

La responsabilité médicale en droit anglais

Simon Taylor, Université Paris Diderot

Introduction

En Angleterre, la grande majorité des soins sont assurés par le *National Health Service* même si le rôle du secteur privé progresse aujourd'hui. Selon les statistiques publiées par *The Office of National Statistics*, en 2010 £120 milliards ont été dépensés sur la santé dans le secteur de santé public, par rapport à £24,2 milliards pour le secteur privé¹.

Il n'existe pas de régime administratif d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Angleterre. Il y a environ 6.000 actions par an en responsabilité civile contre le *National Health Service* pour préjudice corporel.² Le coût des actions en responsabilité médicale est élevé, et continue à augmenter. La *NHS Litigation Authority* (l'autorité publique représentant le NHS dans tout contentieux) déclare avoir payé 1,5 milliards d'euros en dommages-intérêts et frais de justice pour l'année 2011-12.

Suite à de nombreux appels à une réforme en profondeur du droit de la responsabilité médicale dans les années 2000, le législateur a adopté, en 2006 une loi portant sur la prise en charge administrative de certains accidents médicaux. La *NHS Redress Act* crée un cadre pour l'introduction par décret d'un régime administratif de règlement à l'amiable d'accidents médicaux causés par faute³. Pour obtenir une indemnisation le demandeur devrait établir la faute du professionnel ou du service de santé et le lien causal entre cette faute et son préjudice. L'indemnisation serait plafonnée à £20.000 et les règles ne bénéficieraient qu'aux patients du service public de santé. A présent, aucun régime n'a été introduit en Angleterre en application de la loi. Un régime issu de la loi est opérationnel depuis 2011 au Pays de Galle, mais il est trop tôt pour évaluer son fonctionnement. Le régime proposé a été critiqué par certains commentateurs du fait de son manque d'ambition et de son intérêt limité pour les

¹ Chiffres pour le Royaume-Uni.

² Selon les statistiques publiées par la *NHS litigation authority*, <http://www.nhs.uk/CurrentActivity/Pages/FOIFactSheets.aspx>. En 2011-12 il a eu 9.143 réclamations contre le NHS (actions et actions potentielles).

³ Le système envisagé met la priorité sur l'amélioration de la qualité des soins plutôt que sur l'indemnisation du dommage. Un régime issu de la loi devrait prévoir « des enquêtes sur les causes d'accidents, des traitements pour la victime, des soins pour assurer sa réhabilitation lorsque cela est nécessaire, des explications sur les causes de l'accident et des excuses, et une indemnisation financière [seulement] dans certaines circonstances ».

victimes. Il est peu probable qu'une procédure de règlement amiable issue de la loi soit adoptée en Angleterre dans un avenir proche. Le risque de l'augmentation du coût de l'indemnisation pour la NHS qui pourrait éventuellement être engendrée par ce type de procédure expliquerait visiblement le manque d'enthousiasme du gouvernement britannique dans le contexte économique actuel.

D'autres réformes législatives en Angleterre se limitent à des modifications procédurales. A la fin des années 90, des procédures civiles spécifiques ont été établies pour des demandes relatives à la responsabilité médicale visant à encourager le règlement rapide des disputes, à améliorer les relations médecin/patient en diminuant le recours au contentieux, et à réduire le coût des demandes⁴. Un rapport a toutefois conclu que ces procédures n'ont pas augmenté de manière significative le règlement amiable des litiges, et qu'elles contribuent même à l'accroissement des coûts⁵.

Aujourd'hui, l'effort du gouvernement se centre sur la réduction des coûts du contentieux en responsabilité médicale plutôt que sur la facilitation de l'indemnisation des victimes. Une loi récente retire l'aide juridique pour la majorité des demandes en responsabilité médicale⁶. La majorité des demandes seront désormais financées par le biais d'accords entre le demandeur et son avocat sur les honoraires : le demandeur ne sera pas redevable des honoraires de son avocat lorsqu'il perd son action, mais s'il gagne, son avocat touchera un pourcentage des dommages-intérêts alloués (*damages based agreements*) ou des honoraires majorés (*conditional fee arrangements*).

Les conditions de la responsabilité médicale

Lorsque nous comparons le droit anglais de la responsabilité médicale avec le droit français nous remarquons que le droit anglais est souvent moins favorable à la victime. On relève ainsi l'absence d'indemnisation de l'aléa thérapeutique, on ne trouve aucune exception à la responsabilité pour faute pour les infections nosocomiales et pour les produits de santé (sauf dans le cadre du régime issu de la directive 1985 sur les produits défectueux), et on constate une moindre adaptation des règles de la causalité destinée à faciliter l'établissement

⁴ *The pre-action protocol of the resolution of clinical disputes.*

⁵ Department of Constitutional Affairs, *Civil justice reform evaluation: further findings. A continuing evaluation of civil justice reforms* (2002); J Peysner, M. Severatne *The management of civil cases: the court and the post-Woolf landscape* (2005) Department of Constitutional Affairs;

⁶ *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012.*

du lien causal. C'est le NHS lui-même qui doit puiser dans son budget annuel lorsqu'il s'agit de défendre une action contre les services publics de santé. La charge financière de la responsabilité civile a une conséquence directe sur les sommes disponibles pour le traitement des patients. Les juges sont très conscients de ce lien, et cela influence le développement du droit de la responsabilité médicale.

Cependant, on constate malgré tout en droit anglais ces quinze dernières années une certaine évolution de règles de responsabilité médicale favorable à la victime d'un accident. Ce phénomène se caractérise par une modification de certaines règles concernant l'obligation de soins et la causalité qui facilite l'indemnisation de la victime. Il s'expliquerait en partie par une plus grande reconnaissance des droits des patients, et par un changement dans l'attitude des juges qui sont aujourd'hui peut-être moins déférents vis-à-vis du corps médical.

Je me bornerai à examiner trois thèmes : l'obligation de soins, la causalité et l'obligation d'information.

1. L'obligation de soins

Le droit anglais de la responsabilité médicale est presque entièrement d'origine jurisprudentielle (*case law*).

Lorsqu'un patient subit un préjudice corporel suite à un accident médical dans un hôpital public, une action civile contre le NHS et/ou le médecin relèvera de la responsabilité délictuelle (*tort of negligence*). La responsabilité individuelle du médecin pourra être engagée, et dans le cas de faute individuelle, le NHS sera également responsable en tant que commettant pour son salarié. La responsabilité directe du NHS pourra être engagée en cas de faute d'organisation du service.

Un médecin généraliste sera responsable individuellement pour faute.

Dans le secteur privé, le patient pourra engager la responsabilité contractuelle du prestataire de l'acte médical. En matière contractuelle le médecin est soumis à une obligation de moyens, quasiment identique à l'obligation délictuelle. La responsabilité d'une clinique privée sera engagée pour la faute de ses salariés. Des changements importants de structure du NHS ont été introduits par la *Health and Social Care Act 2012*, et mis en application en avril 2013. Les modifications apportées pourront avoir pour conséquence une plus grande sous-traitance des services médicaux vers les prestataires privés. Lorsque le NHS sous-traite ses

services ainsi, la responsabilité du NHS ne devrait être engagée que lorsqu'il a commis une faute dans la sélection du prestataire. Dans ces cas, la responsabilité du prestataire vis-à-vis du patient relèvera du régime délictuel. La législation rend possible depuis avril 2013 pour les sous-traitants de souscrire au régime d'assurance responsabilité du NHS géré par la *NHS Litigation Authority*. Les changements de structure ne devraient pas avoir d'impact significatif sur les règles portant sur la responsabilité médicale que nous aborderons ici.

En droit anglais, la responsabilité du médecin envers son patient est soumise à l'existence d'un devoir de diligence (*duty of care*). Dans la vaste majorité des cas, la question de l'existence du devoir ne donnera pas lieu à discussion puisque le médecin sera toujours redevable d'un devoir de diligence envers son patient. Toutefois, lorsqu'une personne tombe malade dans un lieu public, un médecin de passage ne sera pas redevable du devoir de le soigner. Cependant, une fois cette responsabilité endossée en consentant de traiter le malade, sa responsabilité délictuelle sera engagée en cas de faute.

Pour engager la responsabilité du médecin, le patient devra apporter la preuve de la faute de ce dernier. La faute du professionnel ou de l'établissement fera l'objet d'une appréciation *in abstracto*. La faute sera établie lorsque le patient démontre que le professionnel n'a pas atteint le niveau de diligence du médecin ordinairement avisé. Le médecin n'est pas obligé d'avoir le niveau d'expertise le plus élevé. Il suffit qu'il exerce le niveau de compétence habituel d'un homme compétent qui exerce cette spécialité⁷, eu égard aux circonstances de l'intervention⁸.

Le fait que le médecin ait agi conformément à une pratique jugée adéquate par un corps médical compétent constituera une indication forte de l'absence de faute⁹. La preuve apportée par l'expert pour la défense de l'existence d'un élément compétent et raisonnable du corps médical prêt à appuyer la pratique du défendeur suffira dans la majorité des cas pour écarter la qualification de faute. Il ne sera pas nécessaire pour la défense d'établir que sa pratique est approuvée par la majorité de la profession : ainsi, dans *De Freitas v O'Brien*¹⁰, la Cour d'appel a décidé en l'espèce qu'un groupe de onze spécialistes en chirurgie du rachis sur plus de mille spécialistes de la discipline au niveau national constituait un corps médical compétent. Dans les systèmes juridiques de *common law*, où les parties nomment leurs

⁷ *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582; *Mackenzie v Chelsea & Westminster Hospital NHS Foundation Trust*, 21 déc 2012, QB; *Reeve v Heart of England NHS trust* [2011] EWHC 2320.

⁸ *Wilsher v Essex Area Health Authority* [1987] QB 730.

⁹ *Bolam v Friern Hospital Management Committee*, *supra*.

¹⁰ [1995] PIQR, 281.

propres experts, cette approche est très favorable à la défense. Dans les années 70 et 80, les juges ont ainsi refusé pratiquement sans exception de mettre en question la logique des pratiques médicales présentées par la défense. Le corps médical est ainsi devenu le seul juge de sa propre profession, et, dans la pratique, il suffisait à la défense pour gagner de trouver un expert prêt à faire un rapport favorable.

Toutefois, aujourd'hui, on constate une évolution à la faveur des victimes dans l'approche des juges en matière d'évaluation des pratiques médicales. Le respect des pratiques reconnues comme « normales » par la profession ne constitue pas une preuve absolue d'absence de faute¹¹. Il appartiendra en dernier lieu aux juges de décider ce qui constitue une pratique raisonnable et logique. Le juge peut ainsi estimer que la pratique elle-même est fautive. Le juge recouvre ainsi le pouvoir de contester l'opinion médicale. Bien entendu, il restera difficile pour les magistrats de tirer cette conclusion, et ils la feront rarement. Toutefois, une étude récente de la jurisprudence depuis *Bolitho* recense quelques exemples de décisions où le juge a rejeté comme illogiques les conclusions de l'expert de la défense¹². Il reste cependant une asymétrie entre la tâche du demandeur par rapport à celle de la défense. La défense, à travers son expert, doit seulement persuader le tribunal de la logique de ses conclusions. Elle n'a pas la charge de convaincre le juge que les conclusions de l'expert du demandeur ne sont pas logiques¹³.

Tout comme la conformité avec des pratiques « normales » sera une preuve persuasive de l'absence de faute mais ne sera pas toujours conclusive, l'utilisation de pratiques qui s'éloignent des pratiques reconnues peut indiquer l'existence d'une faute, mais ne sera pas conclusive de celle-ci¹⁴. Une autre approche par les juges constituerait un obstacle à l'innovation. Le médecin ne devra pas faire courir au patient un risque excessif : son choix de technique ou de traitement doit donc être justifié selon une analyse risque/ bénéfice¹⁵. La responsabilité du médecin sera engagée si la technique utilisée n'aurait pas été adoptée par le médecin ordinairement avisé.

¹¹ *Bolitho v City and Hackney Health Authority* [1993] 4 Med. LR 381. *Carter v Ministry of Justice* [2010] EWCA 694.

¹² Rachael Mulheron "Trumping Bolam: a critical legal analysis of Bolitho's gloss", CLJ 2010, 69(3), 609-638. Voir, par exemple *Marriott v West Midlands Health Authority* [1999] Lloyd's Rep Med 23.

¹³ Voir, par exemple *Carter v Ministry of Justice* [2010] EWCA 694: le juge ne pouvait pas conclure à la faute du médecin sans considérer que l'avis de l'expert de la défense n'ait pas de fondement logique ; *Newman v Maurice* [2010] EWHC 171.

¹⁴ *Holland v The Devitt & Moore Nautical College*, the Times, March 4 1960, QBD.

¹⁵ *Hepworth v Kerr* [1995] 6 Med. L.R. 139.

On attendra du médecin qu'il se tienne au courant des développements de sa spécialité, mais cela n'implique pas qu'on exige une connaissance intégrale de l'évolution des savoirs dans son domaine d'activité¹⁶. Le non-respect par le médecin des indications de bonnes pratiques produites par les organismes professionnels tels que le *General Medical Council* et le *Royal College of Surgeons* et par le *National Institute of Clinical Excellence* (NICE) pourra encore une fois constituer un fort élément de preuve de faute mais ne sera pas conclusif de celle-ci.¹⁷

Un diagnostic erroné ne constitue pas en soi une preuve de faute. Le patient qui soutient qu'un diagnostic est fautif doit démontrer, par exemple, que le médecin n'a pas eu recours aux tests requis par les symptômes présentés par le patient, ou qu'un médecin avisé n'aurait pas été amené à un tel diagnostic¹⁸.

Le médecin n'est pas soumis à une obligation de précision du geste technique. Une maladresse engagera sa responsabilité seulement lorsqu'elle est qualifiée de fautive. Dans la pratique cela sera souvent facile à démontrer¹⁹, mais la faute ne sera pas établie lorsque l'acte médical en question impliquait un risque élevé de blessure et le demandeur n'apporte pas la preuve que le geste du médecin ne correspondait pas à celui d'un professionnel avisé.

Dans certains cas on identifiera une faute par implication compte tenu de la façon dont l'accident s'est déroulé (*res ipsa loquitur*), bien que l'application de cette technique s'avère plutôt rare dans le contexte médical. Dans ce cas de figure, on considère que les faits qui entourent l'accident constituent un cas *a priori* de faute, et le défendeur devra apporter des preuves du contraire²⁰. Elle s'applique lorsque le demandeur ne peut pas identifier la faute qui semble avoir causé l'accident, et le défendeur de son côté n'en propose aucune explication. Le préjudice subi ne doit pas normalement survenir en l'absence de faute. Ainsi, les juges ont utilisé cette technique pour établir la faute d'un hôpital lorsque le patient s'est fait opérer d'une immobilité de deux doigts, pour finir l'opération avec une immobilité de quatre doigts²¹. La même technique a été employée pour les infections nosocomiales. Ainsi, lorsque

¹⁶ *Crawford v Board of Governors of Charing Cross Hospital* (1953) *The Times*, 8 déc., CA.

¹⁷ *Airedale NHS Trust v Bland* [1993]

¹⁸ *Lillywhite v University College London Hospitals NHS Trust* [2005] EWCA civ. 1466.

¹⁹ Lésion causée par des instruments chirurgicales : *Leckie v Brent & Harrow Health Authority* (1982); *Tagg v Countess of Chester Hospital Foundation Trust* [2007] EWHC 509; administration d'une quantité excessive d'anesthésique : *Jones v Manchester Corporation* [1952] QB 852; sectionnement d'un nerf lors d'une injection : *Hammond v North West Hertfordshire Health Authority* (1991) 2 AVMA Medical and Legal Journal (No.1), p.12.

²⁰ *Cassidy v Ministry of Health* [1951] 2 KB 343.

²¹ *Ibid.*

l'établissement de santé a mis en place un système exhaustif de lutte contre les infections nosocomiales, les tribunaux ont parfois tiré une inférence de faute du fait que le patient a subi une infection. Même s'il est impossible de savoir la cause exacte de l'infection, le simple fait de son existence peut constituer une preuve d'un manque de suivi des procédures de stérilisation.²²

2. Le lien causal

La charge de la preuve du lien causal est sur le demandeur. Le demandeur devra établir que sans le fait reproché au médecin le dommage ne se serait pas produit (*the « but for » test*). Il doit établir la probabilité (plus de 50%) de ce lien causal entre la faute du médecin et son préjudice²³.

La preuve du lien causal sera particulièrement problématique dans les cas où il existe plusieurs causes éventuelles. Dans *Wilsher v Essex Area Health Authority*²⁴ une quantité excessive d'oxygène a été administrée à un bébé prématuré. L'enfant souffrait d'une fibroplasie rétrolentale, une condition incurable de la rétine qui rend progressivement aveugle. Les rapports d'expertise constataient que cette condition pouvait être la conséquence de l'administration excessive d'oxygène, mais qu'elle pouvait également s'expliquer par cinq autres causes potentielles qui étaient indépendantes des faits reprochés au défendeur. Le demandeur n'a pas réussi à établir une probabilité de plus de 50% que sans le manque d'oxygène, le dommage ne se serait pas produit. Sa demande a ainsi été rejetée par la Chambre des Lords.

Le refus des juges anglais d'admettre l'indemnisation de la perte d'une chance dans des cas d'incertitude causale signifie l'imposition d'une barrière significative aux demandes.

Toutefois, au cours de la dernière décennie, les juges ont introduit un degré de flexibilité dans l'interprétation des règles de causalité dans le *tort* de *negligence*. L'arrêt le plus remarquable sur la causalité pendant cette période est celui de *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*²⁵. Si cet arrêt ne semble avoir qu'un impact limité sur la causalité en responsabilité médicale, il témoigne d'un nouveau positionnement de la plus haute juridiction anglaise en matière de causalité, où les juges se montrent désormais plus prêts, dans certaines

²² *Sutcliffe v Aintree Hospitals NHS Trust* [2008] EWCA civ 179.

²³ *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital* [1969]; *Hussain v Bradford Teaching Hospital NHS Foundation* [2011] EWHC 2914

²⁴ [1988] 1 All ER 871.

²⁵ [2002] UKHL 22.

circonstances, à apporter des modifications aux règles traditionnelles de la causalité afin d'aider la victime²⁶. En l'espèce, plusieurs employeurs ont été assignés en justice par des ex-salariés atteints de mésothéliome (une maladie mortelle des poumons) suite à une exposition à la poussière d'amiante. La maladie peut être causée par l'inhalation d'un seul flocon d'amiante, et la probabilité de contamination augmente en proportion du degré d'exposition. Chaque demandeur avait travaillé pour différents employeurs qui avaient tous utilisé de l'amiante, mais pour chaque demandeur il était impossible d'établir quel employeur avait causé le dommage. La Chambre des Lords a détourné les obstacles traditionnels à l'établissement du lien causal en engageant la responsabilité *in solidum* de tous les employeurs, raisonnant que chacun d'entre eux avait augmenté le risque du préjudice.

Quelle est la signification de cet arrêt pour la responsabilité médicale ? La décision de la Cour dans *Fairchild* laisse intacte la règle établie dans *Wilsher*. Dans *Fairchild*, il y avait une seule cause possible de la maladie (l'amiante), mais cette cause pouvait venir de différentes sources. Par contraste, dans *Wilsher*, il y avait plusieurs causes possibles du préjudice, et la faute du médecin (l'administration de quantités d'oxygène excessives) représentait une seule possibilité de cause parmi cinq autres. Dans ce type de cas, plus courant dans le contexte médical que le scénario dans *Fairchild*, la demande de la victime n'aboutira pas. Dans la majorité des cas où il est difficile d'établir un lien causal, l'approche adoptée par la Cour dans *Fairchild* n'assistera pas la victime d'un accident médical. De toute manière, il semble probable que les juges anglais soient réticents à appliquer une telle modification des règles causales dans des cas de responsabilité médicale pour des raisons de politique juridique, par souci de ne pas imposer un fardeau économique de responsabilité trop lourd sur le NHS²⁷.

Toutefois, la règle établie par *Fairchild* pourrait éventuellement s'appliquer dans le contexte spécifique des produits pharmaceutiques défectueux. Ainsi, lorsqu'un médicament est fabriqué par plusieurs producteurs et la victime a consommé le produit sur une longue période, il sera souvent très difficile pour la victime d'un produit défectueux d'en identifier le responsable (le cas DES en France). Ici, l'exception aux règles traditionnelles de causalité définie dans *Fairchild* pourrait éventuellement être transposée pour engager la responsabilité de tous les fabricants. Selon l'arrêt *Barker v Corus*²⁸, cette responsabilité ne serait pas *in*

²⁶ Voir également *Chester v Afshar*, *infra*.

²⁷ Comme le reconnaît Lord Hoffmann dans *Fairchild*, para. 69.

²⁸ [2006] UKHL 20.

solidum, mais graduée en fonction du degré relatif du risque du préjudice créé par chaque producteur.

Serait-il possible d'adopter une technique similaire pour faciliter l'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales lorsque le patient a été soigné dans plusieurs établissements de santé et qu'il est impossible d'établir où il a été contaminé ? En droit français, les juges ont inversé la charge de la preuve dans ce cas, et demandent à l'établissement de santé de démontrer qu'il n'est pas la source de l'infection. En droit anglais, il semblerait difficile d'adapter la règle de *Fairchild* à cette situation. Dans *Fairchild*, les employeurs avaient manqué à leur obligation de proposer des conditions de travail sûres, et la violation de cette obligation a créé le type de risque qui a causé le préjudice du demandeur. Le cas du produit de santé est analogue, puisque la responsabilité du producteur ne sera engagée que lorsque le produit est défectueux. Par contraste, dans le cas de la responsabilité éventuelle de plusieurs établissements de santé pour une infection nosocomiale, il s'agirait non seulement d'une présomption de lien causal, mais également d'un renversement de la charge de la preuve de la faute.

Une autre situation où les juges acceptent de modifier les règles traditionnelles de causalité est lorsque la victime ne peut pas prouver un lien *sine qua non* entre cette faute et son préjudice mais établit que la faute du défendeur constitue une contribution matérielle à son préjudice. Ainsi, dans *Bailey v Ministry of Defence*²⁹, la patiente a subi une opération chirurgicale pour enlever un calcul biliaire. Les soins post-opératoires assurés par le défendeur étaient fautifs. L'état de la patiente s'est progressivement dégradé. Elle a dû subir des opérations supplémentaires, et son médecin a également diagnostiqué une pancréatite. Elle a été transférée vers un deuxième hôpital, où elle a été victime d'une crise cardiaque et, en conséquence, de lésions cérébrales. La patiente n'a pas pu établir que la faute de l'établissement était une condition *sine qua non* de son préjudice. Toutefois, les juges ont trouvé que les fautes commises par le défendeur lors des soins post-opératoires ont contribué à son état affaibli, et c'est cet état affaibli qui a eu pour conséquence qu'elle n'a pas pu subir une opération qui aurait amélioré son état et qui aurait évité la nécessité de la série d'opérations qui a suivi. Pour la Cour d'appel, les fautes de soin ont contribué au préjudice, et cela suffisait pour engager la responsabilité de l'établissement de soin. La situation dans *Wilsher* était différente, puisque le demandeur était dans l'impossibilité de démontrer que la

²⁹ [2008] EWCA civ. 883. Voir également *Wright v Cambridge Medical Group* [2011] EWCA civ. 669, et , *Popple v Birmingham Women's NHS Foundation Trust* [2011] EWHC 2320.

faute du médecin avait contribué à son préjudice face à cinq autres causes potentielles indépendantes.

La Perte d'une chance

La question de savoir si la perte d'une chance de guérison pourrait dans certaines circonstances être indemnisée en droit anglais a été le sujet d'une discussion doctrinale animée outre-manche. Alors que les juges n'ont peut-être pas totalement fermé la porte à la possibilité de reconnaître la perte d'une chance comme dommage indemnisable en responsabilité délictuelle, la Chambre des Lords a, par deux fois, rejeté des demandes faites sur cette base.

Comme nous l'avons vu, la victime doit rapporter la preuve du lien causal, et il suffit qu'elle établisse la probabilité de ce lien. Ainsi, une probabilité de 51% suffira pour établir le lien causal entre la faute du défendeur et le dommage, et aucune déduction ne sera faite dans ce cas pour le quarante neuf pour cent de doute. Lorsque le juge considère qu'il est plus probable que la faute du défendeur n'a pas causé le préjudice de la victime, sa demande sera rejetée. Ainsi, dans *Hotson v East Berkshire Health Authority*³⁰ le demandeur a été blessé à la hanche lorsqu'il est tombé d'un arbre. Il a ensuite été soigné de manière fautive par le médecin. La victime a développé une infirmité sévère de la hanche. Suite aux rapports des experts, le juge a conclu qu'il existait un risque de 75% que l'infirmité se serait développée même si le médecin n'avait pas commis de faute. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont ordonné le dédommagement du demandeur à la hauteur de 25% de son préjudice, ce qui correspondait à la chance qu'il avait perdue. La Chambre des Lords a infirmé la décision. Il était probable que la faute du médecin n'avait pas causé le préjudice subi. Le préjudice de la victime n'était donc pas indemnisable.

La question de l'indemnisation de la perte d'une chance de guérison ou de survie a été considérée à nouveau dans *Gregg v Scott*.³¹ En l'espèce, le médecin a commis une faute en retardant le diagnostic du cancer de M. Gregg. En conséquence, au lieu d'une chance de rétablissement de 42%, ses chances de guérison étaient estimées à 25%. Gregg a donc fondé son action sur le fait qu'il a été privé d'une chance de guérison en conséquence de la faute du médecin. La Chambre des Lords a rejeté l'argument du demandeur, puisqu'il ne pouvait pas

³⁰ [1987] AC 750.

³¹ [2005] UKHL 2.

démontrer que c'était la faute du défendeur qui avait empêché son rétablissement (qui, même sans la faute, était estimé à moins de 50%).

3. L'obligation d'information

Le médecin doit obtenir le consentement du patient pour tout acte médical. L'absence de tout consentement à l'acte engagera la responsabilité du médecin dans le *tort* de *battery*, sans que le patient soit obligé d'établir un préjudice corporel. De tels cas seront rares. L'action en responsabilité ne sera pas appropriée si le patient a été informé dans les grandes lignes du traitement proposé³².

Le patient s'appuiera plus couramment sur le *tort* de *negligence* pour engager la responsabilité du médecin pour défaut d'information. Les règles définissant l'obligation d'information du médecin en droit anglais sont d'origine jurisprudentielle. La responsabilité du médecin sera engagée lorsqu'il y a eu un défaut d'information sur un risque inhérent du traitement et un lien causal est établi entre ce défaut et le préjudice corporel du patient³³. Le développement de ces règles par le biais de la responsabilité civile nuit à l'élaboration de règles plus complètes reflétant un véritable dialogue entre le médecin et le patient. Toutefois, quelques décisions de première instance tentent de définir le contenu de l'obligation au-delà de l'information sur les risques. Ainsi, dans *Birch v University College London Hospital NHS Foundation Trust* le juge a reconnu une obligation du médecin d'informer le patient sur les traitements alternatifs à celui proposé par le médecin³⁴. Le droit anglais semble également exiger que des efforts appropriés soient réalisés afin d'assurer que le patient comprenne l'information communiquée³⁵. Les organismes administratifs et professionnels de santé produisent des recommandations de bonnes pratiques sur l'information qui doit être communiquée au patient, reflétant une vision plus complète du dialogue et prenant en compte les préférences personnelles du patient. Toutefois, ces textes ne sont pas dotés d'un caractère normatif.

L'obligation d'informer le patient sur les risques du traitement

³² *Chatterton v Gerson* [1981] QB 432.

³³ *Thake v Maurice* [1986] 1 All ER 497; *Smith v Tunbridge Wells Health Authority* (1988) [1994] 5 Med. LR 285.

³⁴ [2008] EWHC 2237

³⁵ *Lybert v Warrington Health Authority* (1995) 25 BMLR 91; *Smith v Salford HA* (1994) 5 Med. LR 321; *Smith v Tunbridge Wells Health Authority* [1994] 5 Med. LR 334.

La nature exacte de l'obligation du médecin d'informer le patient sur les risques du traitement a donné lieu à un débat soutenu et il continue à exister aujourd'hui un certain flou sur le contenu de l'obligation d'information sur les risques du traitement. Dans *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust*³⁶, Lord Woolf a déclaré "s'il existe un risque significatif qui serait susceptible de modifier la décision d'un patient raisonnable, [...] il revient normalement au médecin d'informer le patient de ce risque, si cette information est nécessaire pour permettre au patient de choisir la suite du traitement qui le concerne. »

La position semble donc être que le médecin doit informer le patient des risques significatifs que le « patient raisonnable » souhaiterait connaître.

L'exigence que le risque soit « significatif » semblerait exclure certains risques qui ne surviennent que rarement. Dans l'arrêt *Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital*³⁷, Lord Bridge a suggéré que le médecin aurait l'obligation d'informer le patient d'un risque de 10% d'une attaque cérébrale. Dans *Birch v University College Hospital NHS Foundation Trust*, Cranston J a considéré qu'un risque d'attaque cérébrale de 1% constituait un risque significatif. Toutefois, dans *Pearce*, Lord Woolf a observé qu'un risque qu'un enfant soit mort-né si le médecin permettait un accouchement après terme plutôt que de déclencher l'accouchement ne constituerait pas un risque significatif. Ainsi, en droit anglais, il semblerait que la responsabilité du médecin ne serait pas forcément engagée lorsqu'il n'informe pas le patient de certains risques du traitement qui surviennent rarement, même si les conséquences de l'avènement du risque seraient catastrophiques pour le patient. Les recommandations des instances professionnelles semblent pourtant aller plus loin. Les consignes du *General Medical Council*, adoptées par le Ministère de la Santé, stipulent : « il est préférable d'informer le patient de tout risque matériel ou significatif, même si ce risque est réduit ».

Un droit au consentement éclairé pour le patient ?

En France, la Cour de cassation semble avoir établi un droit à l'information pour le patient fondé sur le respect du corps humain et de la dignité : la seule violation du droit constituerait en elle-même un préjudice. Alors que les juges anglais ont adopté un discours similaire du respect de l'autonomie du patient, le droit anglais ne va pas aussi loin que le droit français dans la reconnaissance d'un droit du patient à l'information. Lorsqu'il y a eu défaut

³⁶ [1998] EWCA civ. 865.

³⁷ [1985] AC 871.

d'information, le patient ne sera indemnisé que s'il peut démontrer le lien causal entre ce défaut et son dommage corporel, c'est à dire qu'il n'aurait pas consenti au traitement si on l'avait informé correctement des risques³⁸. Le droit anglais n'admet pas l'indemnisation de la perte d'une chance de refuser le traitement. C'est une question donc de tout ou rien. Soit le patient établit une probabilité à plus de 50% qu'il aurait refusé le traitement s'il avait été correctement informé par le médecin, et dans ce cas il sera indemnisé pour l'intégralité de son préjudice, soit il ne peut pas établir ce degré de probabilité, et son action sera rejetée³⁹. Le droit anglais n'est donc pas toujours défavorable au demandeur par rapport au droit français : même en cas de doute significatif de 49%, le demandeur sera indemnisé intégralement, alors qu'en droit français ce doute du lien causal pourrait se traduire par une indemnisation d'une perte de chance.

L'arrêt de la Chambre des Lords, *Chester v Afshar*⁴⁰ introduit un degré de flexibilité dans l'évaluation du lien causal entre le défaut d'information et le préjudice corporel du patient. En l'espèce, le patient a subi un dommage corporel, conséquence d'un risque connu d'une procédure chirurgicale. Ce risque n'ayant pas été communiqué au patient, il assigne le médecin en réparation de son préjudice. La difficulté dans ce cas était que le patient lui-même ne pouvait pas confirmer qu'il n'aurait jamais subi l'opération s'il avait été informé du risque. Il n'aurait pas consenti sur le moment, il aurait cherché d'autres conseils, et il aurait peut-être consenti à se faire opérer plus tard, éventuellement par un autre médecin. La Chambre des Lords a pourtant accueilli sa demande, malgré l'incertitude qui planait sur la décision que le patient aurait prise s'il avait été informé du risque. Les juges ont souligné l'importance de la reconnaissance de l'autonomie du patient et du droit du patient de faire un choix éclairé sur son traitement. Pour les juges, cela justifiait ce qu'ils ont défini comme une légère modification des règles traditionnelles de causalité. Cependant, l'indemnisation du patient semble rester conditionnée à l'existence d'un dommage corporel et à un lien causal entre ce préjudice et le défaut d'information, même si ce lien est ténu. S'il est établi que le patient aurait, même conseillé sur le risque, consenti à l'opération proposée, ou si le patient ne subit pas de préjudice corporel suite à la survenance du risque, il ne sera pas indemnisé en droit

³⁸ *Less v Hussain* [2012] EWHC 3513.

³⁹ *Jones v North West Special Health Authority* [2010] EWHC 178, [2010] Med LR 90.

⁴⁰ [2004] UKHL 41.

anglais. Toutefois, il est possible que *Chester v Afshar* indique le début d'un mouvement du droit anglais vers la reconnaissance d'un nouveau *tort* de violation de l'autonomie⁴¹.

Information postérieure à l'acte médical

Une obligation d'informer le patient des événements indésirables ?

Lorsque le patient a subi un dommage corporel suite à un accident médical, l'aveu d'une erreur par le professionnel ou le service de santé peut aider à désamorcer une situation potentiellement conflictuelle, et peut promouvoir le respect de la dignité du patient, et également contribuer aux améliorations de sécurité en aidant à apprendre à partir des erreurs. Le droit anglais n'impose pas au médecin une obligation de fournir une explication au patient concernant les événements indésirables survenus au cours de son traitement ni d'avouer des erreurs. Suite à la publication récente du rapport sur la mauvaise gestion et des manquements grossiers dans le soin des patients à l'hôpital de *North Staffordshire*⁴², le gouvernement a déclaré son intention d'introduire une obligation de « sincérité » par voie législative, sans pour l'instant en révéler les détails.

Conclusion

Le droit anglais de la responsabilité médicale est sujet à de nombreuses critiques : le régime coûte cher au *National Health Service*, il érige des obstacles considérables à l'indemnisation des victimes, et il soutient un climat conflictuel peu propice au dialogue médecin/patient et au signalement des événements indésirables par les professionnels.

En dépit de ce constat, aucune réforme législative sur le fond ne semble probable à court ou à moyen terme. Néanmoins, nous constatons une certaine évolution jurisprudentielle dans ce domaine qui est favorable à la victime, à travers la volonté des juges de mettre en question la logique des pratiques médicales dans leur évaluation du comportement du médecin, une certaine créativité avec la notion de causalité, et une plus grande reconnaissance de l'autonomie du patient dans la relation de soins.

⁴¹ Das ce sens, JK Mason et GT Laurie *Mason & McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 8e éd. OUP 2011, p.120.

⁴² *Report of the Mid Staffordshire NHS Foundation Trust Public Inquiry* 2013.