requérants, elle ne vaut pas qu'on renverse la responsabilité pour faute en une responsabilité pour préjudice.

Et ce, même au nom de leur droit subjectif de savoir.

## **II. Le droit accessoire de savoir**

Pour infléchir votre ligne jurisprudentielle, on brandit le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine. On cite les articles 16 et suivants du code civil, qui interdisent toute atteinte à la personne et assurent l'inviolabilité du corps. On invoque la loi Kouchner de 2002 sur les droits des malades, reconnus comme des droits de la personnalité.

Faute de pouvoir justifier un devoir hyperbolique de l'obligé, on voudrait consacrer un droit-créance absolu de l'obligataire.

Ce ne serait faire honneur ni à l'un, ni à l'autre.

Les droits des patients sont bien mieux garantis par une information appropriée – donc limitée – qui éclaire leur consentement – à un acte.

Une information appropriée, d'abord, pour un acte consenti, ensuite.

### **A. Une information appropriée**

Vous n'avez pas attendu le Conseil constitutionnel pour sanctionner, dès 1942, une atteinte grave aux droits du malade au nom du respect de la personne humaine.

Ce n'est pas, bien entendu, la nature absolue de ces principes et le caractère subjectif des droits associés que nous contestons.

Mais le devoir d'information ne peut être l'un ET l'autre – absolu ET subjectif.

A subjectiver la responsabilité, on laisse la part belle aux biais cognitifs du patient :

- l'illusion rétrospective, qui veut que l'événement – même le plus improbable – apparaisse comme certain une fois qu'il est arrivé, de sorte qu'il y aura toujours une faute à ne pas l'avoir prévenu
- La fantaisie contrefactuelle, selon laquelle, muni d'une information dont il a été privé, le patient aurait infiniment moins souffert, ce qui gonfle le préjudice moral
- Ou encore ses capacités étonnantes de déni

Car toutes les Cassandre, d'Eschyle à Giraudoux vous le diront, ce n'est pas parce que les hommes sont prévenus qu'ils sont préparés; ce n'est pas parce qu'ils sont préparés qu'ils souffrent moins. Et encore, Cassandre a pour elle la certitude de la divination, là où l'obstétricien n'a que la statistique de sa science. S'agissant d'un accouchement malheureux, une femme avertie n'en vaut qu'une : sa douleur n'en est pas moins grande.

Mais sans lien de causalité subjectif entre le défaut d'information et le préjudice moral, aucune réparation ne s'imposerait.

À la rigidité hasardeuse d'une morale – un mot et tout est gagné, un mot et tout est perdu

Préférez la délicatesse de la déontologie. Elle s'adapte mieux à la complexité et à l'incertitude qui caractérisent les situations médicales en amont, et l'office du juge en aval.

Or la déontologie exige une information appropriée au sujet et non absolue. Elle ménage donc des omissions, des silences qui sont aussi importants que les mots.

Par une jurisprudence ancienne mais non démentie, vous avez admis, comme le Conseil d'Etat, qu'un médecin tienne un patient inquiet, ou maniaque dépressif dans l'ignorance de son diagnostic exact pour apaiser ses inquiétudes et tenir compte de son état psychologique.

Le code de la santé publique indique encore que la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée.

Mais aussi qu'un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection.

Le médecin n'est donc pas nécessairement fautif du seul fait de n'avoir pas informé - son obligation est contextuelle, adaptée, appropriée.

Dans le cas d'un accouchement par voie basse sans complications, les risques très graves sont très rares, mais mortels – forte hémorragie, infection materno-fœtale, allo-immunisation, et j'en passe.

Obliger le médecin, qui ne va *a priori* pas intervenir, à informer sur les drames qui ne devraient *a priori* pas arriver – d'indiquer l'espérance de l'accouchement, au prix d'un désespoir délétère pour la mère et le fœtus – c'est le soumettre à un devoir d'information manifestement inapproprié, qui fait peu de cas de la parturiente.

En réalité, pour redonner une place centrale au patient, il faut mettre le devoir d'information au service de son consentement – qui est toujours relatif à un acte de soins.

## B. L'acte consenti

Tous les étudiants en médecine le savent, il n'existe pas deux, mais 3 modèles médicaux :

- Le modèle paternaliste – où le patient est tout juste bon à choisir son médecin,
- Le modèle informatif, dans lequel le médecin est un expert qui informe le patient mais la décision revient au patient seul
- Et le troisième, le modèle de décision médicale partagée

La loi Kouchner a définitivement remis le premier, digne de la malédiction de l'ancien testament – « ***j'augmenterai la souffrance de tes grossesses, tu enfanteras avec douleur, et tes désirs se porteront vers ton mari (ou ton médecin), mais il dominera sur toi*** ».

Bon débarras !

La loi n'a pas pour autant adopté le deuxième, où l'information est l'alpha et l'oméga de l'obligation médicale, et où c'est la seule volonté du patient qui s'impose.

C'est celui que les requérants préconisent aujourd'hui.

À tort: c'est la décision médicale partagée qui fut mise au centre - et avec elle, le consentement du patient à l'acte médical.

\*\*

C'est bien le consentement qui est au centre des articles L. 1111-2 et R. 4127-35 du code de la santé publique, des articles 16 et suivants du code civil.

C'est la violation du consentement qui constitue la méconnaissance des obligations de science et de conscience du médecin dans votre arrêt Mercier, dès 1936.

L'information intervient comme un accessoire - nécessaire, mais secondaire - au recueil du consentement du patient, qu'elle permet d'éclairer.

Elle s'efface en revanche lorsqu'il ne consent pas à la recevoir, ou n'est pas à même de consentir à l'intervention thérapeutique que son état rend nécessaire.

Elle doit s'effacer, là encore, en l'absence d'acte auquel consentir, ou d'acte auquel renoncer.

Dans l'accouchement naturel, la parturiente ne peut plus renoncer à accoucher. Elle n'a pas davantage à consentir à une quelconque intervention médicale en-dehors du déclenchement.

Le devoir d'information ne trouve donc pas à s'appliquer au-delà.

Ne la réduisez pas sans raison au déni, ou au désespoir.

----

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les secrétaires, Mesdames, Messieurs,

dans les mots du plan de travail, de surveillance et de correspondance présenté par le comité de Salut public [aux représentants du peuple députés près les armées de la République qui fut présenté lors de la convention nationale Française du 7 mai 1793,

repris bien des années plus tard par l'oncle de Peter Parker,

*« une grande responsabilité est la suite inséparable d'un grand pouvoir ».*

Mais sa contraposée n'est pas moins vraie – à un pouvoir limité doit correspondre une responsabilité – et une obligation – limitée.

Or le pouvoir du médecin consciencieux devant l'accouchement normal par voie basse, l'accouchement naturel, s'arrête au déclenchement. Celui de l'espèce ne l'était pas, et a été condamné pour son imprudence et sa négligence. N'imposez pas aux autres un devoir d'information autonome.

Vous rejetterez.