

Oliver Berg
Docteur en droit (Strasbourg) – Doctor iuris (Freiburg i. Br.)
Chargé de cours à l'Université de Lorraine
Avocat au barreau de Paris

Les obligations d'information du médecin en droit allemand

La jurisprudence allemande a dégagé au courant du siècle dernier plusieurs obligations contractuelles d'information à la charge du médecin¹, obligeant celui-ci à donner au patient les renseignements qui le mettent en mesure de consentir librement et en pleine connaissance de cause au traitement envisagé (nommée *Selbstbestimmungsaufklärung*) ainsi que les informations thérapeutiques nécessaires au succès de ce dernier (*Sicherheitsaufklärung*)².

Or, le législateur a réformé la matière par une loi du 20 février 2013, « destinée à améliorer les droits des patientes et des patients » (*Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*)³. Le premier apport de cette loi a consisté à allonger la liste des contrats nommés de droit allemand, en consacrant le « contrat de soins médicaux » (*Behandlungsvertrag*)⁴. Ce dernier tient depuis lors sa place dans le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), aux paragraphes 630a et suivants.

Le second apport de la loi est relatif à la classification des devoirs d'information. Le droit allemand connaît désormais des « obligations d'information » (*Informationspflichten*, § 630 c), qui sont des obligations accessoires classiques, et des « obligations de renseignement » (*Auskunftspflichten*, § 630 e), destinées à éclairer le consentement du patient avant toute intervention. Il en résulte que la plupart des informations à transmettre figurent dans la loi à ces deux titres, et font ainsi doublon, ce qui, selon certains, « n'est pas très heureux »⁵. La distinction importe toutefois peu en termes de responsabilité, l'ensemble des devoirs étant sanctionnés par la responsabilité contractuelle de droit commun (§ 280 alinéa 1^{er} BGB).

¹ V. G. Bachmann, G. Roth, *Münchener BGB-Kommentar*, 6^{ème} éd., 2012, § 241, no. 197. Cela n'exclut pas les recours en responsabilité civile délictuelle, v. F. Hassner, « Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung Selbstbestimmungsaufklärung und zivilrechtliche Haftung – Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtgesetzes », *VersR* 2013, p. 23, ainsi que la jurisprudence citée. Le droit allemand ne connaît pas le principe du non-cumul des responsabilités.

² V. G. Bachmann, G. Roth, *op. cit.*, no. 198 et ss. ; F. Hassner, *op. cit.*, p. 23.

³ BGBI I, 282; la loi est entrée en vigueur le 26 février 2013.

⁴ V. A. Spickhoff, « Patientenrechte Patientenpflichten – die medizinische Behandlung als kodifizierten Vertragstypus », *VersR* 2013, p. 267.

⁵ V. A. Spickhoff, préc., p. 273; dans le même sens, C. Katzenmeier, « Der Behandlungsvertrag – neuer Vertragstypus im BGB », *NJW* 2013, p. 818.

Sur le fond, le législateur a voulu se situer « pour l'essentiel dans la continuité de la jurisprudence »⁶. En réalité, l'état du droit est actuellement incertain sur plusieurs points, car non seulement le législateur s'est parfois écarté de la jurisprudence pour renforcer les droits des patients⁷, mais il a encore substitué à des normes prétoriennes précises et denses, des dispositions vagues et incomplètes⁸, sous forme de clauses générales, ce qui explique, entre autres, l'accueil peu enthousiaste du texte en doctrine⁹. Cela vaut pour les dispositions relatives au contenu de l'information (I) autant que pour celles consacrées à leur transmission (II).

I. Le contenu de l'information

Le législateur a adopté une obligation générale d'information visant les circonstances essentielles de l'intervention (A), ainsi que des obligations portant sur des informations plus spécifiques (B).

A) L'obligation générale d'information

Le législateur a posé une obligation générale d'information, en précisant que le médecin doit informer le patient de « l'ensemble des circonstances essentielles » de l'intervention ou encore de « l'ensemble des circonstances nécessaires à son consentement ». Ainsi, aux termes du § 630 c (2),

« Le médecin est obligé d'informer le patient de façon compréhensible, au début du traitement et dans la mesure du nécessaire, de l'ensemble des circonstances essentielles de l'intervention, notamment du diagnostic, des évolutions de santé prévisibles, de la thérapie et des mesures à prendre pendant et après le traitement... »

La même obligation générale ressort du § 630 e :

« Le médecin est obligé d'informer le patient de l'ensemble des circonstances nécessaires au consentement. Cela concerne notamment la nature, l'étendue et le déroulement des mesures, les conséquences prévisibles ainsi que les risques, leur nécessité, l'urgence, leur pertinence et les chances de succès au regard du diagnostic ou de la thérapie. »

Si la loi reprend l'ensemble des informations déjà visées par la jurisprudence – le diagnostic,

⁶ Travaux préparatoires, BT-Drucks 17/10488, p. 21.

⁷ V. A. Spickhoff, préc., p. 273.

⁸ C. Katzenmeier, préc., p. 820

⁹ V. notamment, A. Spickhoff, préc., p. 273; C. Katzenmeier, préc., p. 820.

la nature, l'étendue ou le déroulement de l'intervention, les chances de succès,¹⁰ les risques, etc. –, elle ne les cite qu'à titre d'exemples, rompant avec le droit prétorien qui n'avait pas formulé de clause générale¹¹.

Aussi, la loi ignore des distinctions qui importaient aux juges. En témoigne notamment l'information sur les risques. Selon la jurisprudence, le devoir d'information ne portait que sur les « *risques spécifiques* de l'intervention dont la réalisation porterait une atteinte grave aux conditions de vie du patient »¹². En revanche, sauf exception¹³, le médecin n'était pas tenu d'aborder les « *risques communs* » de toute intervention (*allgemeine Schadensrisiken*), tel le risque de complications, d'infection nosocomiale ou d'hernie post opératoire¹⁴. Or, cette conception pourrait être jugée trop restrictive au regard du nouveau texte, qui vise très généralement « les risques », sans plus de précision, sauf à considérer que seuls les risques spécifiques constituent des circonstances « essentielles » ou « nécessaires au consentement ».

Le législateur semble, en revanche, être en harmonie avec la jurisprudence concernant le rôle des statistiques. En doctrine, les partisans du modèle dit des « renseignements par paliers » (*Stufenaufklärung*)¹⁵ souhaitent limiter l'information aux risques statistiquement importants¹⁶, et ne donner de renseignements complémentaires qu'en cas de demande expresse du patient. Ils pensent que trop d'information nuit à la capacité de ce dernier à arbitrer librement, tout en cherchant à contrer les recours systématiques au devoir d'information comme moyen de contourner la difficulté à prouver une faute médicale¹⁷. Or, la jurisprudence s'est toujours refusée à suivre cette doctrine¹⁸. Elle a jugé que « pour savoir s'il existe une obligation d'information à la charge du médecin, la probabilité chiffrée du risque importe peu, les statistiques notamment n'entrent pas en ligne de compte »¹⁹. Elle en a déduit que le médecin devait aussi informer le patient des risques à faible ou très faible probabilité de réalisation, ce qui semble être en cohérence avec l'esprit de la nouvelle loi.

Il est plus difficile de savoir dans quelle mesure le législateur a entendu suivre la jurisprudence en ce qui concerne l'appréciation des devoirs d'information. Selon les juges, l'appréciation devait avoir lieu *in concreto*, en se plaçant du point de vue du patient. Les

¹⁰ Obligation d'indiquer la probabilité et préciser si l'intervention apporte une amélioration durable ou seulement passagère, v. OLG Hamm *VersR* 1990, 855.

¹¹ V. A. Spickhoff, préc., p. 272.

¹² BGH *NJW* 2007, 2777 ; *VersR* 2007, 999, Italice ajouté à l'original ; jurisprudence constante, v. par exemple, BGH *NJW* 2000, 1784; BGH *NJW* 2006, 2108; BGH *NJW* 1972, 335; BGH *NJW* 1990, 1528. Un risque spécifique est par définition admis en cas de doute scientifique, même récent et non confirmé (BGH *NJW* 2000, 1784); également en cas de recours à une méthode alternative ou novatrice. V. à ce sujet, G. Wagner, *Münchener BGB-Kommentar*, 5^{ème} éd., 2009, § 823, no. 783.

¹³ La jurisprudence a modulé l'exigence en fonction du bilan risques-bénéfices: obligation d'information renforcée à défaut de bénéfice thérapeutique, par exemple, en cas d'intervention purement esthétique (v. *NJW* 2006, 2108; *NJW* 1972, 335) ou altruiste (don d'organes, don de sang, v. BGH *NJW* 2006, 2108). Inversement, obligation atténuée pour un bilan purement positif, admettant une simple information standardisée (vaccinations, v. *NJW* 2000, 1784 ; *JZ* 2000, 898). V. également, F. Hassner, *op. cit.*, p. 25 et s.

¹⁴ BGH *NJW* 2007, 2777 ; *VersR* 2007, 999 ; BGH *NJW* 1984, 1397; BGH *NJW* 1996, 777. V. aussi, à ce sujet, G. Wagner, préc., no. 777.

¹⁵ V. G. Wagner, préc., no. 771.

¹⁶ V. en ce sens, G. Wagner, préc., no. 774.

¹⁷ V. G. Wagner, préc., no. 771.

¹⁸ V. G. Wagner, préc., no. 774.

¹⁹ BGHZ 144, 1, 5 ; BGH *NJW* 2000, 1784.

informations données devaient être adaptées aux connaissances du patient²⁰, ce qui englobait, le cas échéant, dans un sens défavorable à ce dernier, l'hypothèse dans laquelle des informations ont déjà été données par un autre médecin, ainsi qu'un niveau de connaissances médicales ou scientifiques élevé²¹, ce qui est souvent le cas des malades chroniques.

Le législateur ne se prononce pas expressément sur cette question. Il oblige certes le médecin à informer le patient de façon « *compréhensible* » (§ 630c alinéa 2) et prévoit, par principe, d'informer l'incapable, dans la mesure du possible, « *en tenant compte de sa capacité de compréhension* » (§ 630 e alinéa 5). Or, ces dispositions semblent plutôt concerner la forme de l'information que son contenu. Ainsi, bien qu'il semble conforme à la nature des choses que le contenu à transmettre fasse l'objet d'une appréciation *in concreto*, la loi ne se prononce pas clairement en ce sens. Toutefois, elle ne prévoit pas seulement une obligation générale, mais encore des devoirs spécifiques.

B) Les obligations spéciales d'information

La loi prévoit des obligations d'information précises, s'imposant dans ces cas particuliers. Le médecin doit ainsi, le cas échéant, renseigner le patient sur des traitements alternatifs (1), le coût de l'intervention (2) ou les faits laissant supposer une faute de soins (3).

1) Les traitements alternatifs

Selon le principe de la liberté des choix thérapeutiques (*Grundsatz der Therapiewahlfreiheit*), il appartient au médecin de préconiser le traitement qu'il juge le mieux adapté à la pathologie. La jurisprudence en a déduit que le médecin n'est en principe pas tenu de renseigner le patient sur l'ensemble des traitements envisageables²².

Toutefois, la jurisprudence affirmait qu'il devait en être autrement en cas d'équivalence de plusieurs méthodes, à condition que les alternatives présentent des bilans risques-bénéfices significativement divergents²³. En pratique, cela concernait souvent l'option entre un traitement non invasif, peu risqué mais aux bienfaits limités, et une opération chirurgicale, comportant des risques plus élevés mais offrant des résultats plus prometteurs²⁴.

La loi a consacré cette jurisprudence. Selon § 630 e, alinéa 1^{er},

²⁰ BGH NJW 1984, 1807; OLG Bamberg, *VersR* 2002, 323.

²¹ V. BGH NJW 1976, 363 ; F. Hassner, *op. cit.*, p. 27.

²² BGHZ NJW 1988, 763 ; F. Hassner, *op. cit.*, p. 26.

²³ BGH NJW 1989, 1533.

²⁴ Pour un médecin favorable à un traitement conservateur qui a manqué de mentionner la possibilité d'une opération, v. BGH NJW 2005, 1718 ; *VersR* 2005, 836; il convient aussi d'informer sur la possibilité d'attente ou d'abstention, v. BGH NJW 1992, 2354.

« Le médecin intervenant (...) doit encore informer le patient de l'existence de traitements alternatifs, s'il existe plusieurs traitements courants et indiqués qui divergent significativement s'agissant des effets préjudiciables, des risques ou des chances de succès. »

2) Le coût de l'intervention

La jurisprudence a dégagé une obligation d'information relative au coût de l'intervention lorsque la prise en charge par les caisses de sécurité sociale n'est pas entièrement assurée²⁵. Elle a ainsi sanctionné des médecins qui savaient, ou qui auraient dû savoir, que le traitement ne serait que partiellement pris en charge, sans en informer le patient²⁶. A ce titre, la doctrine a précisé que si le médecin doit en principe connaître la couverture assurée par les systèmes publics, il en va autrement s'agissant des assurances complémentaires²⁷.

La loi va dans le même sens, en ajoutant simplement que l'information doit être donnée sous « forme textuelle ». Ainsi, selon le § 630 c (3) :

« Si le médecin intervenant sait que le remboursement intégral par un tiers n'est pas assuré, ou s'il existe suffisamment d'indices en ce sens, il doit informer le patient du coût prévisible de l'intervention sous forme textuelle. »

3) Les faits laissant supposer une faute thérapeutique

Particulièrement délicate est la question de savoir si le médecin doit informer le patient d'une faute thérapeutique que lui-même, ou un autre médecin, aurait commise²⁸. Tout en suivant, semble-t-il, les réserves de la doctrine²⁹, le législateur a donné une réponse nuancée. Selon le § 630 c (2),

« Si le médecin intervenant constate des faits qui laissent supposer une faute thérapeutique, il est tenu d'informer le patient de ces faits à la demande de ce dernier ou pour prévenir un risque pour sa santé. »

La loi consacre ainsi une obligation d'information visant les seuls « faits » laissant supposer une faute, sans obliger le médecin à apprécier l'intervention en cause, autrement dit, sans obligation de se prononcer sur son caractère fautif³⁰. Le médecin est ainsi tenu d'une obligation d'information générale au sujet des « circonstances essentielles » pour le patient et

²⁵ V. BGH *VersR* 2005, 120; BGH *NJW* 1983, 2630. V. à ce sujet, G. Wagner, préc., no. 770

²⁶ V. C. Katzenmeier, préc., p. 819, ainsi que les jurisprudences citées, ouvrant droit à réparation à hauteur du surcoût qui se compense avec le prix de l'intervention.

²⁷ V. en ce sens, C. Katzenmeier, préc., p. 819.

²⁸ V. à ce sujet, G. Wagner, préc., no. 785.

²⁹ C. Katzenmeier, préc., p. 819.

³⁰ Expressément en ce sens, les travaux préparatoires *BT-Drucks* 17/11710, 38.

doit, le cas échéant, le renseigner sur des traitements alternatifs, le coût de l'intervention ou les faits qui laissent supposer une faute thérapeutique. Mais la loi se prononce aussi sur la transmission de ces informations.

II. La transmission de l'information

La loi traite de la forme de la transmission (A), comme des hypothèses dans lesquelles le médecin est dispensé de transmettre l'information (B).

A) La forme de la transmission

La transmission de l'information obéit aux exigences du § 630 e, alinéa 2. Selon cette disposition, l'information doit être

- « 1. donnée oralement, par le médecin intervenant ou une personne ayant la formation exigée pour procéder à l'intervention en cause ; à titre complémentaire, il est possible d'avoir recours à des informations remises au patient sous forme textuelle ;*
- 2. donnée suffisamment tôt, pour permettre au patient de prendre sa décision après y avoir réfléchi mûrement » ;*
- 3. compréhensible pour le patient. »*

Le législateur a ainsi largement consacré le droit prétorien. La jurisprudence avait exigé que la transmission ait lieu à l'occasion « d'un entretien confidentiel entre le médecin et le patient »³¹, tout en admettant déjà que le médecin puisse se faire substituer par du personnel qualifié. C'est en effet seulement dans le cadre d'un entretien que le médecin peut vérifier que le patient a compris les informations et répondre à ses éventuelles questions³². Les juges reconnaissaient toutefois, par exception, qu'en présence d'une intervention à très faibles risques, telle une vaccination, un écrit pouvait suffire³³, ce que la loi ne semble plus admettre.

Le législateur s'est encore inspiré de la jurisprudence s'agissant du moment de la transmission. Soucieux de protéger la liberté du consentement, les juges avaient déjà posé l'exigence d'un délai minimal, tout en estimant qu'il devait être variable en fonction de la gravité des risques³⁴. Face à des interventions ambulantes et de routine, il a été jugé suffisant de donner les informations le jour même, voire juste avant l'intervention. En revanche, dans les cas où le patient devait subir une opération chirurgicale, les juges ont sanctionné des

³¹ BGH NJW 2000, 1784.

³² V. G. Wagner, préc., no. 798.

³³ BGH NJW 2000, 1784.

³⁴ BGH NJW 2000, 1787.

médecins qui n'avaient rempli leurs devoirs qu'à la veille de l'intervention³⁵, quelques heures avant, devant la porte de la salle d'opérations ou après l'administration du produit anesthésiant³⁶.

Enfin, s'agissant du choix des termes utilisés par le médecin, il était déjà acquis avant l'adoption de la loi qu'il devait mettre le patient en mesure de comprendre les informations, ce qui ne suppose pas l'emploi de la terminologie médicale exacte, qui importe peu³⁷, mais l'usage du langage commun. La loi reprend cette exigence en précisant que l'information doit être « compréhensible pour le patient ». Elle ne se borne toutefois pas à régir la forme du message, mais encore le défaut de transmission de l'information.

B) Le défaut de transmission

La jurisprudence a dû déterminer si, parfois, le médecin est en droit de ne pas transmettre une information.

Sa position était nuancée. D'une part, elle sanctionnait par principe la rétention d'une information motivée par la seule volonté d'épargner au patient un choc ou, plus généralement, des souffrances psychologiques³⁸, prenant le contrepied d'une partie importante de la doctrine³⁹. D'autre part, elle admettait qu'un médecin retienne une information pour protéger la vie ou la santé du patient⁴⁰. Aussi, si le patient préférerait rester dans l'ignorance, le médecin pouvait toujours se prévaloir d'une renonciation du droit à être informé⁴¹.

De plus, la jurisprudence admettait que la responsabilité du médecin pouvait être écartée en raison d'un « accord supposé » du patient en cause (*hypothetische Zustimmung*)⁴². Tout en se fondant sur une appréciation *in concreto*, elle pouvait ainsi juger que, même s'il avait connu les risques, le patient aurait consenti à l'intervention, notamment parce qu'il ne disposait pas d'alternative sérieusement envisageable, en raison de la prééminence des bénéfices⁴³, voire au regard de sa profession⁴⁴, sachant que la preuve incombait au médecin.

³⁵ BGH NJW 1998, 2734 (pour un médecin qui avait informé le patient la veille de l'opération que sa tumeur cérébrale ne serait pas enlevée à travers le nez, mais par une ouverture du crâne, risquant d'entraîner l'aveuglement immédiat d'un œil).

³⁶ BGH NJW 2000, 1784, 1787.

³⁷ BGH NJW 2000, 1784.

³⁸ RG, RGZ 163, 129, 137 (pour un médecin qui avait caché à sa patiente que l'objet de l'intervention chirurgicale était en réalité une amputation des seins, afin de lui épargner le choc).

³⁹ Certains veulent écarter le devoir d'information dès qu'il existe un risque de souffrance psychologique grave. En ce sens par exemple, Deutsch, NJW 1980, 1305. D'autres préconisent de distinguer le simple diagnostic – avec une obligation d'information atténuée, notamment s'il n'y a plus d'espoir –, des éclaircissements portant sur une mesure thérapeutique, qui nécessiterait de toute façon un consentement éclairé. En ce sens, G. Wagner, préc., no. 792.

⁴⁰ BGH NJW 1959, 811, 814; BGH NJW 1984, 1397.

⁴¹ BGH NJW 1973, 556.

⁴² V. G. Wagner, préc., no. 825 ; F. Hassner, *op. cit.*, p. 33.

⁴³ Pour un patient qui aurait, selon les juges, consenti à des douleurs post-opératoires passagères, alors que l'intervention permettait de remédier à une pathologie permanente, v. OLG Naumburg, GesR 2011, 560, cité d'après F. Hassner, *op. cit.*, p. 33, note 191)

⁴⁴ Pour une éducatrice en arts plastiques procédant à une opération par laser pour améliorer sa vue, v. OLG München 17 novembre 2011, 1 U 4499/07, cité d'après F. Hassner, *op. cit.*, p. 33, note 189. L'accord hypothétique est toutefois dans l'ensemble très rarement admis.

La loi répond aux difficultés soulevées par deux dispositions qui semblent, sur l'ensemble des questions, largement consacrer la jurisprudence. Le § 630 c, alinéa 4 précise ainsi que,

*« l'information du patient n'est pas exigée, si elle n'est, exceptionnellement et en raison des circonstances particulières, pas indispensable, notamment si le traitement ne peut pas être reporté ou si le patient a expressément renoncé à l'information. »*⁴⁵

La seconde disposition est relative à la preuve. Selon le § 630 h alinéa 2nd,

« Le médecin intervenant doit prouver qu'il a obtenu l'accord du patient conformément au § 630d et qu'il a satisfait à son obligation d'information selon le § 630e. S'il n'y a pas satisfait, le médecin intervenant peut faire valoir que le patient aurait, même en connaissance de cause, donné son accord au traitement en question. »

* * *

⁴⁵ La formule est reprise quasiment à l'identique par le § 630 e, alinéa 3, pour les « obligations de renseignement ».