

GRERCA
Séminaire de Louvain

13 et 14 septembre 2013

"Responsabilité médicale et accidents médicaux »

O. Gout et St. Porchy-Simon

Professeurs à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Equipe de recherche de droit privé (EA 3707)

1 - Selon la célèbre formule de l'avocat général Matter telle qu'exprimée dans l'arrêt Mercier¹, le médecin est tenu, à l'égard de son patient, d'une double obligation, « de science et de conscience ». Au-delà des fautes dites de technique médicale, la responsabilité du professionnel de santé peut en effet être recherchée pour un manquement aux obligations éthiques dont il est tenu à l'égard de son patient, dont principalement celle de l'informer sur les risques de l'acte, de recueillir son consentement et de respecter sa volonté ainsi exprimée.

2 - Après avoir été longtemps d'origine essentiellement jurisprudentielle, et reposant, selon la Cour de cassation française sur le droit à la dignité du patient², ces obligations sont aujourd'hui prévues par de nombreuses sources de droit interne ou supranational. Alors que l'article 16-3 al. 2 du code civil français pose l'exigence de recueil du consentement de l'intéressé³, les articles L. 1111-2 et suivants du Code de la santé publique issus de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁴, ainsi que le code de déontologie médicale⁵, en codifient les modalités pratiques. Ces obligations sont également imposées par des textes internationaux, telle que la déclaration d'Helsinki (1964) ou de Tokyo (1975), ou, plus récemment par l'article 5 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine ou encore l'article 3-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. La multiplicité de ces sources démontre que l'obligation de recueillir le consentement libre et éclairé est donc aujourd'hui imposée comme un droit fondamental du patient, ainsi qu'en atteste d'ailleurs la place de cette obligation dans la loi du 4 mars 2002, située volontairement par le législateur dans un chapitre relatif aux droits des usagers du système de santé qui constitue, en droit français, une sorte de charte de ses droits essentiels.

3 – Droit fondamental du patient, l'information et le recueil de son consentement imparfaits constituent par ailleurs une cause fréquente de recherche de la responsabilité des

¹ Civ. 20 mai 1936, D. P. 1936, 1, 88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E. P. , S. 1937, 1, 321, note A. Breton, Gaz. Pal. 1936, 2, 41, Grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10^e éd. n° 93.

² Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001 : D. 2001, jurispr. p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin

³ Article 16-3, alinéa 2 du Code civil, " le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir "

⁴ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002: JO 5 mars 2002, p. 4118

⁵ Art. R. 4127-35 et 36 C. santé pub.

professionnels de santé. Le défaut d'information, ou beaucoup plus exceptionnellement de consentement, est en effet très souvent invoqué tant dans le cadre d'une action contentieuse que dans celui de la procédure amiable devant les commissions de conciliation et d'indemnisation (CCI), où ce moyen permet souvent à l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) de tenter de faire reconnaître une faute à l'origine de l'accident médical. Pour mieux mesurer les contours de ces obligations en droit français il conviendra donc d'en étudier le contenu (I) puis les modes de sanctions (II).

4 - La loi du 4 mars 2002 a réalisé une importante innovation en codifiant, pour la première fois de façon générale, les règles relatives à l'information et au consentement du patient. L'effet principal et immédiat de cette loi est d'imposer des règles identiques quel que soit le cadre de la relation unissant le patient et le médecin : relations de droit privé ou administratif, cadre individuel ou hospitalier, l'obligation doit être désormais respectée de la même façon par le professionnel de santé. Cette harmonisation a, au demeurant, été facilitée par la très nette convergence des jurisprudences des deux ordres de juridictions qui avait été observée avant même l'adoption de la loi, tant en ce qui concerne l'obligation d'information (A) que celle du respect du consentement du patient (B).

5 - L'information du patient est envisagée principalement à l'article L. 1111-2 C. santé pub. qui précise dès l'abord que cette obligation "

". Une hiérarchie des débiteurs doit toutefois être constatée. Ainsi, de jurisprudence constante, l'obligation d'informer le patient incombe à titre principal au médecin réalisant l'acte médical, qui ne saurait se décharger de son obligation sur un tiers⁶, notamment le prescripteur de l'acte et, plus exceptionnellement, à l'établissement de soins accueillant le malade⁷.

Au-delà de l'identification du débiteur de l'obligation, l'essentiel du contentieux porte toutefois sur les contours précis de cette obligation dont il conviendra d'exposer les modalités de principe (1) et dérogatoires (2).

Le droit français se caractérise par une approche très large du contenu du droit à information du patient, tant dans son étendu temporelle que dans son contenu intrinsèque.

6 – . Les différents textes prévoyant l'obligation pour le médecin d'informer son patient imposent en effet une obligation de renseignement portant sur les différentes phases de l'acte médical. Ainsi, selon l'article R. 4127-35 du Code de santé publique, "

". De même, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique dispose que "

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 06-18262; 6 mai 2010, n° 09-111 ; 16 janv. 2013, n° 12-14097

⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997 : D. 1999, somm. p. 139 : information sur le personnel dont disposait l'établissement; 11 juin 2009, n° 08-10642: information sur les prestations assurées par la clinique.

(...) ". La formule est aujourd'hui constamment reprise par la jurisprudence. Le droit positif français exige donc une information durant toutes les phases de l'acte médical : information sur l'état de santé du malade (diagnostic, résultats d'examen), sur l'acte médical entrepris⁸ (nature, risques, alternatives thérapeutiques⁹, mais aussi sur le coût¹⁰), et dans le domaine post-opératoire (compte rendu de l'intervention¹¹, subsistance de risques résiduels). La loi du 4 mars 2002 a d'ailleurs renforcé cette obligation d'information postérieure à l'acte médical. Ainsi, au terme de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, "

". La loi prévoit également, dans l'hypothèse d'une exécution dommageable de l'acte médical, une obligation d'information sur les circonstances et les causes de cet accident¹².

. Une des questions essentielles relatives à l'obligation d'information a toutefois été, en droit français, celle de la nature des risques dont le malade doit être averti. Depuis 1998, le critère de délimitation du risque objet de l'information a fait l'objet d'une évolution fondamentale de la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, dont l'apport a été repris par le législateur.

La jurisprudence traditionnelle limitait en effet l'information aux seuls risques courants de l'acte médical, une distinction étant opérée en fonction de la fréquence statistique de réalisation du risque. S'il était en effet imposé aux médecins d'informer le patient des risques fréquents de l'acte entrepris, tel n'était pas le cas pour ceux qui ne se réalisaient que de façon exceptionnelle¹³. Le médecin pouvait donc garder le silence sur les dangers rares d'un point de vue statistique, la relativité des connaissances médicales, ainsi que la volonté de préserver l'équilibre psychologique du malade justifiant alors une limitation du devoir d'information. Nonobstant sa constance, une telle jurisprudence avait cependant fait l'objet de deux critiques essentielles. Critiques tout d'abord sur la pertinence même de ce critère, puisqu'il peut sembler important que le malade soit avisé des risques les plus graves quelle que soit par ailleurs leur fréquence ; critique ensuite quant à la relativité de son appréciation puisqu'aucune réelle définition de la notion de risque « fréquent » n'avait été donnée par la jurisprudence.

Prenant en compte les critiques ainsi exprimées, la Cour de cassation puis le Conseil d'État ont successivement opéré un revirement de jurisprudence. Ainsi, par des arrêts de principe de la Cour de cassation du 7 octobre 1998¹⁴ et d'Assemblée du Conseil d'État du 5 janvier 2000¹⁵, les deux ordres de juridictions ont affirmé la nécessité d'informer désormais le patient de tous les risques graves de l'acte médical, même si ceux-ci ne se réalisent

⁸ Solution acquise depuis un arrêt de principe de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 28 janvier 1942 : Cass. req., 28 janv. 1942 : D. 1942, jurispr. p. 63.

⁹ V. par exemple Civ. 1re, 12 juin 2012, n° 11-18327 imposant une information sur le caractère hors AMM d'une prescription médicale

¹⁰ Art. L. 1111-3 C. santé pub.

¹¹ Solution acquise depuis CE, 31 juill. 1964 : AJDA 1964, p. 576. - Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1971 : JCP G 1971, II, 16859

¹² C. santé publ., art. L. 1142-4

¹³ V. par exemple Cass. 1^{re} civ., 14 avr. 1961 : Gaz. pal. 1961, 2, jurispr. p. 563. - 29 mai 1984, D. 1985, jurispr. p. 281, note F. Bouvier. - 2 mars 1994 : Resp. civ. et assur. 1974, comm. 220. - En droit administratif, CE, 13 juill. 1961 : Rec. CE, p. 85. - 9 avr. 1986 : AJDA 1986, p. 465

¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998; JCP G 1998, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos ; D. 1999, jurispr. p. 1455, note S. Porchy. - 9 oct. 2001 : D. 2001, jurispr. p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin

¹⁵ CE, ass, 5 janv. 2000, Assistance publique-hôpitaux de Paris et Consorts Tell : RFD adm. 2000, p. 641 ; JCP G 2000, II, 10271

qu'exceptionnellement. Ils ont donc substitué au critère statistique un critère relatif à la gravité intrinsèque du risque.

Cette solution a été reprise par le législateur, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, prévoyant désormais une information sur les risques "

" qui s'ajoute d'ailleurs à celle sur les risques fréquents. Malgré l'ambiguïté de la formule, la référence au risque grave « normalement prévisible » pouvant être comprise comme renvoyant à un critère statistique, la jurisprudence postérieure à la loi est demeurée totalement fidèle au critère de la gravité du risque, indépendamment de sa fréquence de réalisation. La seule condition est donc que ce risque soit connu du médecin¹⁶. La jurisprudence française est, sur ce point, constante.

L'information sur les risques graves ou fréquemment prévisibles constitue le droit commun de cette obligation, mais celle-ci peut, dans des circonstances particulières voire son champ élargi ou restreint.

8 – . Le droit français semble retenir une sorte de proportionnalité entre la finalité de l'acte et l'étendue de l'information due au patient, conduisant donc à accroître les obligations des professionnels de santé lorsque la nécessité thérapeutique de l'acte entrepris s'atténue.

Ainsi en est-il par exemple dans le domaine de la chirurgie esthétique où la jurisprudence française, bien avant le revirement opéré par l'arrêt du 7 octobre 1998, avait déjà imposé une très large obligation d'information portant de tous les dangers de l'acte de chirurgie esthétique¹⁷. Cette solution est aujourd'hui reprise par le législateur à l'article L. 6322-2 du Code de la santé publique, qui impose, dans ce domaine, une information portant sur les conditions de l'intervention, ses risques et éventuelles conséquences et complications sur le terrain physique, esthétique et psychologique. Reprenant un procédé de protection du consentement, inspiré des techniques consuméristes, la loi du 4 mars 2002 a en outre imposé la remise d'un devis détaillé, l'acte chirurgical ne pouvant être pratiqué qu'à l'issue d'un délai de réflexion "minimum"¹⁸, actuellement fixé à 15 jours.

La solution retenue au sujet de la chirurgie esthétique a été également adoptée par le législateur au sujet de divers actes dépourvus d'intérêt thérapeutique pour le patient. Ainsi en est-il par exemple dans le domaine des recherches biomédicales¹⁹, des différents actes réglementés par les lois bioéthiques²⁰ ou encore de l'interruption volontaire de grossesse²¹.

9 – . La Cour de cassation, comme le Conseil d'État, dans leurs arrêts de principe ayant défini les critères de l'information médicale, avaient affirmé, en des termes identiques, que l'obligation du médecin trouvait une

¹⁶ Civ. 1^{re}, 18 déc. 2002, n° 01-03231; 17 déc. 2009, n° 08-21206.

¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1969 : D. 1970, jurispr. p. 85. - 27 janv. 1970 : Bull. civ. I, n° 37. - 22 sept. 1981 : Bull. civ. I, n° 268. - 14 janv. 1992, Bull. civ. I, n° 16. - 17 févr. 1998 : Resp. civ. et assur. 1998, comm. 166. - V. également, dans le même sens, CE, 15 mars 1996, Petites affiches 16 sept. 1996, n° 112

¹⁸ Article D. 6322-30 C. santé pub

¹⁹ Article L. 1122-1 du Code de la santé publique.

²⁰ V. par exemple, dans l'hypothèse du prélèvement d'organe sur le vivant : C. santé publ., art. L. 1231-1 et R. 1231-1 et s. - Pour l'assistance médicale à la procréation : C. santé publ., art. L. 2141-10. - Pour le diagnostic pré-natal : C. santé publ., art. R. 2131-2

²¹ Article L. 2212-3 du Code de la santé publique

limite dans les hypothèses " d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé"²². Cette solution a été en partie reprise par le législateur à l'article L. 1111-2, alinéa 2 du Code de la santé publique puisque, selon ses termes, « l'urgence » et « l'impossibilité » peuvent dispenser le professionnel de santé de son devoir d'information. La dérogation ici reconnue touche toutefois alors tout à la fois l'information et le consentement et sera donc évoquée à ce titre²³

Le code de la santé publique reconnaît également une exception à l'information en cas de refus du patient d'être informé. Cette hypothèse est en partie nouvelle puisque avant la loi du 4 mars 2002, le droit français retenait une exception à l'information dans les cas de diagnostic ou de pronostic grave ou fatal²⁴, à l'initiative du professionnel de santé qui devait toutefois être guidé par le seul intérêt du malade. L'article L. 1111-2 du Code de la santé publique a retenu une solution différente puisqu'il affirme désormais que "

". Ainsi, cet article ne reconnaît explicitement la possibilité de dissimulation du pronostic ou du diagnostic que dans la seule hypothèse où le malade a lui-même, et par avance, exprimé son refus d'être informé, sans admettre, à l'instar du droit positif antérieur, un pouvoir de dissimulation à l'initiative du médecin.

10- Après que le médecin ait informé son patient, l'article L. 1111-4 al. 1 c. santé pub. retient le principe dit de la « codécision », le choix de l'acte médical et de ses modalités reposant donc sur un accord avec le professionnel quant aux actes concernant sa santé. Ce principe met donc en relief, sous une forme un peu renouvelée, l'obligation de recueillir le consentement du patient, par ailleurs prévue à l'article 16-3 C. civ dont les modalités de principe et dérogatoires seront exposées.

11 - Le consentement du patient, dans la relation médicale, s'exprime à plusieurs niveaux. Après une manifestation initiale de volonté qui donnait naissance, jusqu'à une période récente, au contrat médical²⁵, le malade doit exprimer son accord pour les actes qui vont être entrepris. L'article L. 1111-4 du Code de la santé publique impose en effet au médecin le recueil préalable du consentement du patient avant tout acte médical, et notamment lorsque ce dernier est attentatoire à l'intégrité corporelle du patient²⁶.

12 - . Cet accord doit en principe être exprès, mais on peut accepter pour des raisons pratiques qu'il soit parfois exprimé tacitement, notamment à

²² Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, préc. - CE, ass, 5 janv. 2000 préc.

²³ V. n° 17

²⁴ V. ancien article R. 4127-35 C. santé pub. , "

". Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2000, JCP G 2000, II, 10342

²⁵ La nature contractuelle de la responsabilité médicale a été abandonnée, pour les faits postérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, par une décision de la première chambre civile du 14 oct. 2010 : Civ. 1^{re}, 14 oct. 2010, D. 2010, 2682, RTDciv. 2011, 128 obs; P. Jourdain

²⁶ Solution acquise depuis Cass. req., 28 janv. 1942 : D. 1942, jurispr. p. 63

l'occasion d'actes bénins, sous réserve de la preuve de l'existence d'un tel consentement.

Ce consentement du patient à l'acte médical doit en outre être libre, les articles 16 et suivants du Code civil, et l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ayant posé un certain nombre de principes fondamentaux, dont l'objet est d'assurer que l'accord du patient soit exempt de toute pression qui pourrait en altérer l'expression. Ainsi, le consentement à l'acte médical ne peut être accordé en contrepartie d'une quelconque rémunération, du fait du principe de non patrimonialité des actes relatifs au corps humain imposé par l'article 16 al. 3 c. civ. Ce consentement est par ailleurs toujours librement révocable, le patient pouvant retirer son accord à tout moment de façon purement discrétionnaire. Cette libre révocabilité a longtemps été source de débats mais la question est aujourd'hui réglée par l'article L. 1111-4, alinéa 3 du Code de la santé publique qui dispose en effet en termes généraux, que "

13 - Dans le droit commun de l'acte médical, le consentement du patient n'est soumis à aucune forme particulière, un écrit pouvant tout au plus être nécessaire à titre probatoire. Toutefois, dans des cas plus particuliers, le législateur a entouré le consentement du patient de solennités²⁷, ayant pour but d'attirer l'attention de ce dernier sur la gravité de l'acte entrepris, mais aussi d'assurer une pré constitution de la preuve au profit du praticien.

14 - L'exigence préalable du consentement du patient à l'acte médical implique en outre que ce dernier puisse en refuser la réalisation. Une telle solution, déjà retenue par la jurisprudence²⁸, est aujourd'hui expressément imposée par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique selon lequel "

". Ces dispositions ont été complétées par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux malades en fin de vie, qui a aménagé les modalités de ce refus, notamment lorsque son issue peut s'avérer fatale²⁹.

Ce droit au refus, s'il est clairement affirmé par les textes légaux, pose cependant des difficultés réelles dans ses applications concrètes. On peut ainsi, en se limitant au cas du patient non incapable, envisager l'hypothèse où l'acte en jeu s'impose pour une nécessité vitale et où la question se pose de savoir si le médecin qui passerait outre le refus du patient pourrait voir sa responsabilité engagée. Ainsi dans une célèbre affaire jugée par l'Assemblée du Conseil d'État le 26 octobre 2001 où un médecin était passé outre le refus réitéré d'un témoin de Jéhova de subir des transfusions sanguines, dans le but de le sauver, la Haute juridiction administrative avait repoussé toute responsabilité du service public en affirmant que la

²⁷ Certains articles du Code de la santé publique imposent ainsi de recueillir l'accord du patient par écrit. Tel est, par exemple, le cas dans le cadre de l'IVG (C. santé publ., art. L. 2212-5) des recherches bio-médicales (C. santé publ., art. L. 1122-1-1), et de l'assistance médicale à la procréation au sein du couple (C. santé publ., art. L. 2141-10). Dans d'autres cas, une formalité plus lourde est imposée, le consentement des patients devant être exprimé devant une autorité judiciaire (président du tribunal de grande instance ou magistrat délégué) ou un notaire. Ainsi, en est-il notamment dans les hypothèses d'assistance médicale à la procréation faisant intervenir un tiers donneur (C. civ., art. 311-20), de dons d'embryons (C. santé publ., art. L. 2141-5), ou de prélèvement d'organe sur le vivant (C. santé publ., art. L. 1231-1).

²⁸ Cass. 2^e civ., 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 86 ; RTD civ. 1997, p. 674, obs. P. Jourdain.

²⁹ L. n° 2005-370 du 22 avr. 2005 : F. Violla, Les droits des malades en fin de vie, D. 2005, 1797 ; D. Balleuil, Le droit de mourir au nom de la dignité humaine, JCP 2005, I, 142

», et qui peut trouver à s'appliquer dans le domaine médical³³.

18 Le professionnel de santé ayant l'obligation de respecter la volonté du patient, l'absence de recueil du consentement libre et éclairé de ce dernier avant l'acte médical constitue une faute du médecin ou du service public hospitalier, susceptible d'engager leur responsabilité, le cas échéant en complément d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale³⁴. Le malade peut donc fonder une action en indemnisation sur le défaut de consentement, qui obéit le plus généralement aux principes généraux régissant la responsabilité médicale, sous réserve de particularismes intéressant la preuve de la faute (A) et l'identification du préjudice réparable (B).

19 - Le défaut d'information du patient est un grief couramment invoqué dans le contentieux médical, mais sa preuve pose toutefois certaines difficultés tant au regard de la charge de cette preuve (1) que de ses moyens (2)

20 . Le droit français a connu une évolution majeure quant à la charge de la preuve du défaut d'information. Depuis 1951, une jurisprudence constante imposait en effet

santé³⁸, la solution est aujourd'hui définitivement acquise en droit positif.

21. - . - L'existence du consentement du malade étant un fait juridique, sa preuve peut, en application des principes du droit commun, être apportée par tout moyen : preuve par écrit bien entendu, mais également par présomptions, témoignages, ou aveu. La possibilité d'une preuve par présomptions a en effet été très rapidement affirmée par la Cour de cassation à la suite de l'arrêt du 25 février 1997³⁹, et a été consacrée par le législateur par la loi du 4 mars 2002 à l'article L. 1111-2, al. 7 C. santé pub. Contrairement à l'interprétation opérée par le corps médical, la preuve du consentement libre et éclairé ne doit donc pas nécessairement être apportée par écrit, et peut résulter d'une série de présomptions, déduites des circonstances même de réalisation de l'acte médical, et que le juge doit interpréter

22. - . - Même si ce mode n'est pas le seul admissible, la preuve du consentement libre et éclairé du patient par écrit s'est toutefois généralisée, car un tel document permet au médecin de pré constituer la preuve du juste respect de ses obligations. La plus grande prudence doit toutefois être adoptée à l'égard de ce mode de preuve. Il convient tout d'abord de rappeler qu'un tel écrit, qui doit obligatoirement être signé par le patient, ne peut en aucun cas être analysé, ou contenir, une décharge de responsabilité, les clauses limitatives ou exonératoires étant nulles dans le domaine du dommage corporel. Le contenu même de cet écrit doit par ailleurs obéir à des règles précises, permettant au juge d'acquiescer la certitude que le malade a réellement été informé des risques précis de l'intervention pratiquée, les premiers arrêts rendus sur cette question manifestant une position rigoureuse de la Cour de cassation, qu'elle avait d'ailleurs annoncée dans ses rapports annuels⁴⁰.

B - Le préjudice réparable

23. - A l'instar du contenu de l'obligation d'information et de l'exigence du consentement du patient, la question du préjudice réparable a elle aussi fait l'objet d'une évolution dont il n'est pas certain qu'elle ait trouvé son épilogue. Après avoir indemnisé le patient victime d'un défaut d'information sur le fondement du préjudice de perte d'une chance (1), les juridictions indemnisent aujourd'hui plus largement un préjudice moral autonome dont les contours se dessinent progressivement (2).

³⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, V. 1.1.1.1.1.2.2. La preuve et les modalités de l'information. Dans le même sens B. Glorion, « Le consentement et ses aspects déontologiques », n° spécial Gaz. Pal. 1^{er} janv. 1999, p. 5. - Recommandation ANAES, mars 2000 sur l'information du patient. - Plus généralement, B. Hœrni, Médecine et droit : Bull. Ordre méd. nov. 2001, p. 3. - G. Memeteau, « Des médecins qui avaient peur du droit », Gaz. Pal. 8 sept. 2001, p. 3

³⁹ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997; JCP G 1997, II, 22942, rapp. P. Sargos. 4 janv. 2005, n° 02-11339, RCA 2005, comm. n° 99 Ch. Radé, rappelant la possibilité d'une preuve par tous moyens. Dans le même sens : Civ. 1^{re}, 12 juin 2012, n° 11-18928 - V. plus généralement, S. Gromb, L'expert et le consentement à l'acte médical : n° spécial Gaz. Pal. 5 janv. 1999, le consentement aux actes médicaux, p. 16

⁴⁰ Civ. 1^{re}, 6 févr. 2013, n° 12-1742 : caractère insuffisant de la remise d'une note standard sur les risques de l'intervention. V également, Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, V ; 1.1.1.1.1.2.2. La preuve et les modalités de l'information.

1- Le préjudice de perte d'une chance

24. - Conformément aux règles classiques qui assortissent la responsabilité civile, il paraît logique de considérer que, en cas de défaut d'information, le patient qui entend obtenir réparation doit montrer qu'il aurait refusé les soins effectués s'il avait connu les risques qui y sont attachés. De la sorte il établit qu'il n'aurait certainement pas subi le dommage sans la faute commise. La réalité est pourtant plus complexe. Un doute peut en effet exister quant à l'attitude qu'aurait eue la victime correctement informée, doute qui affaiblit sans conteste le lien causal. Coupant court à la difficulté, la Cour de cassation a posé dans un premier temps une présomption de causalité conduisant à considérer que le manque d'information devait être regardé comme la cause exclusive du dommage⁴¹.

25. - Mais plus récemment la Haute juridiction civile a pris le parti de délaissier cette présomption pour raisonner sur le terrain du préjudice, celui de perte de chance. Inaugurée dans un arrêt rendu le 7 février 1990⁴², la solution a été réitérée à de multiples reprises par le juge civil⁴³ puis appliquée par le Conseil d'Etat⁴⁴. Le recours à ce préjudice présente l'intérêt de coller de plus près à la réalité factuelle en ce qu'il permet d'intégrer les doutes pouvant exister quant au choix qu'aurait finalement opéré le patient frustré de son droit à l'information. Celui-ci n'a-t-il pas seulement perdu une chance d'éviter le dommage ? Pour autant et pour séduisante qu'elle soit, cette analyse n'est pas à l'abri de tout grief car elle peut mener jusqu'à l'absence d'indemnisation du patient et donc jusqu'à l'absence de sanction du médecin défaillant.

Personne n'ignore d'abord que le préjudice de la perte de chance ne conduit par hypothèse qu'à une prise en charge partielle du dommage dont souffre la victime. Elle se verra donc privée d'une partie de l'indemnisation des préjudices qu'elle subit au prix d'un raisonnement du juge du fond qui relève parfois du divinatoire. Comment en effet évaluer la chance perdue par le patient de refuser l'opération⁴⁵? A cela il faut ajouter que le plus souvent la tentation existe de considérer que le patient aurait probablement, y compris en pleine connaissance de cause, accepté l'acte de soins effectué. Dès lors, aucune perte de chance ne peut être retenue. Les arrêts qui portent sur la question en offrent d'ailleurs une parfaite illustration en témoignant de ce que l'indemnisation de la victime peut être inexistante⁴⁶. Du côté du juge administratif la situation n'était guère plus reluisante, le Conseil d'Etat affirmant lui aussi que l'absence d'alternative thérapeutique doit conduire à écarter le préjudice de perte de chance⁴⁷.

⁴¹ Pour la décision ayant inauguré cette jurisprudence, v. l'arrêt Teyssier, 28 janvier 1942, *DC*, 1942, J. 63 ; Les grands arrêts du droit de la santé, par C. Esper et P. Sargos, n° 1 ; Cass. 1^{ère} civ., 11 février 1986, *D.* 1987, note J. Penneau ; *JCP* 1987, II, 20775, note A. Dorsner-Dolivet.

⁴² Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1990, *D.* 91, somm. 183, obs. J. Penneau ; *RTD civ.* 1990, 109, obs. P. Jourdain.

⁴³ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 1997, *JCP* 1997, II 22 921, rapp. P. Sargos.

⁴⁴ CE, 5 janvier 2000 ; CE, 2 février 2011, n° 323970

⁴⁵ Pour guider les juges du fond, la Cour de cassation s'est contentée d'affirmer qu'ils doivent prendre en considération « l'état de santé du patient, ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques » : Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2000, *D.* 2000, somm., 471, obs. P. Jourdain.

⁴⁶ Cf en plus des arrêts précités v. Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2000, *D.* 2000, somm., 471, obs. P. Jourdain ; Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2002, *RTD civ.*, 2003, p. 98. Pour une radicalisation de cette position, v. Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, *Bull. civ.* I, n° 380, *D.* 2008, p. 192, note P. Sargos. *D.* 2008, p. 2894, obs. P., Jourdain ; *D.* 2008, p. 804, note L. Neyret, *D.* 2008, p. 1908, note M. Bacache

⁴⁷ CE, 24 juillet 2009, n° 305372.

Face à ce tableau peu favorable aux victimes la question s'est alors posée de savoir s'il n'était pas nécessaire d'emprunter un autre chemin plus respectueux des droits du patient⁴⁸. Cet autre chemin est celui de la mise en place d'un chef de préjudice spécifique en cas de manquement à l'obligation d'information.

2 – Un préjudice moral spécifique

26. - Un auteur a proposé d'indemniser le préjudice moral de la victime non informée au titre d'un préjudice dit « d'impréparation »⁴⁹. Il s'agirait en effet d'indemniser le choc subi par la victime en apprenant qu'un risque ignoré s'est réalisé. La souffrance serait atténuée si le patient avait pu se « préparer » aux aléas inhérents à tel ou tel acte de soins. Cette approche du préjudice permettrait une indemnisation plus systématique des patients privés de l'information qui leur était due.

27. - C'est cependant semble-t-il sur une autre voie que s'est engagée la Cour de cassation qui, dans un arrêt très remarqué, a affirmé que «...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* »⁵⁰. Le revirement de jurisprudence est on ne peut plus net. On est en effet passé d'une obligation souvent dépourvue de sanction à une sanction devenue obligatoire. La Cour de cassation a effectivement créé une sorte de présomption irréfragable de préjudice en rattachant l'exigence d'information à des droits fondamentaux tels que la sauvegarde et la dignité de la personne humaine ainsi que l'intégrité du corps humain⁵¹. Ce rattachement permet à la Haute juridiction de mieux justifier les conséquences qu'elle tire du non-respect de cette obligation⁵². Le préjudice subi par la victime est en effet inhérent au droit violé⁵³, la règle enfreinte étant suffisamment éminente pour que le seul constat du manquement ouvre droit à réparation, y compris d'ailleurs en l'absence de tout dommage corporel⁵⁴. En arrière plan se trouverait la volonté de faire jouer à la responsabilité civile une fonction normative. La solution a été confirmée avec force par la suite⁵⁵ même si la motivation retenue dans une décision récente a pu interroger⁵⁶.

⁴⁸ V. par ex. M. Bacache « Pour une indemnisation au delà de la perte de chance », *D.* 2008, p. 1908.

⁴⁹ D. Penneau, *D.* 1999, P. 50.

⁵⁰ Cass. civ.1^{ère}, 3 juin 2010, *D.* 2010, 1484 obs. I. Gallmeier, 1522, note P. Sargos et 1802, obs. Bert, *D.* 2011, p. 45, obs. O. Gout ; *JCP G.*, 2010, 788, note S. Porchy-Simon, *JCP G*, Chron. Resp. civ., 1015, spéc. n° 3 et 6 ; C. Corgas-Bernard, *RLDCiv.*, octobre 2010, p. ; *RD sanit. soc.* 2010, p. 375, obs. F. Arhaab-Girardin ; *LPA*, 17-18 août 2010, note R. Milawski

⁵¹ La Cour de cassation s'est en effet appuyée sur les articles 16 et 16-3 du Code civil dans l'arrêt précité du 3 juin 2010.

⁵² En ce sens S. Porchy-Simon, précitée.

⁵³ M. Bacache, Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? *D.* 2008, p. 1908 ; V. égal. S. Porchy-Simon, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, *D.* 1998, chron. p. 379

⁵⁴ V. sur la question, M. Bacache, L'information médicale est-elle encore perfectible ? in La loi Kouchner entre

28.- La jurisprudence du juge administratif a elle aussi évolué. Il a en effet été jugé en 2012 qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le défaut d'information « ... du patient des risques courus ouvre à l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles »⁵⁷. On ne saurait être plus clair sur les conditions qui doivent être réunies pour se prévaloir de ce préjudice. Se trouve donc consacré par le Conseil d'Etat le préjudice d'impréparation. En revanche il est possible de s'interroger sur la coexistence devant la juridiction administrative du préjudice de perte d'une chance et de celui « d'impréparation ». A vrai dire, il y aura lieu d'indemniser le préjudice de perte d'une chance chaque fois que le défaut d'information aura privé le patient d'une chance de se soustraire au risque lié à l'intervention en refusant qu'elle soit pratiquée. Mais lorsque l'intervention est impérieusement requise, de sorte que le patient ne dispose d'aucune possibilité raisonnable de refus, il n'est guère envisageable de se prévaloir d'un quelconque préjudice sur ce terrain. C'est alors le préjudice d'impréparation qui prend le relais. Le modèle proposé est, on le voit, quelque peu différent de celui qui existe aujourd'hui devant le juge judiciaire. Mais il y a aujourd'hui consensus sur le caractère automatique de l'indemnisation des patients non informés en cas de dommage corporel. Désormais et quelque soit le juge qui statue, le droit à l'information pour les patients n'est plus virtuel.

29. - Il reste à s'interroger sur l'indemnisation de ce préjudice moral spécifique. On peut redouter d'importantes disparités entre les juges du fond puisqu'il n'est pas évident d'identifier des critères pertinents à partir desquels statuer, si ce n'est la gravité du dommage corporel dont souffre la victime ainsi que son âge. On sait qu'une juridiction du fond, statuant sur renvoi après l'arrêt du 3 juin 2010 précité, a condamné un médecin ayant manqué à son obligation d'information à 15000 euros de dommages et intérêts à une victime de 58 ans⁵⁸. Difficile de dire si cela paraît suffisant ou insuffisant. Et *quid* de l'hypothèse où un patient revendiquera une indemnisation pour défaut d'information alors qu'il n'a souffert d'aucun dommage corporel ? Si devant le juge judiciaire cette action en indemnisation peut potentiellement prospérer⁵⁹, on peut douter qu'un patient l'intente un jour. Et si tel était le cas, l'indemnisation obtenue pourrait ne pas couvrir les frais de procédure.

comme un droit personnel détaché des atteintes corporels, accessoire au droit à l'intégrité physique, on s'accorde à considérer que l'arrêt précité ne modifie pas la solution de principe qui régit désormais la matière

⁵⁷ CE, 10 oct. 2012, n° 350046, *JCP G*. 2012, 1252, note F. Violla, *D.* 2013, p. 42, obs. O. Gout.

⁵⁸ Toulouse, 18 juin 2012, n° 11/00082, *Resp. civ. et ass.* 2012, comm. 247, note S. Hoquet-Berg. V. pour d'autres illustrations, F. Alt-Maes, La réparation du défaut d'information médicale : métamorphose et effets pervers, *JCP G* 2013, 547, spec. n° 27.

⁵⁹ A vrai dire, tout dépend de l'interprétation que l'on donne à l'arrêt du 12 juillet 2012 précité.
