

RESPONSABILITE DELICTUELLE DU DEBITEUR CONTRACTUEL - EFFET RETROACTIF DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE

Commentaire sous Cass. 1^e civ., 9 octobre 2001, Coindoz c/ Christophe ¹

Jean-Marc MOULIN

Maître de conférences à l'Université de Caen

Introduction	1
I - La responsabilité délictuelle du contractant	4
A - Le contrat, source de la responsabilité délictuelle du médecin	4
1/ Le principe de la responsabilité délictuelle du cocontractant.....	4
2/ L'identité des fautes contractuelles et délictuelles.....	6
B - La limite du risque grave ne se réalisant qu'exceptionnellement.....	10
1/ Le principe de l'opposabilité des limites intrinsèques à l'obligation	10
2/ Les limites à l'obligation d'information du médecin.....	11
II - L' « effet rétroactif » des arrêts de revirement.....	14
A - Un "effet rétroactif" indéniable	14
B - Une rétroactivité sans limite	16

INTRODUCTION

Quelques mois après l'arrêt Perruche² qui a divisé la doctrine et défrayé la chronique, le domaine médical offre une nouvelle fois l'occasion à la Cour de cassation d'enrichir la construction d'un régime de responsabilité civile sous-tendu, en cette matière, par une logique d'indemnisation³ faute de système collectif de solidarité. Par son arrêt du 9

¹ Nous remercions Mme Simon, du Secrétariat particulier des Présidents de chambre de la Cour de cassation, qui nous a communiqué le rapport de M. P. Sargos. Pour un premier commentaire, C. Clément : P.A., 6 décembre 2001, p. 15. Voir en outre *Droit 21*, 2001, AJ 355.

² Ass. plén., 17 novembre 2000 : JCP éd. G, 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos et obs. F. Chabas; JCP éd. G, 2001, I, 286, obs. G. Viney; JCP éd. G 2001, I, 287, P.-Y. Gautier; D. Mazeaud, Réflexion sur un malentendu : D. 2001, p. 332; D. 2001, p. 336, note P. Jourdain; D. 2000, III, Point de vue, par C. Labrusse-Riou et B. Matthieu; JCP éd. G, 2000, Actu., p. 2267, F. Terré; JCP éd. G, 2000, I, 279, G. Mémeteau; 8 décembre 2000, note M. Gobert. Récemment confirmé par Cass. civ., 28 novembre 2001, 2 espèces : P.A. 30 novembre 2001, p. 4. Une proposition de loi n°3431 a été déposée par M. J.-JF. Mattéi en vue de modifier l'article 16 du Code civil, interdisant désormais à quiconque de demander une indemnisation du fait de sa naissance. Son examen a été repoussée à la prochaine législature.

³ V., en ce sens, D. Mazeaud, art. préc., passim.

octobre 2001, la première chambre civile de la Cour de cassation revient, en effet, sur deux questions essentielles du droit civil : la responsabilité délictuelle du contractant et l'effet rétroactif des arrêts de revirement. Nul doute que pour la Haute juridiction cet arrêt doit être considéré de principe tant parce qu'il s'agit d'un arrêt de cassation qu'en raison de la publicité très large qu'elle souhaite lui assurer ou encore de la portée générale des formules qui y sont employées. Mais, si l'arrêt rapporté peut être rapproché de l'arrêt Perruche tant au regard de l'enjeu litigieux que de la solution retenue - indemnisation du préjudice personnel de l'enfant né handicapé - la comparaison s'arrête là car, loin des dévoiements de la logique du droit de la responsabilité dénoncés par une partie de la doctrine⁴, l'arrêt du 8 octobre 2001 est, au contraire, parfaitement conforme aux principes juridiques sur lesquels la Cour de cassation fonde sa décision. En revanche, on ne manquera pas de relever que cet arrêt traduit l'analyse de certains auteurs⁵ qui, après l'arrêt Perruche, avaient prédit la sensible modification de l'obligation contractuelle d'information du médecin. Cette décision a donc vocation à s'insérer dans un environnement économique et social marqué par une demande de plus en plus forte des individus en faveur d'un risque zéro. Conscients de cette tendance, nombre d'obstétriciens redoutent désormais de pratiquer certains actes tandis que les compagnies d'assurance ont d'ores et déjà annoncé le triplement des primes qui seront réclamées à ces praticiens.

Les faits de l'espèce peuvent être résumés de la manière suivante : au cours de la grossesse d'une de ses patientes, un médecin suspecte une présentation par le siège de l'enfant, suspicion confirmée par une radiographie foetale. Lors de l'accouchement, le 11 janvier 1975, et compte tenu de la présentation par le siège, un relèvement des bras de l'enfant s'est produit et lors des manoeuvres obstétricales du médecin, une dystocie est survenue entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial dont l'enfant a conservé des séquelles au niveau du bras droit.

Parvenu à sa majorité, l'enfant a intenté une action en responsabilité contre le médecin et la clinique en invoquant deux griefs : d'une part, les fautes que le médecin aurait commises lors de l'accouchement et, d'autre part, une absence d'information de sa mère du risque de relèvement des bras, risque inhérent à une présentation par le siège lorsque l'accouchement par voie basse est préféré à une césarienne.

La Cour d'appel de Lyon l'a débouté de son action, par un arrêt du 10 février 2000, au terme duquel les *C. com.* juges du fond ont estimé que, eu égard aux données médicales de l'époque, le médecin et la clinique n'avaient pas commis de faute et que le grief de défaut d'information ne pouvait être retenu dans la mesure où, à l'époque des faits, il ne pesait sur le médecin aucune obligation contractuelle de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés, particulièrement lorsque le risque était exceptionnel.

⁴ D. Mazeaud, art. préc., n° 2; voir déjà en ce sens, Cass. 1^{er} civ., 26 mars 1996 : D. 1997, p. 35, note J. Roche-Dahan; Gaz. Pal. 1997, 2, p. 383, obs. F. Chabas; JCP éd. G 1996, I, n° 3985, obs. G. Viney; RTDciv. 1996, p. 623, obs. P. Jourdain et p. 871, obs. J. Hauser; contra, P. Jourdain, note préc. et P. Sargos, rapp. préc. Dévoiement auquel n'a pas succombé le Conseil d'État qui est parvenu au même résultat - la réparation du préjudice subi par l'enfant - par le seul biais de l'indemnisation, CE, 14 février 1997 : JCP éd. G 1997, II, 22828, obs. J. Moreau; RFD adm. 1997, p. 374, concl. V. Pecresse et p. 382, note B. Mathieu.

⁵ F. Chabas, obs. préc. sous Cass. ass. plén., 17 novembre 2000; J. Sainte-Rose, concl. préc.

L'enfant forma un pourvoi en cassation contre cet arrêt. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel, d'une part, pour ne pas avoir, comme le lui réclamait le demandeur, recherché si aucun manquement ne pouvait résulter du fait que l'accouchement ait eu lieu dans la chambre de la parturiente sur une bassine et non dans une salle de travail voisine parfaitement équipée. D'autre part, selon les Hauts magistrats le respect dû au principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ne saurait dispenser le médecin de son devoir d'information quand bien même le risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement et que la responsabilité du médecin peut être recherchée tant par le cocontractant que par un tiers, la circonstance qu'à l'époque la non révélation de ce risque ne constituait pas une faute importe peu puisque nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée.

Cet arrêt de principe de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation invite donc à revenir, d'une part, sur la question de la responsabilité délictuelle du contractant (I) et, d'autre part, sur l'« effet rétroactif » des revirements de jurisprudence (II).

I - LA RESPONSABILITE DELICTUELLE DU CONTRACTANT

Selon les Hauts magistrats, la responsabilité délictuelle du médecin peut être engagée par un tiers au contrat en cas de manquement de celui-là à son obligation d'information (A) sans qu'il puisse s'y soustraire en invoquant le fait que le risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement (B).

A - Le contrat, source de la responsabilité délictuelle du médecin

L'arrêt rapporté marque certainement l'aboutissement d'une jurisprudence parvenue à sa maturité. En effet, rendu au double visa des articles 1165 et 1382 du Code civil, il y est affirmé que la responsabilité délictuelle d'un contractant peut être recherchée tant par son cocontractant que par un tiers au contrat en cas de manquement à l'une de ses obligations contractuelles. La proposition n'est certes pas nouvelle⁶ mais sa formulation limpide et elliptique constitue assurément un indice pour lui conférer un retentissement certain. Il convient d'ailleurs de remarquer que ce point n'était pas remis en cause par les juges du fond qui, à aucun moment, ne contestaient le droit pour l'enfant victime d'agir contre le médecin.

1/ Le principe de la responsabilité délictuelle du cocontractant

Depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936⁷, la relation qu'un médecin entretient avec ses patients est de nature contractuelle. Celle-ci met à sa charge l'obligation de donner au patient des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. Dès lors, pour assurer le respect de cette obligation, il importe que son inexécution ou son exécution défectueuse soit sanctionnée⁸. Dans ce cadre, l'obligation d'information qui pèse sur le praticien est essentielle dans la mesure où, non seulement elle permet au patient d'être éclairé parfaitement avant de donner son consentement à la thérapie ou l'acte chirurgical préconisé mais, de surcroît, elle lui offre parfois la possibilité de choisir entre deux thérapies possibles celle qui lui semble comporter le moins de risques⁹. Telle était bien l'hypothèse qu'ont eu à connaître les juges dans l'affaire rapportée puisqu'il est précisé qu'en cas de présentation par le siège deux méthodes d'accouchement étaient envisageables : la césarienne ou l'accouchement par voie basse, technique qui a finalement été retenue discrétionnairement par le médecin. L'exercice du choix par la parturiente entre l'une ou l'autre méthode a été empêché par la faute commise par l'obstétricien, à savoir l'absence d'information de la patiente quant aux risques inhérents à l'une et l'autre méthode possibles d'accouchement lorsque

⁶ V. déjà, Cass. 1^{er} civ., 15 décembre 1998 : Bull. civ. I, n° 368; Ass. plén., 17 novembre 2000, *aff. Perruche*, préc.

⁷ Cass. civ., 20 mai 1936 : D., 1936, p. 88, note E. Picard, rapp. Jossierand et concl. Matter; S. 1937, 1, p. 32, note Breton.

⁸ Req., 15 juin 1937 : Gaz. Pal., 193, 2, p. 411; J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : Formation* : LGDJ, 2^e éd., n° 162 à 164.

⁹ La liberté de choix du patient apparaissait clairement dans le motif de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000; voir aussi, Cass. 1^{er} civ., 18 janvier 2000 : Bull. civ. I, n° 13.

l'enfant se présente par le siège. N'exécutant cette obligation d'information, le médecin commettait assurément une faute qui justifiait que soit mise en oeuvre sa responsabilité contractuelle.

L'originalité de l'affaire tient à ce que l'action en responsabilité n'est pas intentée par la patiente, liée au médecin par le contrat médical, mais par l'enfant de la patiente qui a subi un handicap à l'occasion de l'accouchement. De longue date déjà, la jurisprudence admet que l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle peut être invoquée par un tiers au contrat qui a subi un préjudice à l'occasion de l'exécution ou de l'inexécution de celui-ci¹⁰. S'il y a eu des hésitations en doctrine quant au fondement de cette action, elles sont aujourd'hui dissipées. Le tiers au contrat peut intenter une action en responsabilité contre le débiteur d'une obligation contractuelle lorsque, celle-ci ayant été inexécutée ou mal exécutée, elle lui a causé un préjudice. En effet, dans cette hypothèse, le tiers a le droit d'opposer le contrat au contractant et d'intenter à son encontre une action en responsabilité¹¹. Il ne fait en effet nul doute que si un tiers ne peut devenir créancier ou débiteur de l'obligation contractuelle cela ne signifie pour autant pas que ce contrat ne puisse avoir à son égard aucune répercussion¹². Il est aujourd'hui acquis que le principe de l'effet relatif des contrats posé à l'article 1165 du Code civil interdit seulement que les tiers ne deviennent, à l'insu des parties, créanciers ou débiteurs des obligations convenues entre les parties contractantes¹³. En revanche, le contrat, inséré dans l'environnement juridique, crée une situation de fait que les tiers ne peuvent méconnaître, au nom de l'opposabilité de celui-ci, mais qu'ils peuvent aussi invoquer lorsque celui-ci leur cause un préjudice¹⁴. Sous cet angle, s'explique parfaitement le double visa sous lequel cet arrêt est rendu : la combinaison des articles 1165 et 1382 du Code civil indique clairement que l'enfant n'agit pas en tant que créancier de l'obligation contractuelle inexécutée, ce qu'il ne peut prétendre étant donné sa qualité, mais en tant que tiers victime d'un préjudice causé précisément par ce manquement contractuel, ce qui implique que son action soit de nature délictuelle¹⁵. Aussi, comme cela a déjà été relevé¹⁶, « un même rapport de droit peut être générateur à la fois de responsabilité contractuelle et de responsabilité délictuelle ». Déjà quelques arrêts avaient indiqué cette voie comme étant celle à suivre en considérant que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage ». Avec l'arrêt du 8 octobre 2001 de la première chambre civile, la jurisprudence de la Cour de cassation semble désormais sûrement établie.

¹⁰ Cass. com., 22 octobre 1991 : D. 1993, p. 181, note J. Ghestin; Cass. 1e civ., 15 décembre 1998 : Bull. civ., I, n° 368; Cass. 1re civ., 18 juillet 2000 : JCP éd. G, 2000, II, 10415.

¹¹ V. D. Mazeaud, art. préc., n° 6;

¹² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations* : D., 6e éd., n° 465; J. Duclos, *L'opposabilité (Essai d'une théorie)*, préf. Martin, 1984, n° 58; J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, op. cit., n° 183.

¹³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 458 et 470.

¹⁴ J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations*, 3, *Le rapport d'obligation*, éd. A. Colin, 1999, n° 183.

¹⁵ D. Mazeaud, art. préc., n° 6; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., n° 470;

¹⁶ E. Picard, note préc.

2/ L'identité des fautes contractuelles et délictuelles

Parvenu à ce stade, les discussions ne sont pour autant pas closes. En effet, une chose est d'admettre qu'un tiers puisse invoquer le contrat comme situation de fait pour actionner la responsabilité délictuelle du cocontractant défaillant. Une autre est de savoir quelle est la nature de la faute dont peut se prévaloir le demandeur. Au vrai, deux propositions peuvent être faites : soit l'on considère que tout manquement contractuel constitue une faute délictuelle, soit, à l'inverse, l'on cherche à autonomiser la notion de faute contractuelle et l'on exige du tiers qu'il caractérise une faute délictuelle. La jurisprudence est partagée sur ce point. Certains arrêts, refusant toute assimilation totale et systématique de la faute contractuelle et délictuelle, exigent que le tiers démontre l'existence d'une « faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel »¹⁷. Autrement dit, il faudrait qu'existe « une faute détachable du contrat »¹⁸.

Mais force est d'observer que la jurisprudence a évolué sur ce point. Elle a considéré peu à peu que la seule inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle pouvait suffire à fonder l'existence d'une faute délictuelle à l'égard des tiers¹⁹. Des pas supplémentaires dans cette direction ont été récemment franchis. Ainsi, depuis un arrêt du 18 juillet 2000, rendu à propos d'un défaut de surveillance dans un établissement psychiatrique, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve »²⁰. Plus encore, dans un arrêt rendu le 13 février 2001 rendu dans une affaire ayant trait à une contamination par le virus HIV à la suite d'une transfusion sanguine, la même chambre a pu affirmer que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autres preuves »²¹. Admettre la prospérité de l'action délictuelle du tiers au contrat contre le débiteur contractuel au fait de rapporter seulement la preuve d'un manquement contractuel, à l'exclusion de tout autre, signifierait donc qu'il y aurait, aujourd'hui, pour la Cour de cassation, identité de la faute contractuelle et délictuelle. Ainsi, la nature véritable de chaque faute est à apprécier en fonction du point de vue

¹⁷ Cass. 1e civ., 8 octobre 1962 : Bull. civ. I, n° 405; Cass. 1e civ., 7 novembre 1962 : JCP 1963, II, 12987, note P. Esmein; Cass. 3e civ., 27 septembre 1984 : Bull. civ. III, n° 159.

¹⁸ V. Cass. 1re civ., 11 avril 1995 : RTDciv. 1995, p. 897, obs. P. Jourdain; Cass. 3e civ., 18 novembre 1992 : Bull. civ. III, n° 299; Cass. com., 17 juin 1997 : Bull. civ. IV, n° 187; RTDciv. 1998, p. 113, obs. P. Jourdain.

¹⁹ Cass. 2e civ., 17 mai 1995 : RTDciv. 1995, p. 895, obs. P. Jourdain; Cass. 2e civ., 21 mai 1997 : D. 1998, p. 250, note B. Fages; Cass. 1e civ., 25 mars 1998 : JCP éd. G 1998, I, 144, n° 4 et 5, obs. G. Viney; Cass. 1e civ., 15 décembre 1998 : Contrats, conc., consom. 1999, n° 37, obs. L. Leveneur; RTDciv. 1999, p. 623, obs. J. Mestre; Cass. 3e civ., 6 janvier 1999 : D. 2000, p. 426, note C. Asfax; voir déjà en ce sens, G. Durry, RTDciv. obs. 1971, p. 142, 1973, p. 128, 1974, p. 815; C. Larroumet, obs. D. 1978, IR, p. 409.

²⁰ Cass. 1e civ., 18 juillet 2000 : Contrats, conc. consom. 2000, comm. n° 175, note L. Leveneur; RTDciv. 2001, p. 146, obs. P. Jourdain; JCP éd. G 2001, I, 338, n° 2, p. 1427, obs. G. Viney.

²¹ Cass. 1e civ., 13 février 2001, JCP éd. G 2001, I, 338, n° 2, p. 1428, obs. G. Viney.

selon laquelle contrat est examiné : l'est-il par une partie au contrat²², la faute est contractuelle; l'est-elle par un tiers, elle devient délictuelle. Ce courant jurisprudentiel est apparemment à l'oeuvre dans l'arrêt rapporté qui, à aucun moment, n'exige de l'enfant né handicapé, tiers au contrat médical souscrit par sa mère, la preuve d'une faute détachable de ce même contrat. Au contraire, seule est visée, dans le motif de la Cour de cassation, le manquement du médecin à son obligation contractuelle d'information à l'égard de sa patiente.

C'est ce manquement, cette faute, qui constitue le fondement du droit d'agir du tiers dès lors qu'il en subit un préjudice. Peut-on toutefois en déduire avec certitude une identité parfaite entre les fautes contractuelles et délictuelles ou, ce qui revient au même, une perte d'autonomie de la faute contractuelle par rapport à la faute délictuelle ? Certains auteurs²³ en doutent et redoutent les effets que produiraient une telle assimilation. Car le tiers, à la différence du cocontractant, non seulement peut demander la réparation du dommage imprévisible mais ne peut se voir opposer les diverses clauses restrictives du contrat, notamment celles qui limitent la responsabilité des parties. Aussi, ces auteurs insistent sur la nécessité de bien distinguer, parmi les diverses obligations contractuelles, celles qu'un tiers peut invoquer au soutien de son action en responsabilité délictuelle de celles dont il ne peut exciper. Précisément, selon ce courant, il conviendrait de n'autoriser les tiers à invoquer au soutien de leur action en responsabilité délictuelle que les obligations qui, si elles font l'objet de stipulations contractuelles, traduisent aussi « une norme de comportement qui est en vigueur également dans les relations extra-contractuelles »²⁴, celles « qui tendent à assurer la protection d'intérêts supérieurs aux contractants »²⁵. Au contraire, les obligations dont la portée est limitée aux seules parties contractantes, celles « qui ne concernent que l'échange économique dont le contrat est le support »²⁶, ne pourraient être invoquées par les tiers au contrat sauf à remettre radicalement en cause le principe de relativité édicté par l'article 1165 du Code civil. Si l'on peut, au plan des principes, globalement souscrire à cette opinion, il convient cependant de formuler trois remarques qui conduisent, au final, à la rejeter. En premier lieu, dans son dernier état, la jurisprudence ne semble pas s'être arrêtée à cette subtile distinction.

²² Sur cette notion, voir J. Ghestin, La distinction des parties et des tiers au contrat : JCP éd. G, 1992, I, 3628; J.-L. Aubert, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers : RTDciv. 1993, p. 263; C. Guelfucci-Thibierge, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif : RTDciv. 1994, p. 275; J. Ghestin, Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers : RTDciv. 1994, p. 777.

²³ G. Viney, obs. préc., p. 1428; J. Mestre, obs. préc., p. 896; du même auteur, voir obs. RTDciv. 1992, p. 567, 1993, p. 362. Sur la question, voir J. Huet, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Essai d'une délimitation des deux ordres de responsabilité, th. Paris II, p. 611 et s.; M. Espagnon, La règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, th. Paris I, 1980, n° 188 et s.; B. Teyssié, Les groupes de contrat, LGDJ, 1975, n° 492 et s.; M. Bacache, La relativité des conventions et les groupes de contrats, th. Paris II, 1994.

²⁴ G. Viney, obs. préc., p. 1428. Du même auteur, Traité de droit civil, J. Ghestin, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 2e éd., p. 286 et s.

²⁵ J. Mestre, obs. préc., p. 898.

²⁶ G. Viney, obs. préc., p. 1428.

En effet, dans son arrêt du 13 février 2001²⁷, la première chambre civile de la Cour de cassation fonde le droit pour le tiers au contrat d'invoquer « tout manquement contractuel ». La formule est suffisamment large pour comprendre l'ensemble des obligations souscrites par les parties au contrat et non point seulement celles qui exprimeraient une norme générale liée à la prudence, à la diligence ou à la loyauté que chacun doit suivre en société. En second lieu, la discrimination opérée entre les obligations à portée générale et celles qui sont strictement cantonnées au lien contractuel peut s'avérer d'un maniement délicat lorsque l'obligation principale porte sur une obligation dont la portée dépasse le seul lien contractuel. Ainsi en irait-il des obligations principales de sécurité; dans ces hypothèses, tout manquement à la parole donnée ne pourrait-elle pas constituer le fondement d'une action en responsabilité délictuelle diligentée par un tiers ? En troisième et dernier lieu, enfin, la distinction suggérée et souhaitée ne vient-elle pas se heurter au standard de la responsabilité délictuelle du « bon père de famille » qui, comme l'a relevé M. Leveneur²⁸, « ne se rend pas coupable de l'inexécution, préjudiciable à un tiers, d'obligations qu'il a contractées ». Dès lors, les deux ordres de responsabilité trouveraient une source commune dans le devoir général et légal de ne pas nuire à autrui²⁹, même si le contrat vient adapté ce devoir à la situation particulière qu'il encadre. Si le tiers peut se voir opposer le contrat et ses effets, en sens inverse, il peut faire valoir le préjudice que lui a causé l'inexécution ou l'exécution défectueuse de celui-ci par l'une des parties.

Il reste, en tout état de cause, que la Haute juridiction n'a semble-t-il pas retenu cette distinction qui n'aurait pas manqué de l'engager dans une casuistique rendant sa jurisprudence par trop peu lisible et compréhensible. Cela peut se comprendre si l'on revient à l'essentiel : la base du raisonnement se trouve dans le fait que le contrat doit être exécuté et ce correctement. A partir de ce postulat, toute inexécution ou mauvaise exécution traduit un manquement à la parole donnée, un comportement fautif qui, le cas échéant, pourra servir de fondement à une action délictuelle dès lors que le demandeur parviendra à rapporter la preuve que ce manquement s'inscrit dans un lien de causalité avec le préjudice qu'il a subi.

Toutefois, ces observations sont-elles suffisantes à repousser définitivement la thèse présentée au regard de l'obligation d'information ? Ne convient-il pas, à tout le moins, de la préciser en relevant que ni la nature - sécurité, diligence, prudence -, ni le caractère de l'obligation - principale ou accessoire - ne sont en cause et qu'il convient de reconnaître aux tiers le droit d'invoquer les obligations contractuelles dès lors qu'elles « tendent à assurer la protection d'intérêts supérieurs aux contractants »³⁰. L'arrêt de la première chambre civile rendu le 9 octobre 2001 offre l'occasion de le faire. En effet, il apparaît clairement à la lecture de l'arrêt que, pour les hauts magistrats, l'obligation d'information qui pèse sur le médecin dépasse le cadre étroit du contrat. Une preuve semble en être donnée par le recours au principe constitutionnel de sauvegarde de la

²⁷ Cass. 1e civ., 13 février 2001, préc.

²⁸ L. Leveneur, obs. préc.

²⁹ En ce sens, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, op. cit., n° 174.

³⁰ J. Mestre, obs. RTDciv. 1995, p. 898.

dignité humaine³¹. Cette formule n'est pas une innovation même si elle est nouvelle dans sa formulation. En effet, dès l'arrêt Teyssié de 1942, considéré comme fondateur en matière de responsabilité médicale, l'obligation pour le praticien de recueillir le consentement de son patient était fondé sur « le respect de la personne humaine ». Depuis, la formule a évolué et s'est vue conférer le statut de principe à valeur constitutionnelle³². Fondé sur la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946, ce principe révélé³³ est une réaction contre les expériences conduites par l'Allemagne nazie sur les êtres humains. La référence n'est donc pas mince si l'on prend soin de relever que c'est sur ce même fondement que repose tout à la fois l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité³⁴ ou l'interdiction du lancer de nain³⁵. Il place ainsi la dégradation et l'avilissement de la personne humaine, au plan physique comme intellectuel, au cœur de l'ensemble des dispositions tendant précisément à la combattre. C'est ce qui permet d'ailleurs de sanctionner les actes qui heurtent ce principe, même s'ils sont accomplis avec le consentement de la victime. Cela signifie donc clairement que ce principe de dignité a un caractère objectif, au moins prédominant³⁶, qui conduit à considérer que le traitement qui ne le respecte pas met en cause certes la personne qui le subit directement mais aussi d'autres qui se sentent profondément touchées dans leur dignité propre par le traitement réservé à un autre. Au total, l'exigence du respect de ce principe vise à assurer l'intégrité de l'humanité dans son essence même. Aussi, fonder, comme le font les hauts magistrats dans l'affaire rapportée, l'obligation d'information qui pèse sur le médecin sur ce même principe colore l'obligation d'information en matière médicale d'une valeur morale et sociétale. Ne conduit-il pas à la faire sortir du cadre contractuel pour protéger aussi les tiers ? Nous ne le pensons pas. Il est légitime de s'interroger sur le point de savoir si cette référence au respect de la dignité humaine doit être rattachée à l'obligation d'information elle-même ou, plus largement, à la nature de la prestation du médecin au profit de son patient et des préjudices susceptibles d'atteindre celui-ci, l'information n'étant qu'un élément d'une obligation plus générale de sauvegarde de cette dignité.

Il reste que, en décidant que le médecin n'était pas tenu contractuellement d'une obligation d'information, même en 1974, les juges du fond s'exposaient à la critique puisque cette obligation, comme nous avons pu le rappeler, pèse sur le corps médical depuis 1942. La cassation était donc attendue sur ce point. Plus novatrice en revanche est la circonstance que le risque grave de caractère exceptionnel qui existait en l'espèce ne devait pas être de nature à atténuer l'obligation d'information qui pèse sur le médecin.

³¹ Pour certains auteurs (P. Jourdain, art. préc., D. 2001, p. 338; P. Sargos, rapp. préc., n° 48), ce principe était à la base de l'indemnisation de l'enfant né handicapé dans l'affaire Perruche.

³² Cons. constit., décision n° 94-343-344, 27 juillet 1994, Bioéthique, J.O. 29 juillet 1994, p. 11026; RFDconstit. 1994, p. 806, note L. Favoreu; D. 1995, II, p. 237, note B. Mathieu.

³³ Sur ce point, voir L. Favoreu, note préc.

³⁴ V. en ce sens, B. Edelman, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau : D. 1997, chron., p. 185. V. également, V. Saint-James, Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français : D. 1997, chron. p. 61.

³⁵ CE, ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge : JCP éd. G 1996, II, 22630, note F. Hamon.

³⁶ V. F. Hamon, note préc.

B - La limite du risque grave ne se réalisant qu'exceptionnellement

Selon les juges de la Cour d'appel de Lyon, aucun manquement contractuel à l'obligation d'information ne pouvait être relevé à l'encontre du médecin dans la mesure où le risque grave qu'encourait la patiente et son enfant lors de l'accouchement par voie basse était exceptionnel.

Cette motivation, qui introduit l'hypothèse de limites à l'obligation d'information qui pèse sur le médecin et que la Haute juridiction ne remet pas en cause, du moins dans son principe, invite donc à s'intéresser, d'une part, sur la possibilité d'opposer au tiers les limites inhérentes à l'obligation contractuelle et, d'autre part, aux limites précises à l'obligation d'information qui pèse sur les médecins.

1/ Le principe de l'opposabilité des limites intrinsèques à l'obligation

En jugeant que le médecin n'avait pas manqué à son obligation contractuelle d'information dans la mesure où le risque était exceptionnel et justifiait que le silence soit gardé le concernant, la Cour d'appel de Lyon oppose au tiers qui intente l'action en responsabilité, une limite à l'obligation contractuelle qui déchargerait son débiteur de toute responsabilité, indépendamment de sa nature. Il convient de relever que ce point n'est pas remis en cause par la Cour de cassation qui ne s'intéresse, nous y reviendrons, qu'à la nature de cette limite. Cela signifie donc que pour les magistrats, si le tiers peut invoquer un manquement contractuel au soutien de son action en responsabilité délictuelle c'est sous la réserve que cette obligation n'ait pas été exécutée ou ait été mal exécutée d'un point de vue contractuel. La proposition est intéressante si l'on prend soin de rappeler que le tiers au contrat qui invoque la responsabilité délictuelle du cocontractant connaît généralement un sort beaucoup plus favorable que si l'action en responsabilité était intentée par le cocontractant. En effet, l'on sait que l'utilisation de la responsabilité délictuelle permet au tiers de répudier les dispositions du contrat qui viendraient limiter ou répartir la responsabilité entre les parties. En outre, des règles de prescription plus courtes, nombreuses en matière contractuelle, lui son inopposables. Enfin, les dispositions contractuelles relatives à l'élection d'une juridiction sont sans effet à son égard³⁷. Dit autrement, le demandeur s'il est en droit d'invoquer le contrat au soutien de son action, peut aussi écarter toutes les clauses du même contrat qui gêneraient la prospérité de sa demande. Aussi, dans un souci d'autonomiser la faute contractuelle par rapport à la faute délictuelle, on aurait pu craindre que les limites intrinsèques à l'obligation en cause puissent être répudiées par le tiers au contrat. On se félicitera qu'il n'en soit rien même si cette observation constitue un argument qui conduit à rapprocher encore un peu plus la faute contractuelle de la faute délictuelle. En effet, en se prononçant comme ils l'ont fait sur ce point, les magistrats semblent aller au bout d'une logique structurée : si l'on permet au tiers d'invoquer la faute contractuelle pour intenter une action en responsabilité délictuelle contre le débiteur défaillant, c'est dans toute la mesure de cette faute que doit être appréciée la légitimité de son action. La faute contractuelle, rien que la faute contractuelle, mais toute la faute contractuelle. Dès lors, si le débiteur contractuel voit son obligation, qu'il n'a pas ou mal exécutée, assortie de limites légales ou jurisprudentielles, celles-ci, parce que la faute dont se plaint la

³⁷ Sur toutes ces différences entre les deux régimes de responsabilité, voir G. Viney, op. cit. n° 214; J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, op. cit., n° 176.

victime est d'origine contractuelle, sont opposables au demandeur dans leur intégralité. La solution pour être logique et de surcroît juste car il aurait été pour le moins choquant de permettre au tiers d'invoquer la faute contractuelle sans considérer celle-ci dans l'intégralité de sa portée. Elle n'existe qu'autant qu'elle ne connaît pas de limites à l'intérieur même du contrat ou, à tout le moins, qu'aucune de ces limites ne soient en la circonstance présente. A l'inverse, si le défaut d'exécution ou la mauvaise exécution de son obligation par le cocontractant peut être excusée en raison des circonstances, celles-ci doivent naturellement jouer également à l'encontre du tiers. Il y a, de ce fait, une certaine objectivation de la faute : celle-ci est ou n'est pas. Mais elle ne saurait exister ou, au contraire, faire défaut, selon le point de vue, contractuel ou délictuel, auquel on se place. Dans cette mesure, on ne saurait regretter l'assimilation faite par la Haute juridiction entre la faute délictuelle et contractuelle car, au regard de son régime, elle permet de parvenir à une situation juste.

2/ Les limites à l'obligation d'information du médecin

Selon les juges du fond, aucun manquement à son obligation contractuelle ne pouvait être reproché au médecin dans la mesure où le risque grave qui était encouru dans cette hypothèse était exceptionnel.

Ce faisant, les magistrats de Lyon introduisaient l'idée que la faute du médecin ne peut être caractérisée que pour autant qu'elle s'est produite dans les limites tracées autour de l'obligation d'information qui pèse sur le praticien au bénéfice de son patient. A l'inverse, si l'information pèse sur des risques qui n'entrent pas dans le champ de son obligation, le fait que ce risque se produise ne saurait lui être reproché.

Relativement à ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation a évolué dans une double direction : si elle admet des cas plus nombreux où le médecin est dispensé de toute obligation d'information, en revanche, lorsque celle-ci existe, elle est due dans des hypothèses toujours plus nombreuses.

Les limites à l'obligation qui pèse sur le médecin sont au nombre de quatre. En 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation³⁸, dans son arrêt Clinique du Parc, avait estimé que le médecin était dispensé de donner une information à son patient afférente aux investigations et soins proposés lorsqu'il y a urgence, impossibilité de le faire ou, enfin, lorsqu'il y a refus de la part du patient d'être informé. Plus récemment, la même chambre³⁹ a ajouté une quatrième limite à cette liste. C'est l'hypothèse de la justification thérapeutique. Un médecin peut se dispenser d'informer son patient sur les risques liés soit à l'intervention chirurgicale, soit au traitement thérapeutique lorsqu'il estime que l'état du patient, l'évolution prévisible de celui-ci, sa personnalité, se prêtent mal à une information complète de ce dernier et pourrait même, le cas échéant, lui nuire. Si le médecin juge qu'il existe une contre-indication thérapeutique, dont il devra ultérieurement rapporter la preuve, à l'information la plus précise et complète possible du patient, il doit se dispenser de la diffuser, en totalité ou partiellement.

³⁸ Cass. 1e civ., 7 octobre 1998 : JCP éd. G 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos; RTDciv. 1999, p. 111, obs. P. Jourdain.

³⁹ Cass. 1e civ., 23 mai 2000 : JCP éd. G 2001, I, 280, obs. G. Viney; la décision est fondée sur l'article 42 du Code de déontologie médicale qui précise que cette limitation « doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité du malade ».

Dans le cadre de ces limites, en revanche, l'information du patient a été conçue dans un sens extensif⁴⁰. En visant l'absence d'obligation d'information sur les risques graves ne se réalisant qu'exceptionnellement, les juges de la Cour d'appel de Lyon se sont référés à une jurisprudence de la Cour de cassation qui, il n'y a pas si longtemps, était en ce sens. En effet, à plusieurs reprises, la Cour de cassation avait rejeté des pourvois formés contre des arrêts qui avaient jugé que le médecin n'avait pas commis de faute en ne révélant pas à son patient un risque exceptionnel⁴¹. Si récemment, la Cour de cassation a peu à peu introduit dans le champ de l'obligation du médecin la notion de risque grave, d'abord dans le domaine de la chirurgie esthétique⁴² avant de la généraliser à l'ensemble des spécialités médicales⁴³, en revanche aucune de ces décisions n'avait tranché la question de savoir si le risque grave qui ne se réalise qu'exceptionnellement devait être considéré ou non comme une cause de dispense de l'obligation d'information du médecin, sauf le cas de la chirurgie esthétique⁴⁴. Ce fut chose faite à l'occasion de deux décisions rendues le 7 octobre 1998⁴⁵, l'une à propos de la perte d'un oeil à l'occasion d'une intervention, l'autre de la survenance d'un syndrome de loge suite à l'opération d'une gonarthrose évolutive d'un genou. Dans les deux espèces, les risques avérés avaient été qualifiés d'exceptionnels, le second ne se produisant que dans 1% des cas. Cette circonstance avait conduit les juges du fond à considérer que les médecins n'avaient dès lors pas à en informer leur patient et qu'aucun manquement à leur obligation d'information ne pouvait leur être reproché. La Cour de cassation en jugea différemment, considérant, au contraire, que le médecin n'est pas dispensé de son obligation d'information à l'égard de son patient par le seul fait que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement.

À la suite de cette évolution jurisprudentielle, il n'est donc plus permis au médecin d'arguer du fait que le risque survenu, qu'il soit grave ou non, est exceptionnel pour échapper au grief de manquement à son obligation d'information. La théorie jurisprudentielle des risques exceptionnels qui permettait, il y a peu encore, au médecin d'échapper à cette critique était peu compatible avec le fondement même du droit à l'information du patient. En effet, si l'on prend soin de relire l'arrêt Teyssié de 1942, fondamental en ce domaine, on peut constater que l'obligation d'information qui pèse sur le médecin poursuit un double objectif : d'une part, elle vise à permettre d'obtenir un consentement libre et éclairé du patient aux soins qui lui sont proposés et, d'autre part, elle doit permettre au patient, lorsque deux méthodes curatives existent pour traiter sa maladie, d'opérer un choix entre l'une ou l'autre de ces méthodes eu égard aux risques inhérents à chacune d'entre elle. A défaut de permettre au patient d'opérer un tel choix,

⁴⁰ En ce sens, P. Jourdain, obs. préc.

⁴¹ Cass. 1e civ., 23 mai 1973 : Bull. civ. I, n° 181; Cass. 1e civ., 2 mai 1978 : Bull. civ. I, n° 165.

⁴² V. pour un exemple, Cass. 1e civ., 17 février 1998 : Bull. civ. I, n° 67; JCP éd. G 1998, IV, 1811; RTDciv. 1998, p. 681, obs. P. Jourdain.

⁴³ Cass. 1e civ., 27 mai 1998 : Bull. civ. I, n° 939; JCP éd. G 1998, IV, 2626; RTDciv. 1999, p. 111, obs. P. Jourdain.

⁴⁴ Cass. 1e civ., 17 novembre 1969 : Bull. civ. I, n° 347.

⁴⁵ Cass. 1e civ., 7 octobre 1998, 2 espèces : JCP éd. G 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos; RTDciv. 1999, p. 111, obs. P. Jourdain.

le médecin commet une faute engageant sa responsabilité. Encore faut-il toutefois qu'un tel choix existe car si le patient, bien qu'informé des risques graves même exceptionnels qui peuvent survenir à l'occasion des investigations et soins proposés, n'a d'autre alternative que d'accepter les soins qui lui sont proposés, alors il ne pourra y avoir de réparation du préjudice si le risque survient⁴⁶. Nous sommes là au coeur de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt rapporté. En effet, si le médecin avait correctement informé sa patiente des risques propres aux diverses méthodes d'accouchement en cas de présentation de l'enfant par le siège, celle-ci aurait pu faire un choix éclairé entre l'une et l'autre et, précisément, en faveur de la césarienne ce qui aurait peut être permis d'éviter que l'enfant ne subisse un handicap au cours de cet accouchement. En omettant de l'informer sur l'existence de différentes méthodes d'accouchement, chacune comportant des risques différents, le médecin privait la patiente de la faculté d'opérer un tel choix, ce qui constitue une faute de nature à engager la responsabilité du praticien.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 octobre 2001 permet donc de clarifier l'étendue et la portée de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin. Aussi, en décidant comme elle l'a fait, que le médecin n'avait pas commis de faute en ne donnant pas des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés et ce d'autant moins qu'en l'espèce le risque était exceptionnel, la Cour d'appel de Lyon conduisait son arrêt à une cassation certaine au regard de la jurisprudence instaurée par la Cour de cassation depuis la fin des années 1990. L'obligation d'information qui pèse désormais sur le médecin s'en trouve dès lors sensiblement alourdie et devrait conduire à un changement d'attitude de ces derniers. Mais, selon les juges du fond, les faits de l'espèce remontant à 1974 et 1975, le médecin ne pouvait être tenu d'une obligation dont le contenu n'a véritablement été précisé que quelques 20 années plus tard. Autrement dit, la cour de Lyon remettait en cause le principe de l'application d'une jurisprudence nouvelle à des faits antérieurs.

⁴⁶ Cass. 1e civ., 20 juin 2000 : Bull. civ. I, n° 193; Rapport Cour de cassation, 2000, p. 387.

II - L' « EFFET RETROACTIF » DES ARRETS DE REVIREMENT

Selon les juges du fond, la circonstance que l'éventuel manquement contractuel ait eu lieu en 1974 n'était pas indifférent à la solution du litige. En effet, selon la Cour de Lyon, à cette époque, le médecin n'encourait aucun reproche quant à l'exécution de son obligation d'information en ne révélant pas à sa patiente les risques exceptionnels encourus par elle, leur révélation obligatoire aux patients ne leur ayant été imposée qu'ultérieurement. Tout autre est la position retenue par la Haute juridiction pour qui la circonstance que les faits remontent à une époque où l'obligation d'information n'avait pas encore cette portée est sans effet sur la responsabilité du praticien. De ce fait, l'arrêt rapporté offre l'occasion de revenir sur "l'effet rétroactif" des arrêts de revirement (A), effet que ne saurait atténuer le recours au principe de sécurité juridique (B).

A - Un "effet rétroactif" indéniable

L'arrêt rapporté illustre une nouvelle fois un débat doctrinal récurrent relatif à "l'effet rétroactif" des arrêts de revirement. Le propre, en effet, des décisions de jurisprudence est de saisir des faits passés pour leur appliquer une solution présente. Cette solution peut avoir de tout temps existé et donc ne surprendre personne, comme elle peut être nouvelle et modifier les prévisions des parties au procès. Ce qui fait débat, c'est le fondement à donner à cette constatation. La doctrine est divisée sur ce point. Pour certains auteurs⁴⁷, la rétroactivité serait inhérente au phénomène jurisprudentiel lui-même. Pour d'autres⁴⁸, c'est moins l'idée de rétroactivité qui explique ce phénomène que le caractère déclaratif de la décision de justice, où le juge a pour fonction « de dire, d'appliquer et d'interpréter le droit à l'occasion de litiges qui sont issus de faits qui se sont produits par hypothèse antérieurement »⁴⁹. Pour les derniers⁵⁰, enfin, la jurisprudence ne serait pas tant rétroactive qu'interprétative, dans la mesure où le juge se

⁴⁷ J. Rivero, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle : AJDA, 1968, I, doctr., p. 15, spéc. p. 16; C. Mouly, Le revirement pour l'avenir : JCP éd. G 1994, I, 3776; du même auteur, Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles et Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement : P.A., n° 33 et 53, 18 mars et 4 mai 1994; voir aussi Rapport sur les revirements de jurisprudence de la cour de cassation, in L'image doctrinale de la Cour de cassation, Doc. fr., 1994, p. 123 s.; N. Molfessis, RTDciv. 2000, p. 666; C. Atias : D. 2000, p. 593, note sous Cass. 1e civ., 21 mars 2000, qui évoque « ce privilège de rétroactivité dont le législateur n'oserait se prévaloir ». *Adde* D. Landraud, A propos des revirements de jurisprudence : D. 1982, I, 3093.

⁴⁸ Th. Bonneau, Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement : D. 1995, chron. p. 24.

⁴⁹ F. Zénati, La jurisprudence : D. 1991, p. 154; Th. Bonneau, art. préc., n° 5; F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, n° 453; O. Salvat, Le revirement de jurisprudence. Etude comparée de droit français et de droit anglais : th. Paris II, 1983, n° 87.

⁵⁰ Pour un exposé, voir F. Zénati, op. cit., p. 154; voir aussi, B. Oppetit, Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation : JCP éd. E, cah. dr. entrep., 1989/5; C. Atias, note préc., « l'office propre du juge est d'extraire des règles générales les conséquences qu'elles doivent avoir - que de tout temps, elles devaient avoir - dans une situation particulière »; P. Voirin, Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences, D. 1959, I, 1467. *Contra*, A. Hervieux, Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle : RRJ 1989-2, p. 257, n° 23.

contenterait de révéler une règle qui a toujours été contenue dans la norme, même de manière latente. Il convient de relever que, dans le cadre de ce débat, la Cour de cassation semble se rallier à ce dernier courant puisque, selon sa première chambre civile, « l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit »⁵¹ et que « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés »⁵². Ainsi donc, la logique juridique impose d'admettre que le juge, dans son office, doit appliquer aux faits litigieux qui lui sont soumis les règles et principes applicables au moment où il statue sans tenir compte de l'époque à laquelle les faits qui ont donné lieu à la procédure contentieuse se sont produits. Comme cela a été écrit, « on ne saurait concevoir, en effet, une dissociation entre création et application »⁵³, notamment parce que la règle nouvelle est supposée meilleure que l'ancienne et a donc vocation à s'appliquer le plus tôt possible, c'est-à-dire dès le jugement au cours duquel la règle nouvelle apparaît. En ce sens, la solution retenue par la Cour de cassation est en pleine conformité avec les solutions acquises.

Au-delà de cette querelle sur le fondement de cet effet observable et indéniable, il reste que la plupart des auteurs admettent ce phénomène et considèrent, qu'à bien des égards, « la rétroactivité est préférable à la non-rétroactivité »⁵⁴ et que les arrêts de revirement « sont d'une grande utilité »⁵⁵, qu'ils sont « salutaires »⁵⁶. Toutefois, pour admettre cette solution, il est nécessaire de reconnaître une certaine normativité de la jurisprudence⁵⁷. D'ailleurs, on ne manquera pas de relever que dans son attendu de l'arrêt rapporté, la première chambre civile justifie la rétroactivité par la nécessité d'interpréter une même norme indépendamment de l'époque des faits considérés. Or, comme cela a été relevé⁵⁸, la norme en cause - le contenu de l'obligation d'information du médecin - est d'origine purement jurisprudentielle. Dit autrement, la norme en cause que la Cour de cassation se propose d'appliquer de manière intemporelle n'est autre qu'une norme qu'elle a elle-même forgée. Plus encore, cette norme est apparue seulement récemment car, comme nous l'avons indiqué précédemment, il fut un temps où la non révélation du risque exceptionnel ne constituait pas pour le médecin un manquement à son obligation d'information. C'est donc à une nouvelle religion de sa propre interprétation que se réfère ici la Cour de cassation. Nul doute que cet arrêt participe alors, comme tout arrêt de revirement, au-delà de la prohibition posée à

⁵¹ Cass. 1e civ., 21 mars 2000 : RTDciv. 2000, p. 666, obs. N. Molfessis préc.; D. 2000, Jur. p. 592, note C. Atias; RTDciv. 2000, p. 592, obs. P.-Y. Gautier préc.

⁵² Cass. 1e civ., 9 octobre 2001, rapporté.

⁵³ J. Rivero, art. préc., p. 16.

⁵⁴ P.-Y. Gautier : RTDciv. 2000, p. 596.

⁵⁵ C. Mouly, art. préc., P.A., n° 33, 18 mars 1994, n° 1.

⁵⁶ F. Terré, Introduction au droit : Précis Dalloz, 4e éd., n° 453.

⁵⁷ C. Mouly, art. préc., P.A., n° 33, 18 mars 1994, n° 2; P.A., n° 53, 4 mai 1994.

⁵⁸ D. 2001, IR, p. , préc.

l'article 5 du Code civil et de l'autorité relative de la chose jugée, à la construction d'un nouveau système des sources de notre droit⁵⁹.

La doctrine⁶⁰ a cependant renoncé à tenter d'expliquer le fondement de cet "effet rétroactif" des arrêts de revirement pour davantage s'intéresser à leur régime en tentant d'atténuer les effets des arrêts de revirement. A cet égard, l'impératif de sécurité juridique a pu apparaître comme une limite sérieuse.

B - Une rétroactivité sans limite

Pour utiles qu'ils soient en tant qu'ils sont l'expression d'un droit vivant, les arrêts de revirements et leur "effet rétroactif" sont régulièrement stigmatisés par la doctrine⁶¹. Cela peut sembler normal dans la mesure où ces arrêts viennent bouleverser les prévisions des parties⁶² qui, si elles avaient connu la règle jurisprudentielle qui va s'appliquer à eux, auraient certainement adapté leurs comportements en conséquence⁶³. Ceci est pure logique si l'on admet qu'« un revirement de jurisprudence n'est en effet rien d'autre qu'un changement de solution et donc, quoiqu'on en ait, un changement du contenu de la règle elle-même »⁶⁴. Aussi, en procédant de la sorte, « le litige est vidé en application d'une norme qui n'était pas partie du droit positif à l'époque de l'acte ou du fait juridique dont est issu le différend »⁶⁵. Mais, dès lors, c'est la sécurité juridique qui n'est plus assurée, celle-ci se trouvant « nécessairement sacrifiée au progrès présumé du droit »⁶⁶. L'"effet rétroactif" des arrêts de revirement inaugure en conséquence un dialogue entre deux impératifs apparemment contradictoires : la sécurité juridique⁶⁷ et l'adaptabilité du droit⁶⁸. Il est alors légitime de se demander s'il ne conviendrait pas, non point de nier cet "effet rétroactif" en déniait tout rôle de la jurisprudence dans la création du droit⁶⁹, mais de tenter d'en limiter les effets en adoptant un droit transitoire du revirement. D'autant que, à la différence d'une loi nouvelle rétroactive ou d'une loi

⁵⁹ V., en ce sens, C. Mouly, art. préc., P.A., n° 33, 18 mars 1994, n° 5.

⁶⁰ V. notamment, C. Mouly, art. préc., P.A., n° 33, 18 mars 1994, n° 6.

⁶¹ V. sur ce point, H. Battifol, Note sur les revirements de jurisprudence, Arch. philo. droit, 1967, p. 338; M. Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, Mél. Scelle, t. II, p. 615; P. Hébraud, Le juge et la jurisprudence, Mél. Couzinet, p. 366; O. Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive du droit, Mél. Maury, t.2, p. 364; A. Hervieu, art. préc.; P. Voirin, art. préc., J. Rivero, art. préc.

⁶² P. Voirin, art. préc., n° 6.

⁶³ A. Hervieux, Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle : RRJ 1989-2, n° 10.

⁶⁴ N. Molfessis, obs. préc., p. 669.

⁶⁵ O. Salvat, th. préc., n° 81.

⁶⁶ J. Rivero, art. préc., p. 16.

⁶⁷ B. Matthieu, La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient : Mél. P. Gélard, Montchrestien, 1999, p. 301.

⁶⁸ V., en ce sens, F. Pollaud-Dulian, A propos de la sécurité juridique : RTDciv. 2001, p. 487.

⁶⁹ V. J. Rivero, art. préc.; O. Dupeyroux, art. préc., qui propose de limiter le rôle de la jurisprudence et le pouvoir des juges; voir aussi, P. Voirin, art. préc.

interprétative⁷⁰, le revirement a vocation à remonter indéfiniment le temps, seules les règles de prescription⁷¹ mettant un terme à l'insécurité qui pèse sur les parties, ce dont n'a pu bénéficier dans notre espèce le médecin intimé par l'action de l'enfant devenu majeur. M. Mouly⁷² a proposé à cet égard plusieurs solutions en puisant son inspiration tant dans la jurisprudence américaine⁷³ que communautaire⁷⁴ et en développant la distinction opérée par Hébraud⁷⁵ entre l'autorité de la chose jugée et la valeur normative de l'arrêt⁷⁶. La principale d'entre-elles consisterait à n'admettre que des revirements pour l'avenir. Plusieurs objections peuvent cependant être adressées à cette proposition. Tout d'abord, en réservant sa solution uniquement pour l'avenir, la Cour de cassation ne heurterait-elle pas de front l'interdiction des arrêts de règlement⁷⁷ ? Ensuite, la justice serait-elle sauvée si l'on opposait au justiciable qui a entrepris la procédure le fait que son litige, s'il a été l'occasion de définir une nouvelle solution, n'en sera pas moins tranché selon les règles antérieures. Ne risquerait-on pas alors d'enclencher une torpeur procédurale peu compatible avec l'évolution du droit ? Enfin, cela conduirait nécessairement à appliquer selon des interprétations différentes une même norme selon l'époque des faits, ce que refuse explicitement de faire la Cour de cassation dans l'arrêt rapporté.

La Cour de cassation n'a jamais adopté ces critiques doctrinales et a toujours refusé de limiter ses revirements à l'avenir. Au contraire, elle a récemment décidé⁷⁸ qu'il n'existait pas de droit acquis à une jurisprudence figée dont pourrait se prévaloir un justiciable. La formule est reprise à l'identique dans l'arrêt rapporté. Sa doctrine est donc sur ce point claire. En-dehors d'une intervention législative qui viendrait profondément modifier la matière, les Hauts magistrats refusent jusqu'à présent toute limitation en ce sens.

Cependant, on ne peut nier que le bouleversement que constitue un revirement pour les situations particulières qui, antérieurement conformes au droit positif, ne le sont plus, entame le principe de sécurité juridique. Aussi, il est permis de se demander si, au moins dans certaines hypothèses, l'effet rétroactif des arrêts de revirement ne devrait pas céder devant l'impératif de sécurité juridique. A cet égard, il convient de

⁷⁰ V. J. Héron, *Principes de droit transitoire*, Dalloz 1996, n° 60 et s.

⁷¹ Et l'autorité de la chose jugée attachée à une instance terminée par une décision définitive.

⁷² C. Mouly, art. préc.

⁷³ Relevons toutefois que la jurisprudence américaine a aussi pour effet habituel de rétroagir et que seul un acte de volonté du juge inspiré par le « prospective overruling » peut conduire à une solution différente.

⁷⁴ CJCE, 8 avril 1976, aff. Defrenne c/ Sabena : Rec. CJCE 1976, p. 454; CJCE, 17 mai 1990, aff. Barber : Rec. CJCE 1990, p. 1889; CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, Série A, n° 31.

⁷⁵ P. Hébraud, art. préc., n° 5.

⁷⁶ C. Mouly, art. préc., n° 8; voir aussi, A. Hervieux, *Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle* : RRJ, 1989-2, p. 257, spéc. n° 9.

⁷⁷ V. D. Landraud, art. préc.

⁷⁸ Cass. 1e civ., 21 mars 2000 : D. 2000, p. 593, note C. Atias; RTDciv. 2000, p. 592, obs. P.-Y. Gautier et p. 666, obs. N. Molfessis.

relever que la Cour de justice des Communautés européennes comme la Cour européenne des Droits de l'Homme ont pu, dans leurs domaines respectifs, parfois limiter la rétroactivité de leurs décisions. Ces deux juridictions ont en effet toujours pris soin de cantonner l'"effet rétroactif" de leurs jugements dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles⁷⁹, en vertu de « considérations impérieuses de sécurité juridique »⁸⁰. Et la Cour de Strasbourg a pu considérer que le « principe de sécurité juridique (...) dispense l'Etat (...) de remettre en cause des actes ou des situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt »⁸¹. Comment, dès lors, justifier cette différence d'attitude face aux revirements entre ces juridictions communautaires et européennes, d'une part, et, d'autre part, la Cour de cassation. Il nous semble que cela peut tenir au fait que les cours européennes admettent assez facilement le caractère normatif de leurs décisions⁸². Sur un plan plus strictement juridique, ne peut-on craindre une prochaine condamnation de la France devant la CEDH au nom du non respect du principe de sécurité juridique⁸³ ? Le risque existe qu'un justiciable puisse en appeler à l'arbitrage de la Cour de Strasbourg. Toutefois, il convient de remarquer que tant la Cour de Justice que la Cour européenne ont toujours admis que des motifs valables, impérieux peuvent, au contraire, justifier l'application normalement rétroactive des arrêts de revirement. Autrement dit, le principe est, même au niveau communautaire, que le revirement doit demeurer exceptionnel mais que s'il advient celui-ci doit naturellement rétroagir sauf motifs impérieux. Il convient d'ailleurs d'observer que la doctrine européenne⁸⁴ ne considère pas le principe de sécurité juridique comme devant être interprété de manière absolue car il empêcherait toute évolution jurisprudentielle source de sclérose du droit⁸⁵. Ce qui ne signifie pas qu'il ne faille pas rechercher un point d'équilibre entre ces deux impératifs⁸⁶. Mais en aucun cas l'adaptation du droit au monde dans lequel il s'insère et qu'il a vocation à régir ne saurait être sacrifié sur l'autel de la sécurité juridique. La stabilité du droit et de son interprétation par la jurisprudence n'est pas un droit mais une simple expectative; elle ne saurait offrir au justiciable le droit acquis à une jurisprudence figée. Cet élément peut, en revanche, faire l'objet d'une prévision par les parties qui se comporteront loyalement dans leurs relations mutuelles.

L'arrêt Coindoz est assurément un grand arrêt en matière de responsabilité délictuelle du contractant même s'il conduit à sensiblement alourdir l'obligation

⁷⁹ Sur ce point, voir F. Pollaud-Dulian, art. préc., p. 490 et s.

⁸⁰ CJCE, 8 avril 1976, aff. Defrenne, préc.

⁸¹ CEDH, 13 juin 1979, aff. Marckx, préc.

⁸² V., par exemple, CEDH, 13 juin 1979, Marckx/Belgique, Série A, n° 31.

⁸³ V. N. Molfessis, obs. préc., « la sécurité juridique porte en elle une condamnation de la jurisprudence à la française ».

⁸⁴ V. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme* : LGDJ, 2e éd., n° 311.

⁸⁵ Ce que confirme la lecture de certains arrêts, par exemple CEDH, 1er février 2000, aff. Mazurek : D. 2001, p. 332, obs. J. Thierry; RTDciv. 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud et p. 601, obs. P. Patarin, où l'on peut lire (point 49) : « la Convention (EDH) est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles ».

⁸⁶ J.-F. Renucci, op. et loc. cit.

d'information qui pèse sur les médecins. La logique juridique développée est respectueuse des principes traditionnels de notre droit même si l'on ne peut s'empêcher d'y décerner une certaine "américanisation" de la relation juridique qui relie le praticien à son patient.

Au-delà, cet arrêt permet aussi de rappeler que le droit est une matière vivante et que la jurisprudence en reflète les évolutions. Il importe alors que la plus prestigieuse de nos juridictions soit à même d'évoluer et de faire évoluer cette jurisprudence au gré de l'évolution de la société dont elle est le reflet. Aussi reprendrons-nous pour conclure ce qu'a écrit M. le Professeur Gautier⁸⁷ à ce propos : « La sécurité juridique, c'est peut être l'assurance donnée aux citoyens que le juge traque perpétuellement les erreurs d'appréciation qu'il est susceptible d'avoir commis ».

⁸⁷ P.-Y. Gautier, obs. préc.