



HAL
open science

Le droit à l'information du patient en France : quelle effectivité ?

Capucine Chatelain-Cadet

► **To cite this version:**

Capucine Chatelain-Cadet. Le droit à l'information du patient en France : quelle effectivité ?. Sciences de l'Homme et Société. 2021. dumas-03373602

HAL Id: dumas-03373602

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03373602>

Submitted on 11 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

MEMOIRE

Pour obtenir le diplôme

**DE MASTER DE L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT
BLANC**

Spécialité : Droit public et privé des obligations

Présentée par

Capucine CHATELAIN-CADET

Mémoire dirigé par **Clément BENELBAZ**

préparé au sein de Centre de recherche en Droit Antoine Favre

**Le droit à l'information du patient
en France: quelle effectivité?**

Mémoire soutenu le **10 mai 2021**



Université Savoie Mont Blanc

Faculté de droit de Chambéry

Mémoire d'initiation à la recherche:

Le droit à l'information du patient en France: quelle effectivité?

Capucine CHATELAIN-CADET

Master 1 Droit Public - Droit public et privé des obligations

Sous la direction de Monsieur Clément BENELBAZ, Maître de conférences en

Droit public

Année 2020-2021

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Savoie Mont Blanc.

REMERCIEMENTS

Je souhaite, dans un premier temps, remercier Monsieur Clément Benelbaz, maître de conférences en droit public, pour sa disponibilité ainsi que les judicieux conseils qu'il m'a délivrés. Ses conseils pertinents surent alimenter ma réflexion.

Je souhaite, dans un second temps, remercier mes parents, témoins de l'évolution de ce mémoire. Leur soutien fut inébranlable, plus encore, indéfectible.

En outre, la rédaction de ce mémoire constitua une opportunité incontestable d'accroître mes connaissances en droit médical, dont il est aisé, en vertu d'une prospection à court terme, de présager son influence grandissante et, *a minima*, son importance en tant que susceptible patient.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité juridique droit administratif
<i>c/</i>	Contre
CEDH	Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
<i>Cf infra</i>	Voir ci-dessous
<i>Cf supra</i>	Voir ci-dessus
CSP	Code de santé publique
Cour EDH	Cour Européenne des droits de l'homme
D	Dalloz
DP	Dalloz Périodique
LGDJ	Librairie générale du droit et de la jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
RA	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RFDA	Revue française de droit administratif
RTD Civ	Revue trimestrielle de droit civil
UE	Union européenne

SOMMAIRE

PARTIE 1: LA RECONNAISSANCE GRADUELLE DU DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT

CHAPITRE 1: UN DROIT UNANIMEMENT RECONNU AU PATIENT

CHAPITRE 2: UN DEVOIR ENCADRANT NÉCESSAIREMENT LE MÉDECIN

PARTIE 2: L’AFFIRMATION D’UN DÉFAUT D’INFORMATION PROTÉIFORME

CHAPITRE 1: LES FONDEMENTS PLURIELS ET ÉVOLUTIFS DE LA RÉPARATION DU
DÉFAUT D’INFORMATION

CHAPITRE 2: LA RECONNAISSANCE DE PRÉJUDICES DISTINCTS: UNE AUTONOMIE
RELATIVE

INTRODUCTION

« *L'ignorance des choses que l'on doit savoir* », telle est l'affirmation du procureur Dupin à l'occasion d'une décision de la Cour de cassation en 1835¹. Lorsqu'elle est prononcée, cette formule est utilisée pour inculper le médecin: il fut, en l'espèce, condamné pour négligence grave. Cependant, par cette affirmation, le procureur Dupin s'apparente à un véritable précurseur. *A posteriori*, cette formule semble tant sujette à s'appliquer aux praticiens qu'aux patients. En effet, comment ne pas percevoir, distinguer les prémisses du droit à l'information du patient? Si, en 1835, le médecin était tenu de connaître les risques d'une intervention, il n'était aucunement question de les délivrer au soigné. Est-il nécessaire de rappeler la préconisation d'Hippocrate? « *On fera toute chose avec calme, avec adresse, cachant au malade, pendant qu'on agit la plupart des choses* »². Il semblerait que ce paradigme fut appliqué par le médecin et qu'il dicta la relation de soin, s'il est permis de la qualifier ainsi. Par essence, une relation est un lien, un rapport, *a fortiori*, un échange. Dans ce cadre, est-il possible de qualifier de relation une situation où une personne cache sciemment une information à une autre? Il s'agirait d'une relation à sens unique, plus rigoureusement une situation de dominant dominé. Afin, toutefois, de ne pas effectuer de contresens littéraire, dans la mesure où cette relation est déséquilibrée, elle pourrait être qualifiée d'inexistante. Le patient était donc ignorant, tel est le postulat incontestable.

Pour reprendre les mots du procureur, les dommages causés en raison de l'ignorance des choses que l'on doit savoir se doivent d'être réparés. C'est la nécessité, le caractère impérieux des choses qui justifie la fin de l'ignorance. Tel est l'objet du droit à l'information du patient. Il est aisé d'imaginer qu'une période de transition a dû être nécessaire avant de consacrer ce droit. En effet, le passage d'une situation d'ignorance, de domination à une relation équilibrée est certainement le fruit d'une longue évolution. Cet aspect évolutif doit nécessairement être souligné puisqu'il est inhérent à ce droit. Désormais codifié à l'article L1111-2 du Code de santé publique (CSP), il fut longtemps totalement nié, *a minima*, limité sous l'influence de la doctrine du paternalisme médical. Intuitivement, le paternalisme médical illustre parfaitement le déséquilibre de la relation entre un soignant et un soigné.

Au-delà du contexte dans lequel ce droit à l'information émergea, il est fondamental de le définir afin de l'appréhender dans sa globalité. Définir le droit à l'information n'apparaît finalement pas chose aisée: s'il est facilement saisissable par tous, son essence est finalement minime puisqu'il

¹ Cour de cassation, 18 juin 1835, Thouret-Noroy.

² Hippocrate, *Traité de Bienfaisance*, Vème siècle avant Jésus-Christ.

ne recouvre que la nécessité d'informer le patient sur son état de santé mais ses implications sont nombreuses. Nombreuses tant par l'étendue de ce droit couvrant tous les actes médicaux que leurs conséquences, leur utilité ainsi que les risques encourus. Le législateur s'est attelé à produire une liste exhaustive de ce nouveau droit³. La production d'une telle liste laisse transparaître une volonté qu'il faut immédiatement noter tant elle est fondamentale dans l'étude de cette obligation: la protection et, *a fortiori*, l'effectivité.

Il semble ainsi nécessaire de s'interroger sur la cause de cet intérêt porté au droit à l'information du patient. En effet, pourquoi un droit tant méconnu par le passé, presque unimaginable, fut l'objet de plus amples préoccupations? Il convient en réalité de se questionner sur l'aspect substantiel de ce droit. Que permet-il? Sans outrecoïdance aucune, la réponse est, après réflexion, peu originale: le droit à l'information permet le consentement. L'évidence du consentement semble presque basique, pourtant il n'est pas inopportun de le spécifier. Il est assez simplement l'acceptation par une personne de la proposition faite par une autre⁴. Il traduit véritablement un échange de volontés, il n'aura échapper à quiconque, qu'il rappelle ainsi la notion de relation. C'est pourquoi, il s'apparentera, initialement, à un contrat. Ce consentement implique également l'idée d'une codécision. En réalité, les corrélations sont nombreuses, il faut néanmoins noter qu'elles proviennent toutes d'une même notion, le consentement. Pour davantage de précisions et de rigueur juridique, pourquoi le consentement est-il essentiel? En matière médicale, une personne consent à porter atteinte à son intégrité physique. Intégrité physique elle-même protégée par le respect de la dignité humaine. Ainsi, la valeur constitutionnelle octroyée au principe de dignité humaine en 1994⁵ est le gage de la valeur implicitement accordée au droit à l'information permettant le consentement.

Si une corrélation existe indéniablement entre le consentement et le droit à l'information, plus encore, une antériorité de l'un sur l'autre doit être perçue et démontre les espérances attendues, l'effectivité légitimement souhaitée. Une interrogation formalise parfaitement l'enjeu: comment caractériser un consentement valable? Au-delà du consentement *stricto sensu*, il doit être libre et éclairé pour être valable. Or, pour revêtir ces formes, une information doit avoir été délivrée. En

³ Article L1111-2 du CSP: « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. (...) Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ».

⁴ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2017: définition de « consentement ».

⁵ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC.

effet, pour consentir valablement à un acte, en l'occurrence médical, une obligation doit avoir été respectée: l'obligation d'information du patient. Ce constat est lourd de conséquences: il retranscrit l'antériorité du droit à l'information sur le consentement mais, *a fortiori*, la protection qu'il lui sera octroyée.

A ce stade, une nouvelle interrogation émerge: s'il doit permettre le consentement, comment se concrétise ce droit? En pratique, ce droit ne saurait être favorable au patient sans être opposable au médecin. Ce droit emporte ainsi une obligation à l'égard du praticien. A cet égard, il est souhaitable d'effectuer quelques précisions sémantiques: le droit à l'information incombe à chaque professionnel de santé, dans la limite de ses compétences. Cependant, en pratique, ce devoir repose presque exclusivement sur le médecin, nombre de litiges en témoignent.

Ainsi, affirmer que la reconnaissance du droit à l'information du patient emporte de nombreuses implications n'est nullement surprenant et semblerait presque réducteur. Au regard de la multiplicité des interrogations sous-jacentes qu'il comprend, il est attendu qu'il soit appliqué à la hauteur de sa valeur. Son antériorité sur le consentement consacre sa primauté. La jurisprudence en le reconnaissant fait part de pragmatisme: elle reconnaît qu'il constitue la clé de voûte du droit médical. Il est la première obligation que doit respecter le médecin.

De facto, toute la problématique du droit à l'information repose sur son effectivité. Incessamment, il sera question de chercher un équilibre entre, d'une part, la valeur, l'essence de ce droit et les obligations qu'il fait peser sur le praticien et d'autre part, sa protection et sa réparation. Son effectivité se percevra dans l'adéquation entre la protection qui lui est octroyé et la réparation qui en résulte: l'étude de la réparation permise en cas de défaut d'information sera le gage de son application pratique. Il est opportun de spécifier la corrélation qui pourra être démontrée entre l'effectivité de ce droit et son caractère subjectif, la capacité d'une personne de s'en prévaloir.

Afin d'apprécier, *a fortiori*, d'évaluer l'effectivité ce droit, il sera nécessaire d'être attentif à son processus de reconnaissance. Cet aspect processuel se justifie par le caractère graduel, progressif de la reconnaissance du droit à l'information du patient (Partie 1). Il faudra, ensuite, appréhender le défaut d'information. Son étude est fondamentale à l'appréhension de l'effectivité de ce droit. Le caractère protéiforme de ce défaut fera l'objet d'une attention suite à sa constatation (Partie 2).

PARTIE 1: LA RECONNAISSANCE GRADUELLE DU DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT

La reconnaissance du droit à l'information du patient fut l'objet d'un processus. En effet, sa reconnaissance résulta d'un cheminement. Si un aspect du droit à l'information se doit d'être immédiatement saisi, il s'agit de son évolution. Bien que le droit, admis dans une acception générale, est par essence évolutif, ce caractère est particulièrement perceptible par l'étude du droit à l'information du patient. Au-delà, l'adjectif retranscrivant le plus fidèlement la reconnaissance de ce droit est « graduelle ». Il qualifie parfaitement l'avancée étape par étape observée s'agissant de cette obligation d'information du patient. Ce caractère progressif touche tant sa reconnaissance que le niveau de la protection qui lui est octroyé ainsi que les conséquences qu'il emporte à l'égard du débiteur de l'obligation d'information. Une corrélation doit nécessairement être notée, son appréhension sera susceptible de permettre une première conception de l'effectivité de ce droit. En effet, l'effectivité étant par essence le caractère de ce qui existe réellement, il semble nécessaire d'affirmer que la reconnaissance du droit à l'information du patient est la première étape, *a fortiori*, la condition *sine qua none* à l'observation de son application.

L'admission de la nécessité d'informer le patient permet une double reconnaissance: une reconnaissance incontestable d'un droit au profit du patient (Chapitre 1) et, corrélativement, celle d'un devoir incombant, inéluctablement, au médecin (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: UN DROIT UNANIMEMENT RECONNU AU PATIENT.

Lorsqu'il est question de l'information du patient, elle apparaît immédiatement délivrée au profit du patient. En effet, il s'agit d'un droit reconnu au patient. Cette expression de « *droit reconnu au patient* » bien qu'assez basique, simpliste est pourtant essentielle à saisir. C'est pourquoi, afin d'appréhender ce droit le plus précisément possible, il faudra porter un regard pluraliste sur cette reconnaissance. Ce caractère pluriel justifie l'emploi de l'adverbe « *unanimentement* ». Ce droit fait, effectivement, l'objet d'une approbation incontestée et incontestable. Plus encore, cette reconnaissance unanime doit nécessairement être perçue comme anticipant une potentielle effectivité. En ce sens, comment évoquer une application concrète de ce droit s'il n'est pas préalablement consacré? Au regard de considérations logiques et pragmatiques, avant même d'être une obligation incombant au médecin, le droit à l'information doit jouir d'une assise juridique forte passant nécessairement par sa reconnaissance. Des exigences fortes existent quant à sa reconnaissance afin qu'il soit pleinement possible pour le patient de s'en prévaloir.

Afin d'apprécier pleinement, cette reconnaissance unanime du droit à l'information au profit du patient, il sera judicieux de s'attarder sur son admission en droit interne (Section 1) et en droit international (Section 2).

Section 1: L'affirmation progressive du droit à l'information en droit interne.

Si le caractère graduel de la reconnaissance du droit à l'information du patient veut être véritablement observé, il est nécessaire de s'attarder sur le droit interne. En effet, ce droit fut l'objet d'une évolution, plus rigoureusement, d'une construction particulièrement palpable. Le droit interne dota le droit à l'information du patient d'une première assise juridique permettant d'anticiper son effectivité. Assez traditionnellement, ce droit fut reconnu sous l'impulsion de la jurisprudence avant d'être consacré par le législateur. En ce sens, l'affirmation de ce droit fut progressive mais son caractère graduel se perçoit également au sein même de l'évolution jurisprudentielle et de la consécration législative.

Il sera ainsi nécessaire de percevoir l'influence de l'oeuvre prétorienne sur les fondements du droit à l'information (Paragraphe 1) avant de constater la tardiveté de la consécration législative (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'influence de l'oeuvre prétorienne sur les fondements de ce droit.

L'oeuvre prétorienne a une place particulière, si ce n'est un rôle fondamental dans la construction du droit à l'information du patient. Si, aujourd'hui, *a posteriori*, il est aisé de constater que la jurisprudence a constitué un élément essentiel dans la reconnaissance et l'évolution du droit à l'information, elle a, auparavant, joué un rôle non négligeable. L'usage du mot rôle n'est ici pas anodin: il retranscrit son caractère actif témoin de son mouvement, gage d'une évolution permanente. Néanmoins, il est impérieux de ne pas effectuer de raisonnement trop hâtif ou simpliste: ce postulat d'une impulsion jurisprudentielle incontestée ne signifie pas qu'elle est aujourd'hui inactive. *A contrario*, il s'agira de démontrer l'importance de l'intervention prétorienne dans la construction de ce droit à l'information du patient laissant nécessairement présager la place particulière qu'elle occupera concernant son évolution.

Afin d'apprécier dans son ensemble l'oeuvre prétorienne, il est admis que les jurisprudences judiciaires et administratives seront étudiées conjointement et, *a fortiori*, confrontées.

De facto, une dichotomie se devra d'être directement appréhendée: il sera nécessaire de constater que ce droit à l'information du patient fut, initialement, doté d'un fondement contractuel (I) avant d'entrevoir un fondement plus récent, inédit, reposant sur la notion de dignité humaine (II).

I. Le fondement originaire contractuel ou la recherche d'un équilibre.

Avant d'évoquer le fondement originaire du droit à l'information en matière médicale, il semble logique et nécessaire d'appréhender au préalable l'émergence du droit à l'information. Son apparition s'est faite corrélativement à l'émergence des « *droits individuels de la personne malade* »⁶.

En effet, les juges judiciaires et administratifs ont commencé par émettre la possibilité d'un engagement de la responsabilité en matière médicale avant d'appliquer un tel régime aux droits qui en découlent. Ainsi, le juge du Palais Royal a, dans un premier temps, admis, en 1935, la responsabilité des hôpitaux en cas de faute, lorsque le fonctionnement du service public de l'hôpital est en cause et en cas de faute lourde s'agissant de l'activité des médecins⁷. Parallèlement, le juge

⁶ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades*, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, 2018, 128 p. (spéc. p7).

⁷ Conseil d'Etat, 8 novembre 1935.

judiciaire, stimulé par certains auteurs (D. Tiprez, J. Mazon)⁸, a reconnu, l'année d'après, la possibilité d'une condamnation du médecin pour faute contractuelle posant ainsi les bases d'une relation contractuelle entre le médecin et le patient et affirmant que l'obligation dont doit répondre le médecin est une obligation de moyens⁹. Cet arrêt Mercier, en fixant une obligation de moyens, est particulièrement novateur et, *a fortiori*, ambitieux: il reconnaît implicitement qu'une obligation d'information pèse sur le médecin afin de recueillir le consentement du patient. Cette obligation est le moyen idoine permettant la caractérisation de l'obligation de moyen.

Partant de ce postulat jurisprudentiel, une dichotomie émerge et doit être immédiatement relevée. En effet, si le juge judiciaire fixe un régime pour faute contractuelle du médecin, le juge administratif caractérise le patient comme un usager du service public. *De facto*, il est nécessaire de préciser qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre le patient, usager du service public hospitalier et ledit service: la nature juridique entre le médecin et le patient est, ici, fonctionnelle.

De ces premiers fondements posés permettant, d'une part, d'engager la responsabilité des hôpitaux ou des médecins et d'autre part, de fixer les prémisses d'un droit à l'information, il est admis qu'une évolution s'opère dans le domaine médical. En effet, l'émergence de ce contrat médical traduit une perception renouvelée des droits du patient. Par l'utilisation de l'article 1147 du Code civil, fondement de la responsabilité contractuelle, le patient devient créancier d'une obligation de moyens ce qui constitue une évolution notable dans la conception de la personne hospitalisée. Sans exagération aucune, en théorie, par l'usage de l'article précédemment cité emportant la naissance d'un contrat médical, c'est un véritable équilibre qui s'institue dans la relation entre le médecin et le patient. Revenir, promptement, à la définition du mot contrat ne semble pas inopportun: étant un accord de volonté créant des obligations entre les cocontractants¹⁰, il est, hormis quelques exceptions, synonyme d'équilibre. *Ipsa facto*, le fondement juridique utilisé par l'arrêt Mercier retranscrit nécessairement l'idée d'équilibre entrepris et présagé entre les droits du patient et les prérogatives du médecin.

Cette recherche d'un équilibre dans la relation médicale est confirmée par l'avènement de la doctrine de l'humanisation des hôpitaux¹¹. La circulaire ministérielle du 5 décembre 1958 la

⁸ M. Girer, L. Klesta, « L'obligation d'information du médecin en France et en Italie », *RDSS*, 2015, p853.

⁹ Cour de cassation, 20 mai 1936, Mercier, *DP 1936*.

¹⁰ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2017.

¹¹ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades, op.cit.*, p11.

consacre et a pour ambition d'adapter les « conditions d'hospitalisation des malades aux exigences de la vie moderne » et de donner « à l'hôpital un visage plus clair et plus humain ». Cette humanisation de l'hôpital passe par des mesures très pragmatiques quant aux visites des familles ou à l'accueil des malades et ne sera parachevé qu'en 1970 par l'intervention de trois circulaires qui lui donneront notamment un caractère obligatoire. Comme son nom l'indique, cette doctrine initie la volonté d'améliorer les droits du patient mais seulement sur un pan formel: nonobstant son intitulé très ambitieux, l'humanisation des hôpitaux n'a pas pour vocation d'équilibrer la relation entre le médecin et son patient. Cependant, elle fut l'amorce nécessaire à la reconnaissance des droits des malades permise par la « charte des droits et devoirs des malades » impulsée par le ministre de la Santé publique, Michel Poniatowski en 1974 fixant notamment le droit à l'information. C'est la mise en exergue de la problématique des droits des malades qui illustre la prise en considération réelle de la nécessité d'établir un équilibre dans la relation de soins.

Ainsi, le fondement contractuel imposé par la Cour de cassation emporte un processus de recherche d'équilibre dans une relation entre un médecin et son malade qui est, par essence, très inégalitaire.

La jurisprudence, influencée par la doctrine, a consenti et, plus encore, a jugé nécessaire d'admettre un fondement contractuel au droit à l'information. Ce fondement originaire, par la quête souhaitée d'un équilibre dans la relation médicale, constitue le point de départ, si ce n'est d'ancrage, de l'application du droit à l'information du patient: il est rendu effectif. *De facto*, affirmer que ce fondement est originaire, revient, sans outrecuidance, à soutenir qu'il a évolué. Dans ce processus et cette dynamique de reconnaissance du droit à l'information, son nouveau fondement est naturellement gage d'une effectivité accrue, pour le moins, attendue.

II. Le fondement inédit: la dignité humaine ou la primauté de la volonté de la personne.

S'il est possible de caractériser la dignité humaine comme un fondement inédit, il est nécessaire d'affirmer qu'il constitue une réelle innovation. En effet, partant du postulat qu'une base contractuelle était nécessaire pour caractériser ce droit à l'information, admettre un fondement davantage subjectif s'avère presque paradoxal, *a minima*, remarquable: longtemps, le paternalisme médical¹² justifiait, si ce n'est, empêchait toute évolution juridique dans le domaine médical. Ce paternalisme médical considère que le consentement du patient n'est pas une donnée médicalement

¹² F. Chaltiel, « Devoir d'information du patient et responsabilité hospitalière », *RDP*, 2002, p1168.

pertinente: au nom de la mission du médecin, il ne doit pas être perçue comme une norme de référence de la décision¹³. Evoquer cette définition est fondamental: elle permet de retranscrire la conception initiale du droit à l'information et d'appréhender son évolution illustrant un changement de paradigme certain.

Afin de concevoir ce changement de fondement et, *a fortiori*, de paradigme, il est nécessaire de revenir, une nouvelle fois, à l'entité qui conditionne l'évolution du droit à l'information, la jurisprudence. Suite à l'arrêt Mercier fixant les prémisses du droit à l'information, la Cour de cassation en a profité pour reconnaître explicitement ce droit constituant tant « *une obligation imposée par le respect de la personne humaine* » qu'une « *atteinte grave aux droits du malade* »¹⁴. Ce changement de paradigme se constate sur deux pans.

D'une part, une attention particulière doit être portée sur le visa de cet arrêt Teyssier. Le juge de cassation se fonde sur l'article 1382 du Code civil fixant la responsabilité délictuelle plutôt que l'article 1147 dudit Code. Revenir promptement à la disposition du Code civil ne s'avère pas inutile: si l'article 1382 du Code civil prévoyait « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », il contribue à une subjectivisation du droit à l'information puisque son non-respect doit donner lieu à réparation. Sans tomber dans un raisonnement simpliste, l'usage de la responsabilité délictuelle permet, en théorie, un accroissement des possibilités de recours sur le fondement d'un défaut d'information. Il faut néanmoins relativiser cette référence à l'article 1382 du Code civil puisqu'il ne s'agissait, en l'espèce, qu'une tentative préliminaire. En effet, ce ne sera qu'en 2010 que le juge judiciaire entérinera le passage à la responsabilité délictuelle¹⁵. Comme l'avait présagé l'arrêt Teyssier par l'utilisation de la notion de « respect de la personne humaine », cette solution de 2010 met en exergue le principe de dignité humaine, principe contrebalançant l'écueil d'une réparation insuffisante fondée sur la responsabilité contractuelle. Outre ces ambitieuses considérations théoriques, il faudra porter un regard attentif aux implications et conséquences juridiques de l'utilisation d'un tel fondement novateur: plus précisément, sauront-elles réaliser pragmatiquement les évolutions souhaitées et attendues?

¹³ A. Jaunait, « Comment peut-on être paternaliste? Confiance et consentement dans la relation médecin-patient », *Raisons politiques*, 2003, p60.

¹⁴ Cour de cassation, Chambre des Requêtes, 28 janvier 1942, Teyssier, *Gaz. Pal.*, 1942.

¹⁵ Cour de cassation, 1ère Civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, pourvoi n°09-13.591.

D'autre part, ce changement de paradigme caractérisant le fondement du droit à l'information se constate par le vocabulaire employé. En effet, un regard se doit d'être porté sur le lexique qui a suivi une évolution corrélative à l'acception du fondement du droit à l'information du patient. L'intérêt d'évoquer ce vocabulaire est d'autant plus important lorsqu'il est envisagé en lien avec la doctrine de l'humanisation des hôpitaux (voir *supra*): une impulsion est donnée bien qu'il soit toujours question des « malades ». Ainsi, sous quelle appellation caractériser l'individu soigné: est-ce un malade ou un patient? Il est nécessaire d'admettre que le terme choisi sera gage d'une conception différente. C'est pourquoi, dans les conclusions d'un arrêt du Conseil d'Etat de 1997¹⁶, Valérie Pécresse propose le remplacement du terme « malade » pour l'appellation de « patient »¹⁷. Ce changement de vocable trouve une justification juridique: le terme patient englobe davantage de situations mais retranscrit surtout une relative neutralité et perd, *a minima*, de son caractère péjoratif.

Ainsi, par l'utilisation de l'ancien article 1382 du Code civil et l'évolution lexicale qui en découle, il est démontré qu'un changement de paradigme a réellement été opéré. Changement de conception du droit à l'information qui octroie à ce droit une portée qu'il est évident de préciser: il a implicitement valeur constitutionnelle puisqu'il est fondé sur le respect de la dignité humaine¹⁸. Cette valeur constitutionnelle illustre parfaitement l'importance de l'évolution qui touche les fondements de ce droit.

Après avoir constaté et observé la matérialisation et la formalisation de ce changement de paradigme, il est impérieux de saisir ce qu'emporte ce fondement de dignité humaine. Revenir quelque peu à l'arrêt Teyssier¹⁹ semble circonstancié: il fonde le droit à l'information sur la protection de la dignité de la personne humaine. Cependant, pour respecter la dignité humaine de la personne, il faut obtenir son consentement. *De facto*, une corrélation semble irrémédiable entre les notions d'information et de consentement: le juge judiciaire la met en lumière en précisant que l'obligation de recueillir le consentement est une composante majeure de la dignité humaine. Cette corrélation incite, plus rigoureusement, à se questionner sur l'antériorité de l'information sur le consentement, ou inversement. Cette recherche de lien entre ces deux notions contribue à reconnaître implicitement que l'information sans le consentement ne serait que dérisoire mais, plus

¹⁶ Conseil d'Etat Section, 3 novembre 1997, Hôpital Saint Joseph Imbert d'Arles, n°153686.

¹⁷ C. Lantero, *Les droits des patients*, LGDJ, Systèmes, 2018, 204p. (spéc. p13).

¹⁸ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, n° 94-343/344 DC.

¹⁹ Cour de cassation, Chambre des Requêtes, 28 janvier 1942, Teyssier, *Gaz. Pal.*, 1942.

encore, que le consentement sans l'information serait nul. En effet, c'est une application pure de l'exigence de consentement éclairé: dire qu'il est éclairé permet de démontrer qu'il y a eu information au préalable. Ainsi, l'information est l'instrument de réalisation du consentement: elle est nécessaire à l'expression de la volonté de la personne. Cette antériorité de l'information sur le consentement est affirmé pour la première fois dans le Code de déontologie de 1979 précisant que le médecin doit « *formuler ses prescriptions avec toute la clarté nécessaire. Il doit veiller à la bonne compréhension de celle-ci par le malade et son entourage* ». Au travers de l'obligation de clarté et de l'exigence de bonne compréhension des soins par le malade, la primauté du droit à l'information émerge. Primauté justifiée tant par son antériorité que par sa nécessité au recueil d'un consentement éclairé, primauté consacrée par la prééminence de la volonté de la personne et consacrant, *ipso facto*, l'émergence d'une subjectivisation du droit à l'information .

Ce fondement inédit du droit à l'information du patient reposant sur la dignité humaine retranscrit, *a minima*, une évolution de la conception et, plus encore, de l'acceptation de ce droit, si ce n'est, un changement de paradigme. S'il est établi qu'une volonté de noter ce point de bascule est véritablement marquée, c'est parce que cette évolution de fondement sera le gage de l'impulsion nouvelle octroyée au droit à l'information laissant présager les problématiques corrélatives. La jurisprudence a ainsi souhaité donner une aspiration relativement favorable à ce droit en laissant émerger un fondement davantage subjectif afin de provoquer un regain d'effectivité. Effectivité permise, à ce stade, par une opposabilité nécessairement accrue au regard d'un fondement avantageux à l'égard du patient. Dès lors, ce processus de reconnaissance du droit à l'information est en constante évolution, son caractère graduel pleinement affirmé comme l'illustre l'intervention tardive du Législateur.

Paragraphe 2: Une consécration législative tardive.

L'impulsion jurisprudentielle donnée, pour être davantage rigoureux, l'oeuvre prétorienne affirmée, le législateur est intervenu afin de consacrer ce droit à l'information. Si une intention particulière est portée au lexique utilisé laissant transparaître une insistance, celle-ci est souhaitée: c'est l'attente d'une intervention législative qui a conduit à ce long cheminement jurisprudentiel qu'il serait réducteur de qualifier de simple impulsion. Peut-être faut-il ainsi percevoir une volonté implicite du législateur de se satisfaire de ce rôle passif rendant, *a contrario*, le juge acteur principal

de l'évolution du droit à l'information du patient? Si le pouvoir législatif a semblé s'accommoder de cette situation, il s'y est pourtant conformée.

Ainsi, le droit à l'information a fait l'objet d'une consécration normative qui dévoile deux aspects principaux. Si cette consécration sembla assez ambitieuse au vu de l'uniformisation des régimes jurisprudentiels et de l'affirmation d'une démocratie sanitaire (I), elle révéla, paradoxalement, une ambivalence traditionnelle entre la jurisprudence administrative et judiciaire (II).

I. L'affirmation d'une démocratie sanitaire.

La loi du 4 mars 2002, dite loi Kouchner, consacre l'oeuvre prétorienne construite sur plus d'un demi-siècle. Il n'est pas impertinent d'affirmer que cette loi était attendue et souhaitée, a minima, pour normaliser, entendu au sens strict, le droit à l'information du patient. Si les attentes de cette loi étaient davantage d'ordre formel, le législateur ne se contenta de donner un ancrage normatif à ce droit en le codifiant dans le Code de la santé publique (CSP), il introduisit une nouvelle notion, celle de la démocratie sanitaire. Cette notion, dont le caractère hautement présomptueux semble criant, doit nécessairement faire l'objet d'une explication afin de l'appréhender de la manière la plus précise, mais plus encore, de s'abstenir de lui octroyer une essence démesurée ou mensongère. Selon Didier Tabuteau, celle-ci serait « *une organisation de la société reconnaissant le droit et la capacité de chacun de connaître, de décider et d'agir pour sa santé et la protection de la santé publique* »²⁰. Cette définition, bien qu'elle soit porteuse d'un trait relativement général, met en exergue les fondements du droit de la santé résultant notamment de la jurisprudence, admise dans sa globalité compte tenu du consensus obtenu sur l'ancrage de ce droit. Ces fondements sont décelables par le triptyque utilisé: connaître, décider et agir. Il semble intéressant de s'attarder à déterminer ce que recouvre ces trois verbes. La nécessité de connaissance de sa santé désigne, assurément, l'information du patient. La décision renvoie au consentement: celle-ci s'apparenterait davantage à un processus menant de l'émission d'une information au consentement. Ce processus de décision permet au patient, *in fine*, d'agir pour sa santé par l'intervention du professionnel. Cette intervention du professionnel est notable et mérite un appesantissement. En effet, suite à l'information du patient et à son consentement, le médecin est réintroduit dans ce triptyque

²⁰ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades, op.cit.*, p19.

représentant les exigences attendues en matière médicale. Il s'agit véritablement d'une réintroduction, cette intervention du professionnel est finale: cette loi consacre ainsi la disparition du paternalisme médical dont le processus de décision par le libre-arbitre du patient était bafoué. Cependant, ces exigences octroyant au patient le droit de connaître, de décider et d'agir placent, de manière indirecte, le médecin dans une position centrale: il est le garant de ce processus. Effectivement, afin d'être davantage méticuleux, il faut admettre que le médecin intervient au début du processus, par la délivrance de l'information, et à la fin de celui-ci pour agir. Il ne s'agit désormais plus d'un paternalisme médical mais d'une relation équilibrée, de codécision, qui est, par essence, le propre d'une démocratie. En cela, il est la clé de voûte du processus de démocratie sanitaire.

L'émergence de cette notion nouvelle sembla, dans un premier temps, marquer une ambition certaine du législateur. Néanmoins, la démocratie sanitaire consacre, le changement de paradigme présagé par le Juge en entérinant les « droits de la personne »²¹, *a fortiori*, les droits individuels comme le droit au respect de la dignité de la personne humaine²². Si cette loi a admis la nécessité d'accorder des droits aux patients, elle s'est gardée d'un écueil: envisager seulement des droits. *De facto*, dans une approche de démocratie sanitaire, celle-ci se devait, corrélativement, consacrer des « responsabilités »²³. En effet, la reconnaissance de tels droits au profit du patient nécessitait d'en fixer les obligations sous-jacentes. Succinctement, ces obligations se caractérisent par la volonté de rester dans l'ignorance d'un diagnostic. Cette loi pose ainsi, à la fois, une faculté de décider et une responsabilité de décision: il s'agit d'un équilibre propre à toute démocratie. Cette logique se perçoit aisément s'agissant du droit à l'information: en précisant que « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé », l'article L1111-2 du CSP appréhende l'information comme un droit du patient et une obligation, un devoir à la charge du médecin²⁴.

La loi Kouchner a ainsi permis l'émergence d'un nouveau concept, celui d'une démocratie sanitaire. Cependant, au-delà de l'affirmation de cette notion nouvelle, l'avènement tardif de cette consécration législative a emporté des conséquences qui, finalement, paraissent, *a posteriori*,

²¹ Loi du 4 mars 2002, Chapitre Ier « Droits de la personne ».

²² A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades*, *op.cit.*, p19.

²³ Loi du 4 mars 2002, Chapitre II « Droits et responsabilités des usagers ».

²⁴ X. Barella, « Le droit à l'information en matière médicale vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *AJDA*, 2012, p1991.

relativement prévisibles. En effet, si la reconnaissance normative des décisions jurisprudentielles notables permet nécessairement d'attribuer une effectivité accrue au droit à l'information, la transposition d'un demi-siècle de jurisprudence n'est guère évidente et tend inévitablement à mettre en exergue une dichotomie, désormais coutumière, entre la juridiction administrative et judiciaire.

II. La transposition de l'étendue du droit à l'information, témoin d'une dichotomie entre les juges administratif et judiciaire.

Avant d'appréhender la transposition entreprise, *stricto sensu*, par la loi du 4 mars 2002, il convient de comprendre le dessein fondamental de cette loi en portant un regard à l'état du droit *ex ante*. En effet, cet état du droit antérieur à la loi Kouchner démontrera, ou plus précisément, expliquera pourquoi une dichotomie jurisprudentielle perdure. Le législateur est intervenu afin d'uniformiser le régime de responsabilité inhérent au droit à l'information. Partant d'une dualité juridictionnelle suivant la nature juridique de la relation entre le médecin et le patient, contractuelle s'agissant du juge judiciaire et fonctionnelle concernant le juge administratif, qui n'est pas dénuée de conséquences à propos du régime de responsabilité applicable, le législateur souhaita davantage de lisibilité. Cette lisibilité se concrétisa par une harmonisation du régime de responsabilité. Ainsi, l'article L1142-1 du CSP consacre un régime de responsabilité pour faute tant s'agissant du secteur public que privé. Cependant, le législateur ne s'est pas attelé à définir la faute²⁵, l'appréciation de celle-ci se fait ainsi *in concreto*: « *ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ». Cette consécration normative, par l'affirmation d'une responsabilité pour faute, a, *de facto*, fait disparaître la responsabilité pour faute lourde ou sans faute, en la remplaçant notamment par l'intervention de la solidarité nationale²⁶. Cette unification du régime de responsabilité passa notamment par la fixation une prescription décennale pour un litige porté devant la juridiction administrative ou judiciaire: auparavant, la prescription était de quatre ans en matière administrative et trente ans devant le juge judiciaire²⁷. Par conséquent, bien qu'une tentative d'uniformisation du régime de responsabilité médical ait été entreprise par cette loi du 4 mars 2002, l'information est désormais due quelque soit l'établissement de soins, public ou privé, mais une dualité de compétence perdure entre le juge administratif et le juge judiciaire.

²⁵ C. Lantero, *Les droits des patients*, *op.cit.*, p145.

²⁶ *idem*, p147.

²⁷ *id.*, p144.

Le dessein de la loi Kouchner précisé, il est nécessaire de se pencher sur la transposition de la jurisprudence et notamment sur l'étendue du droit à l'information²⁸. Ainsi, l'article L1111-2 du CSP précise que l'information porte sur « *les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ». Par une analyse globale, le législateur a consacré les principes jurisprudentiels traditionnellement admis. Toutefois, par une analyse plus fine, il est aisé de constater que les termes utilisés par le législateur diffèrent quelque peu de ceux établis par les juges²⁹. Comme évoqué ci-dessus, l'information porte sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles. Pour comprendre la portée des termes utilisés, il faut procéder par analogie. En effet, le juge judiciaire exigeait, en 1997, que l'information porte sur les risques prévisibles et ceux dont la réalisation est exceptionnelle³⁰. *De facto*, l'étendue de l'information est appréciée de manière plus restrictive par la loi que par la jurisprudence judiciaire. Il faut néanmoins préciser que la juridiction judiciaire s'est rallié à la conception législative. *A contrario*, le juge administratif a précisé en 2004 que l'information doit porter sur l'ensemble des risques prévisibles ou exceptionnels³¹. La jurisprudence administrative semble ainsi plus favorable aux droits du patient, elle ne confirme pas la définition législative comme l'illustre sa conception moins stricte de l'étendue de l'information. Dès lors, cette transposition législative des principes jurisprudentiels démontre une ambivalence entre la perception de l'information par le juge et le législateur et, *a fortiori*, entre les deux ordres de juridictions.

Cette consécration normative, bien qu'elle octroie au droit à l'information du patient une assise certaine, semble restreindre son étendue ce qui nuance l'effectivité que l'on aurait immédiatement admise par la simple connaissance d'une reconnaissance normative.

Au-delà de ces considérations précises, la jurisprudence a oeuvré pour la reconnaissance des droits du patient faisant nécessairement évoluer les fondements du droit à l'information. Le législateur est, par la suite, intervenu: cette oeuvre prétorienne a fait l'objet d'une consécration,

²⁸ X. Barella, « Le droit à l'information en matière médicale vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *op.cit.*, p1993.

²⁹ J. Saison, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », *AJDA*, 2003, p74.

³⁰ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 25 février 1997, n°94-19.685.

³¹ Conseil d'Etat, 19 mai 2004, Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France, CPAM du Val-de-Marne, n°216039.

attendue. Ainsi, la reconnaissance du droit à l'information, en droit interne, fut graduelle et semble tendre vers la nécessité de rendre ce droit plus effectif. Pour appréhender, de manière rigoureuse, cette tendance, il convient de porter une attention particulière à la conception qui est faite par le droit international de ce droit à l'information du patient.

Section 2: L'affirmation d'une protection plurielle en droit international.

Dans le contexte juridique français, il est nécessaire, *a fortiori*, indispensable de porter un intérêt particulier au droit international et précisément au droit européen et communautaire. En effet, pour appréhender la problématique du droit à l'information du patient, si ce n'est pour constater son effectivité, il est impérieux de connaître sa protection ou, *a minima*, sa mise en oeuvre. Pour davantage de rigueur et de clarté, l'étude de ce droit externe est essentielle compte tenu de la valeur supra-législative des textes internationaux en vertu de l'article 55 de la Constitution française de 1958³². En outre, il ne semble pas inopportun d'explicitier la dichotomie effectuée entre le droit européen et le droit communautaire: si le premier est issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), son action est fondamentale dans la protection des droits des citoyens, le second est plus communément appelé droit de l'Union européenne (UE) et comprend les traités originaires ou de droit dérivé. Cette dichotomie emporte une conséquence juridique notable: le droit européen est sanctionné par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) alors que le droit de l'Union européenne l'est par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ces deux juridictions sont le gage d'une protection plurielle du droit à l'information ou, *a minima*, la présage.

Afin de constater ce présage, il sera nécessaire de s'attarder, d'une part, sur la protection permise par le droit européen (Paragraphe 1) avant d'observer celle instaurée, d'autre part, par le droit communautaire (Paragraphe 2).

³² Article 55 de la Constitution de 1958: « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Paragraphe 1: Le Conseil de l'Europe, rempart initial au droit à l'information.

Le Conseil de l'Europe fut la première organisation européenne à s'atteler à la défense des droits de l'homme en Europe. Il semble judicieux de déterminer préalablement les contours de ce Conseil. Celui-ci comprend quarante sept Etats, dont vingt huit sont membres de l'Union européenne. L'ensemble de ces Etats a signé la CEDH, traité dont il est aisé de préjuger de son caractère protecteur des droits de l'homme. Ce qui doit cependant faire l'objet d'une attention spécifique est la date à laquelle le Conseil de l'Europe s'est doté de ce traité, il fut adopté en 1950 et entra en vigueur en 1953. Ainsi, par sa précocité, qu'il est nécessaire d'apprécier par analogie avec le droit de l'Union européenne afin de ne revêtir aucune forme d'orgueil, le Conseil de l'Europe fut un rempart initial à la protection des droits et notamment du droit à l'information du patient.

Ces prompts précisions fournies, le Conseil de l'Europe s'apparente à un rempart au regard de la protection qu'il permet nécessairement par l'application de la CEDH (I) mais également d'une protection plus spécifique permise par la Convention d'Oviedo (II).

I. La protection inhérente à la CEDH.

Avant de procéder à une analyse précise de la protection qu'octroie la CEDH au droit à l'information, il semble primordial de s'attacher à entrevoir l'essence de celle-ci. En effet, son essence permettra d'appréhender au mieux la mise en oeuvre et les fondements de la protection du droit à l'information, *a fortiori*, sa logique.

Dans son préambule, la Convention précise immédiatement qu'elle « *tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits* » qu'elle énonce. Cette affirmation est forte de sens puisqu'au-delà d'une simple reconnaissance de droits, elle en exige une application effective. C'est l'effectivité de cette application qui retranscrira la protection accordée au droit à l'information du patient: il est déjà possible de percevoir en cette exigence la volonté d'une protection plus solide qu'en présence d'une unique reconnaissance des droits. Il faut préciser de nouveau que l'application universelle et effective de ces droits passent nécessairement par le mécanisme de garantie ouvert aux victimes: la Cour EDH.

Par la lecture de cette Convention, son esprit se dégage et se formalise assez pragmatiquement au sein de l'article 1 fixant l'obligation de respecter les droits de l'homme. Bien que ceux-ci jouissent

d'un assentiment certain dans le système occidental, les définir apparaît fondamental pour apprécier avec davantage de rigueur l'esprit de la CEDH. Selon la conception de la démocratie libérale, les droits de l'homme sont les droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'Etat³³. Si cette définition paraît de prime abord abstraite, l'essence des droits de l'homme semble davantage saisissable: ils s'attachent à la dignité humaine. Nonobstant la pluralité des droits qu'ils protègent comme le droit à la vie, le droit à un procès équitable ou encore la liberté de pensée, les droits de l'homme sont fondés sur l'exigence de respect de la dignité humaine.

Une corrélation intervient alors et se doit d'être relevée: quel est le fondement du droit à l'information du patient? Le respect de la dignité de la personne humaine. Afin de justifier pleinement cette affirmation, il convient de revenir promptement aux dispositions du Code civil. En son article 16, il est prévu que la « *loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* », conjointement, l'article 16-3 dudit Code prévoit le droit à l'information du patient avant de consentir à un acte susceptible de porter atteinte à son intégrité corporelle³⁴. Ainsi, par une simple considération formelle des dispositions du Code, le droit à l'information découle du principe du respect du cours humain préalablement fixé. Par une considération portée à la teneur de ce droit, il est aisé de constater que l'information du patient trouve son assise juridique dans le respect de la dignité humaine.

Effectuer cette analogie semblait revêtir un intérêt afin d'anticiper le fondement du droit à l'information et, *a fortiori*, la conception faite par le Cour EDH. Ainsi, bien que le principe de dignité humaine ne soit pas explicitement prévu dans la Convention, la Cour EDH a reconnu, en 2002, que « *La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention* »³⁵. Puisque la dignité de la personne humaine est l'esprit de la CEDH et qu'elle est également le fondement du droit à l'information du patient, ce droit est ainsi protégé par ladite Convention. En cela, la protection du droit à l'information est inhérente à la CEDH.

³³ Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2017.

³⁴ Article 16-3 du Code civil: « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. 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* ».

³⁵ Cour EDH, 29 avril 2002, paragraphe 65, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

Cette protection inhérente fut corroborée par des décisions de la Cour EDH davantage explicites quant à la nécessité de l'information et de la protection du patient³⁶. Ainsi, dans un arrêt de 1998, la Cour a rattaché les questions liées à l'accès aux informations permettant d'estimer les risques sanitaires à l'article 8 de la CEDH prévoyant le droit au respect de la vie privée et familiale³⁷. S'agissant plus précisément de la protection du patient, la Cour s'est attachée à la notion de nécessité du traitement en demandant aux Etats d'adopter des mesures à même, d'une part, de responsabiliser les médecins sur les conséquences des interventions et, d'autre part, de les contraindre à informer préalablement le patient en vue d'obtenir son consentement³⁸.

La CEDH est ainsi un texte général et fondateur ayant permis d'octroyer au droit à l'information du patient une assise juridique solide mais également une effectivité par les mécanismes de garantie mis en oeuvre par la Cour EDH. La protection existante l'est donc en vertu de l'esprit même du texte de respecter la dignité humaine. Cependant, une protection plus spécifique est prévue au sein du Conseil de l'Europe: la Convention d'Oviedo.

II. La protection spécifique par la Convention d'Oviedo.

La Convention d'Oviedo, également appelée Convention pour la protection des droits de l'homme et de la biomédecine et signée le 4 avril 1997, s'inscrit dans une logique de promotion des droits de l'homme particulièrement contre toute application abusive des progrès biologiques et médicaux. Il est, *de facto*, possible de constater immédiatement que cette Convention est un texte plus spécifique que la CEDH: elle porte précisément sur les problématiques médicales et corrélativement sur les contours qu'elles comportent (droit à l'information du patient, consentement).

Il semble nécessaire de confronter, *a minima*, d'apprécier conjointement la valeur de cette Convention de 1997 au regard de la CEDH. Si la CEDH dispose d'un organe juridictionnel sanctionnant un éventuel manquement, la Convention d'Oviedo n'en prévoit nullement. Cette absence de mécanisme de garantie nuit à son caractère contraignant et inéluctablement à l'effectivité des droits qu'elles fixent. En effet, l'article 1 de celle-ci précise que son application est

³⁶ X. Barella, « Le droit à l'information en matière médicale vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *op.cit.*, p1996.

³⁷ Cour EDH, 19 février 1998, Guerra et autres c/ Italie, n°14967/89.

³⁸ Cour EDH, 2 juin 2009, Codarcea c/ Roumanie, n°31675/04.

fonction des mesures mises en oeuvre en droit interne pour donner effet à ses dispositions³⁹. Dès lors, un constat doit être établi: si aucun organe juridictionnel n'est compétent pour sanctionner une violation de cette Convention et qu'elle précise que son application dépend du droit interne, le juge national est donc seul compétent pour la mettre en oeuvre. Illustration concrète de son caractère peu contraignant, relatif: malgré son implication particulière pour l'émergence de ce texte, la France l'ayant signé en 1997 ne l'a ratifié qu'en décembre 2011, ce texte n'entra en vigueur qu'en avril 2012 à l'exception de ces quatre protocoles additionnels. Afin d'étayer le propos, l'Allemagne ne l'a même pas signé: il s'agit ici de démontrer l'application relative de cette Convention. Si, en pratique, à défaut d'être dotée, à l'instar de la CEDH, d'un organe juridictionnel spécifique, elle semble moins contraignante, elle est, cependant, parfois utilisée par la Cour EDH comme fondement à ses décisions comme ce fut le cas lors d'un arrêt de 2004⁴⁰.

Bien que la protection octroyée par cette Convention soit relative, elle a le mérite de fixer un cadre spécifique au niveau européen. En effet, son article 1 est clair quant à l'objet qu'elle entend défendre, la dignité humaine est expressément citée: les « *Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* ». Par ailleurs, elle prévoit, en son article 5, l'exigence d'un consentement libre et éclairé avant toute intervention médicale tout en indiquant que la personne doit avoir reçu « *préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques* ». Cette Convention apparaît ainsi particulièrement protectrice du droit à l'information du patient puisqu'elle prévoit une autre disposition propre au droit à l'information du patient en son article 10: « *Toute personne a le droit de connaître toute information recueillie sur sa santé. Cependant la volonté d'une personne de ne pas être informée doit être respectée* » avant de préciser que la loi peut prévoir des exceptions au droit à l'information si elles sont dans l'intérêt du patient. Ces dispositions semblent en accord avec les prétentions de droit interne s'agissant de ce droit à l'information.

Malgré son caractère relatif, la Convention d'Oviedo est un texte spécifique gage d'une volonté européenne souhaitant octroyer davantage d'effectivité aux droits des patients. Cette

³⁹ Article 1 alinéa 2 de la Convention d'Oviedo: « *Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention* ».

⁴⁰ Cour EDH, 8 juillet 2004, Vo c/ France, n°53924/00.

Convention complétée par la CEDH contribue à accroître l'effectivité du droit à l'information par l'utilisation du principe de dignité humaine. Ainsi, un processus de subjectivisation de ce droit du patient semble émerger au vu de l'impulsion donnée au niveau du Conseil de l'Europe. Si ce droit européen fut le premier protecteur des droits du patient, le droit communautaire est également intervenu afin de renforcer cette protection.

Paragraphe 2: Le Conseil européen, l'émergence d'une protection consolidée.

Le Conseil européen, bien qu'il ne prenne que très peu de décisions ayant des conséquences juridiques pour l'Union européenne, donne une impulsion politique certaine au droit de l'UE. Cette faculté de donner une impulsion politique retranscrit le paradigme européen, en l'occurrence via le spectre des droits du patient. Ainsi, cette impulsion peut être novatrice par l'affirmation d'une protection accrue ou désapprobatrice par une approche peu ambitieuse. En l'espèce, il s'agira d'une protection affirmée par un intérêt croissant porté au droit à l'information. Au regard de l'évolution faite au niveau du Conseil de l'Europe, la protection admise semble parallèle, si ce n'est confirmative et, *a fortiori*, consolidée.

Le droit à l'information du patient fait l'objet d'une protection solide par la Charte des droits fondamentaux de l'UE (I) et, plus récemment, d'une protection nouvelle en vertu d'une directive européenne sur les soins transfrontaliers (II).

I. Une protection solide par la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

La Charte des droits fondamentaux de l'UE a été proclamée le 7 décembre 2000 lors du Conseil européen de Nice. Revenir préalablement à ses objectifs est essentiel afin de comprendre le cheminement mis en oeuvre au niveau européen. Cette Charte s'inspire notamment de la CEDH de 1950 ou encore de la Convention d'Oviedo de 1997 afin d'enrichir les droits de l'homme promus en Europe: son dessein est la capacité de regrouper dans un texte unique l'ensemble des droits fondamentaux. Par son souhait d'appréhender un maximum de ces droits, cette Charte s'attache nécessairement à des problématiques plus récentes telles que la bioéthique ou, *a minima*, de nouveau mises en exergue sous une autre facette comme le droit à l'information et le consentement. Toutes ces problématiques sont irrémédiablement liées et justifient pleinement l'avènement d'un tel texte regroupant tous ces droits.

Cependant, cette Charte ne se veut pas uniquement un recueil des droits de l'homme d'ores-et-déjà reconnus en Europe, son dessein est actif: elle souhaite protéger efficacement ces droits par une volonté d'en affirmer les contours. Ainsi, en son chapitre premier intitulé « Dignité », celle-ci précise immédiatement que la dignité humaine est inviolable: est fixée une obligation de respect et de protection⁴¹. Cette obligation illustre son aspiration à davantage d'effectivité par ce style, dont on conviendra, assez direct. Son article 3 nommé « Droit à l'intégrité de la personne » s'attache à protéger les droits du patient et implicitement le droit à l'information en fixant « *Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés: le consentement libre et éclairé de la personne concernée* ». Le principe du respect du consentement et particulièrement l'exigence de son caractère éclairé renvoie indubitablement au droit à l'information du patient.

Il semble intéressant de porter une attention particulière sur l'influence du Conseil européen sur le développement de cette Charte et, *a fortiori*, sur les droits qu'elle protège. Si cette Charte fut, comme précisé préalablement, proclamée lors du Conseil européen de Nice en 2000, elle entra dans le droit primaire de l'UE lors du traité de Lisbonne de 2007 sous l'impulsion dudit Conseil. Comprendre la portée et les conséquences de l'entrée de la Charte dans le droit originaire de l'UE est primordial. En effet, ce droit primaire est la source suprême du droit de l'UE, il fournit un cadre juridique aux institutions de l'Union et provient notamment des traités fondateurs. Ainsi, affirmer que la Charte des droits fondamentaux a une valeur juridique semblable à celle des traités fondateurs n'est pas négligeable: elle revêt un caractère contraignant pour les Etats membres permettant aux citoyens de leur opposer cette Charte en cas de non-respect d'un des droits qu'elle prescrit. S'agissant, plus précisément, des conséquences qu'emporte le caractère contraignant de la Charte en pratique, son article 51 précise qu'elle s'applique, d'une part, aux institutions et organes de l'UE et, d'autre part, aux Etats membres lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'UE. Ainsi, un mouvement se doit d'être constaté: la Charte fut signée en 2000 mais le Conseil européen souhaita lui donner une assise juridique plus forte en 2007 contribuant nécessairement à l'effectivité du droit à l'information du patient.

Si la protection du droit à l'information admise par la Charte des droits fondamentaux de l'UE l'est dans le cadre du droit primaire de l'Union démontrant sa solidité et davantage

⁴¹ Article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'UE: « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

d'effectivité par la volonté nouvelle du Conseil européen, il faut noter l'émergence d'une protection renouvelée permise par la naissance d'un statut juridique du patient européen. L'avènement de cette protection nouvelle suit, corrélativement, l'impulsion donnée en droit primaire pour la calquer en droit dérivé de l'UE: telle est, *a minima*, l'ambition qui s'en dégage.

II. Une protection renouvelée, l'émergence d'un statut juridique du patient européen.

Le 9 mars 2011, une directive relativement novatrice fut adoptée par le Parlement européen et le Conseil de l'UE. De prime abord, il convient de s'intéresser au contexte dans lequel elle est intervenue. Quelques arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) furent rendus depuis plusieurs années mais le législateur européen a jugé opportun de fixer un cadre aux règles en matière de soins de santé transfrontaliers. L'action dudit législateur est fondée sur la volonté de clarifier les normes relatives aux droits des patients appliquées au cadre transfrontalier, échelon européen oblige. Au-delà de cette clarification d'ordre formel, son caractère novateur peut être perçu par l'aspiration à une harmonisation des droits accordés aux patients par les Etats membres et, *a fortiori*, par la coopération envisagée. Ambition perçue et corroborée par les termes forts utilisés dans les dispositions: le chapitre deux prévoit les « *Responsabilités des Etats membres en matière de soins de santé transfrontaliers* ». Comme le soutient Xavier Barella, l'idée de responsabilités incombant aux Etats confirme leur compétence mais révèle également leurs obligations⁴². Ces responsabilités sont l'illustration d'une volonté du législateur européen, celle d'octroyer davantage d'effectivité aux droits des patients. *De facto*, le législateur a jugé bon d'utiliser l'harmonisation et la coopération afin de mettre en oeuvre son dessein: ce sont les éléments fondamentaux de cette directive et ceux-ci signifieront l'engagement, la protection qui sera accordée à l'information des patients.

S'agissant de l'harmonisation souhaitée, l'article 4 de cette directive intitulé « *Responsabilités de l'Etat membre de traitement* » apporte des précisions quant aux obligations des Etats et, corrélativement, aux droits consacrés pour les patients. Ainsi, les prestataires de soins fournissent des informations utiles pour aider chaque patient à faire un choix éclairé concernant les options thérapeutiques, la disponibilité, la qualité et la sécurité des soins envisagés. L'information doit également porter sur les prix, leur couverture d'assurance ou tout autre moyen qui serait le gage

⁴² X. Barella, « Le droit à l'information en matière médicale vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *op.cit.*, p1998.

de leur responsabilité professionnelle⁴³. La directive s'attarde à détailler l'étendue de l'information ce qui démontre les attentes du droit de l'UE s'agissant du droit à l'information. L'harmonisation porte, *de facto*, davantage sur le champ d'application de l'obligation d'information du patient.

S'agissant de la coopération envisagée, de nombreuses dispositions en témoignent. En effet, un droit d'accès au dossier médical est fixé nécessitant une coopération entre l'Etat membre de traitement et l'Etat membre d'affiliation⁴⁴. Par ailleurs, la directive souhaite la mise en place de procédures transparentes permettant aux patients de déposer plainte et de mécanismes afin de demander réparation⁴⁵. Toutefois, une réserve, atténuation est posée: la réparation interviendra selon la législation de l'Etat membre de traitement. Ainsi, si la directive semble, de prime abord, novatrice, ce caractère peut être relativisé par l'absence d'uniformisation quant à la réparation du défaut d'information. Nonobstant la fixation de l'étendue de l'information par l'article 4 de cette directive, ce défaut se constatera à la libre appréciation de l'Etat membre contrevenant indubitablement à l'effectivité du droit à l'information du patient.

Néanmoins, la coopération étatique se trouve réellement caractérisée par l'émergence de points de contact nationaux ayant pour objectif de faciliter l'échange d'informations et les interactions entre les Etats membres et la Commission. Ces points de contact fournissent les informations relatives aux praticiens, aux droits des patients, les procédures pour porter plainte et l'information quant à la réparation permise⁴⁶. En outre, ces points de contact concrétise un droit à l'information au niveau de l'UE: si cette directive peut paraître, notamment s'agissant de la réparation, lacunaire dans sa tentative d'harmonisation, elle consacre la notion de patient européen gage d'une protection renouvelée du droit à l'information.

⁴³ Article 4 de la directive du 9 mars 2011: « 2) L'Etat membre de traitement veille à ce que: b) les prestataires de soins de santé fournissent des informations utiles, pour aider chaque patient à faire un choix éclairé, notamment en ce qui concerne les options thérapeutiques, sur la disponibilité, la qualité et la sécurité des soins de santé qu'ils dispensent dans l'Etat membre de traitement et qu'ils fournissent également des factures claires et des informations claires sur les prix, ainsi que sur leur statut en matière d'autorisation ou d'enregistrement, leur couverture d'assurance ou tout autre moyen de protection personnelle ou collective au titre de la responsabilité professionnelle ».

⁴⁴ Article 4 2) f) de la directive du 9 mars 2011.

⁴⁵ Article 4 2) c) de la directive du 9 mars 2011.

⁴⁶ Article 6 de la directive du 9 mars 2011: « Points de contact nationaux pour les soins de santé transfrontaliers » 3) « Pour permettre aux patients d'exercer leurs droits en matière de soins de santé transfrontaliers, les points de contact nationaux dans l'Etat membre de traitement leur fournissent des informations relatives aux prestataires de soins de santé, (...) ainsi que des informations sur les droits des patients, les procédures permettant de porter plainte et les mécanismes de demande de réparation, conformément à la législation dudit Etat membre ».

Ces considérations de droit interne et de droit international démontrèrent le caractère unanime de la reconnaissance du droit à l'information du patient. Néanmoins, cette unanimité n'est constatable qu'aujourd'hui, qu'*a posteriori*, sans quoi elle ne serait qu'illusoire. Cette réflexion pose nécessairement la caractéristique inhérente au droit à l'information, son évolution. Ce trait évolutif fut présent tant en droit interne dans sa construction et, plus encore, sa consécration législative qu'en droit international par l'affirmation progressive de sa protection plurielle. Evoquer son évolution est essentiel puisqu'elle fut le gage de la consécration de l'information comme un droit du patient. Cependant, par essence, un droit emporte des obligations. Ainsi, la reconnaissance de l'information comme un droit du patient engendre, corrélativement, l'affirmation d'un devoir, d'une obligation encadrant le médecin.

CHAPITRE 2: UN DEVOIR ENCADRANT NÉCESSAIREMENT LE MÉDECIN.

Le droit à l'information, puisque c'est ainsi qu'il est dénommé depuis le début de l'étude, l'est à l'égard du patient. Une interrogation émerge alors assez naturellement: *quid* du praticien? En vertu de la relation entre un patient et son médecin, accorder un droit au premier revient à attribuer un devoir au second. Ainsi, une obligation pèse nécessairement sur le médecin: celle-ci est la conséquence pragmatique de la reconnaissance d'un tel droit et, a fortiori, le gage de son effectivité. Plutôt que se borner à étudier le devoir incombant au médecin, il s'agira de mettre en exergue l'évolution de la relation entre le professionnel et le profane emportée par l'état actuel du droit, de tirer les conséquences médicales et juridiques de cette obligation à l'égard du médecin. Puisqu'il est admis que la fixation d'un devoir pour le praticien emportera également des conséquences pour le patient, bien que, de prime abord, il eût été possible d'omettre ce pan pourtant essentiel. Pan qui est le témoin des interactions actuelles et des éventuelles évolutions futures tant au niveau jurisprudentiel que législatif.

Ainsi, afin de constater que ce droit à l'information se voudra devoir à l'égard du médecin, il faudra mettre en évidence une relation de cause à effet. L'emploi du singulier afin de caractériser cette relation n'est pas anodin. Effectivement, le droit à l'information du patient revêt la qualité d'obligation par l'extension du champ de l'information (Section 1), cause unique engendrant corrélativement un effet sur la relation entre soignant et soigné, la consécration de la primauté du droit à l'information du patient ou du devoir d'information du médecin (Section 2).

Section 1: L'extension soudaine du champ de l'information.

La reconnaissance jurisprudentielle et législative d'un droit à l'information devait nécessairement s'accompagner de précisions quant à l'étendue de cette information. Ces précisions sont le moyen idoine, si ce n'est *sine qua non*, de garantir à ce droit une certaine effectivité. Nécessairement, au regard de l'évolution jurisprudentielle entreprise démontrant une subjectivisation du droit à l'information, entendue au sens de la capacité accrue pour les patients de s'en prévaloir et de jouir des prérogatives qui y sont attaché, le champ de l'information se devait d'être étendu.

Cette extension se concrétisa par l'affirmation, d'une part, d'un large contenu de l'information (Paragraphe 1) et, d'autre part, d'exigences quant à l'obligation de délivrance de cette information due aux patients (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'affirmation d'un large contenu de l'information.

L'affirmation d'un large contenu de l'information se fait irrémédiablement dans l'intérêt du patient. Au-delà de cette précision désormais bien ancrée, que recouvre, en pratique, cette obligation incombant au médecin? Son étendue et les exigences portant sur cette obligation sont fondamentales: elles sont la concrétisation des prétentions théoriques précédemment posées et, *a fortiori*, le moyen d'apprécier la réalité de l'effectivité de ce droit.

Afin d'appréhender le large contenu de cette obligation, il sera nécessaire de préciser les caractéristiques de l'information (I) avant de constater que cette affirmation aboutit à un encadrement de l'activité médicale (II).

I. La précision des caractéristiques de l'information au profit d'une autonomie du patient.

Les caractéristiques de l'information sont l'illustration de la conception du droit à l'information. Ainsi, revenir sur l'évolution de ces caractéristiques est essentiel afin d'apprécier au mieux le contenu de cette obligation d'information.

Si, aujourd'hui, l'article R4127-35 du CSP dispose « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose* », longtemps, ces exigences relatives à l'information n'étaient guère établies. En effet, une information imprécise suffisait à considérer que l'obligation était remplie, tel fut confirmé par la Cour de cassation en 1961 laquelle ne réclamait qu'une information « *simple, approximative, intelligible et loyale* »⁴⁷. Dès lors, il est aisé d'admettre que l'obligation d'information incombant au médecin était limitée. Plus encore, un véritable déséquilibre est constatable dans la relation entre soignant et soigné perceptible notamment par l'usage de l'adjectif « approximative » renvoyant à la libre appréciation du médecin et ne permettant aucunement une condamnation au titre du non-respect de cette obligation.

⁴⁷ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 21 février 1967, n°115.

Effectivement, en pratique, comment caractériser que l'obligation d'information fait défaut lorsqu'elle peut se contenter d'être « *approximative* »? Un paradoxe est presque identifiable, *a posteriori*, dans cette énumération de qualificatifs quant à l'obligation en question: une information peut-elle être approximative et loyale? Si la loyauté est synonyme de sincérité, de droiture, une information loyale doit nécessairement être véridique et, *a minima*, précise. La précision étant un caractère en total contradiction avec une information approximative: elle est même son antonyme. Ainsi, tant sur le fond tenant à l'information exigée que sur la forme tenant à la cohérence de l'obligation d'informer, il était souhaitable d'attendre, en vertu d'une obligation digne de ce nom, une information « *loyale, claire et appropriée* ».

Cependant, malgré la consécration de ces caractéristiques de loyauté, de clarté et d'adéquation dans le CSP en 2004, jusqu'en 2012 une disposition discutable fit ressurgir une conception de paternalisme médical⁴⁸. En effet, l'article 35 du Code de déontologie de 1995 codifié à l'article R4127-35 du CSP contrevenait au principe même d'obligation d'information en prévoyant « *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave* ». L'information était, *de facto*, laissée à la discrétion du médecin, une véritable marge d'appréciation lui était octroyé par l'utilisation du terme « *en conscience* ». Ce n'est ainsi qu'en 2012 que cette disposition fut abrogée. Il est cependant opportun de revenir sur la modification qui fut apportée: celle-ci apporte un éclairage primordial. Dans la disposition précitée, le médecin joue un rôle actif, il apprécie, lui-même, s'il faut laisser le patient dans l'ignorance d'un pronostic grave. L'article R4127-35, actuellement en vigueur, dispose « *lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée* »: l'acception de l'information est ici tout autre. Effectivement, le patient décide, il est question de sa volonté propre et nullement d'un choix exogène: ceci témoigne d'un processus en faveur de du patient. Ce processus se concrétise par une autonomisation du patient: celui-ci choisit et décide, son libre-arbitre est revalorisé, ce n'est, effectivement, plus au médecin de décider du sort du patient. Le terme sort est volontairement utilisé afin de d'exacerber le pouvoir du médecin qui ne fut fondé que sur de la subjectivité. Cette évolution de conception de l'information était prévisible compte tenu de la reconnaissance de ce droit au patient mais était attendue, en pratique, afin de coordonner ce droit à une obligation effective.

⁴⁸ C. Lantero, *Les droits des patients, op.cit.*, p75.

L'information n'étant plus subordonnée à la libre appréciation du médecin et ses caractères étant fixés, le droit à l'information du patient semble véritablement s'affirmer ne laissant plus place au paternalisme médical. Toutefois, dire que cette doctrine a perdu son influence ne signifie pas que le médecin ne joue plus un rôle actif. En effet, comme l'avait admis la Cour de cassation en 1961⁴⁹, l'information doit être « intelligible ». Cette exigence d'intelligibilité entend implicitement mettre en exergue l'action essentielle du médecin dans la capacité à donner l'information, *a fortiori*, la rendre compréhensible. Le médecin est ainsi doté d'un rôle pédagogique qui n'est guère étonnant au regard de l'étymologie du mot « docteur » émanant du latin « *docere* » signifiant instruire⁵⁰. Ce rôle didactique du médecin est ainsi essentielle mais, plus encore, c'est bien son intervention qui est fondamental afin de délivrer une obligation qui soit conforme aux exigences précédemment posées: s'il perd sa prédominance dans la relation médicale, c'est au profit qu'un équilibre instauré avec le patient.

Les caractéristiques de l'information que sont la loyauté, la clarté et l'appropriation mettent en exergue les attentes inhérentes à cette obligation. En effet, le champ de l'information s'élargit au regard des exigences pesant sur l'information: celles-ci sont plus strictes. Consacrer la loyauté, la clarté et l'appropriation de l'information revient à faire peser une obligation plus lourde sur le médecin ce qui contribue à son effectivité. Au-delà de cet aspect quant aux exigences relatives à cette obligation, à sa teneur, l'élargissement du contenu de l'information se perçoit par l'encadrement étroit du praticien, toujours au profit du patient.

II. Un encadrement de l'activité médicale au profit du patient.

L'affirmation d'un large contenu de l'information passe nécessairement par un encadrement de l'activité médicale. Cet encadrement est d'autant plus constatable que la loi du 4 mars 2002 prévoit une liste exhaustive du champ de l'information. Ce souci du détail qu'a eu le législateur n'est pas insignifiant: il s'agit de sa volonté d'encadrer l'activité médicale pour favoriser les droits du patient et, *a fortiori*, d'octroyer davantage d'effectivité à cette obligation. Ainsi, l'article L1111-2 du CSP énumère le champ de l'information en disposant « *Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur*

⁴⁹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 21 février 1967, n°115.

⁵⁰ M-L. Mathieu-Izorche, « Obligations du médecin: informer, ou convaincre? », *Recueil Dalloz*, 2001, p3560.

urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ». Il semble nécessaire de revenir sur chaque élément constitutif de l'information. Il est, effectivement, envisageable de parler d'élément constitutif puisque ceux-ci doivent tous être présentés au patient et permettent, le cas échéant, de caractériser le respect de l'obligation ou, *a contrario*, son défaut.

Ainsi, il est fondamental de comprendre que lorsqu'il est question d'investigations, de traitements ou d'actions de prévention, il s'agit en réalité de tous les actes médicaux: l'information doit, *de facto*, porter sur les actes médicaux. Employer ce terme n'est pas anodin et est, de nouveau, gage d'une volonté d'élargir le champ de l'information puisqu'il est admis qu'un acte médical représente « *tout acte dont la réalisation par des moyens verbaux, écrits, physiques ou instrumentaux, est effectué par un membre d'une profession médicale, dans le cadre de son exercice et les limites de sa compétence* »⁵¹. Dès lors, l'acte médical recouvre tout professionnel de santé et non seulement le médecin: exigence faite au bénéfice du patient. Une précision doit être faite à propos de la qualification d'acte médical, elle illustre pleinement la volonté de soumettre un maximum d'actes à cette obligation d'information. En effet, l'accouchement par voie basse n'est pas un acte médical et ne devrait, en principe, pas être soumis au devoir d'information. Cependant, le Conseil d'Etat a considéré que si un tel accouchement constitue un « *événement naturel et non un acte médical* », il ne dispense pas les médecins de l'obligation d'information sur « *les risques qu'il est susceptible de présenter* »⁵². Ainsi, une appréciation large des actes médicaux se fait conjointement et, a fortiori, corrélativement à l'élargissement du contenu de l'information.

Au-delà, la loi Kouchner précise que l'information doit porter sur les « *risques fréquents ou graves normalement prévisibles* » et sur les « *risques nouveaux* » même s'ils sont identifiés postérieurement à l'acte médical. Ainsi, la loi se place en contradiction avec la jurisprudence admise tant par le juge judiciaire⁵³ que le juge administratif, bien que seul le juge administratif ait tenu sa position. En effet, en 1998, le juge judiciaire estimait que l'information était due même s'agissant de « *risques exceptionnels* ». Les juges du Palais Royal prévoyaient également, deux ans plus tard, que « *la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les*

⁵¹ Commission de terminologie et de néologie pour le domaine de la santé.

⁵² Conseil d'Etat, 27 juin 2016, CHU de Poitiers, n°386165.

⁵³ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 octobre 1998, Clinique du Parc, n°97-10.267.

praticiens de leur obligation »⁵⁴. Cependant, après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, le juge administratif a continué d'appliquer sa jurisprudence par une interprétation large de la notion législative de « *risques normalement prévisibles* »⁵⁵. D'ailleurs, il ne s'est pas contenté d'intégrer dans cette notion les risques exceptionnels, il a même poussé à son paroxysme l'interprétation afin de favoriser les patients. Il a ainsi fait part de son interprétation extensive des risques de manière assez pédagogique en 2016: doivent être portés à la connaissance du patient « *les risques connus de cet acte qui soit présentent une fréquence statistique significative, quelle que soit leur gravité, soit revêtent le caractère de risques graves, quelle que soit leur fréquence* »⁵⁶. Ces précisions du juge illustrent son souhait d'inclure un maximum d'éléments dans l'information afin de permettre au patient de choisir de manière libre et éclairée.

Il est nécessaire de préciser que cette problématique avait d'ores-et-déjà été évoquée afin de démontrer une dichotomie entre les jurisprudences mais aucunement pour apprécier le contenu de l'obligation.

Toujours dans cette perspective quant aux risques nécessitant information, le Conseil d'Etat a poursuivi son oeuvre, ou plutôt a été fidèle à l'impulsion qu'il avait lui même donnée, en spécifiant que les risques qui ne sont pas encore connus doivent également faire l'objet d'une information du patient⁵⁷. En effet, lorsqu'une technique innovante est utilisée, l'information doit porter tant sur les risques qu'il est admis de signifier au patient que sur « *le fait que l'absence d'un recul suffisant ne permet pas d'exclure l'existence d'autres risques* »⁵⁸. Cette décision démontre que des exigences accrues incombent aux praticiens afin de protéger le patient.

Ces exigences accrues sont d'autant plus perceptibles que l'obligation d'information peut parfois être renforcée. S'il est communément admis qu'en matière de chirurgie esthétique ou de recherches impliquant la personne humaine, l'information doit être plus poussée, la prescription hors autorisation de mise sur le marché semble particulièrement significative. En effet, l'article L5121-1 du CSP conditionne la prescription d'un médicament hors autorisation de mise sur le

⁵⁴ Conseil d'Etat, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

⁵⁵ C. Lantero, *Les droits des patients, op.cit.*, p76.

⁵⁶ Conseil d'Etat, 19 octobre 2016, CH d'Issoire, n°391538.

⁵⁷ Conseil d'Etat, 10 mai 2017, CHU de Nice, n°397840.

⁵⁸ J-M. Pastor, « L'information du patient en cas de risques mal connus », *AJDA*, 2017, p1025.

marché à l'absence d'alternative thérapeutique et à une information renforcée: le médecin doit préciser cette situation et pourquoi il propose ce traitement plutôt qu'un autre⁵⁹.

Toutes ces attentes, ces exigences quant à l'information délivrée au patient démontre, sans conteste, un encadrement de l'activité médicale. Au-delà, le champ de l'obligation d'information est étendue afin de permettre, en pratique, l'invocation plus aisée de cette obligation devant les juridictions. *De facto*, cet élargissement contribue à octroyer davantage d'effectivité au droit à l'information du patient. Néanmoins, l'information due au patient l'est sur le fond, ce qui a été abordé au travers du contenu de cette obligation, mais également sur la forme. En effet, pour que l'information ait été donnée valablement au patient, le praticien doit s'être conformé à plusieurs exigences formelles.

Paragraphe 2: L'affirmation d'exigences sur l'obligation de délivrance.

S'il est souvent question de respecter l'obligation d'information, le professionnel de santé doit en réalité répondre d'une pluralité d'obligations. Ainsi, pour remplir son devoir d'information du patient, le praticien doit délivrer de manière adéquate l'information.

Ces exigences tenant à l'obligation de délivrance se matérialisent par la reconnaissance d'une obligation d'entretien (I) mais sont à relativiser pour des motivations pragmatiques (II).

I. La reconnaissance d'une obligation d'entretien.

La loi du 4 mars 2002 reconnaît une obligation d'entretien découlant directement de l'obligation d'information du patient: l'« *information est délivrée au cours d'un entretien individuel* »⁶⁰. Afin d'être davantage explicite sur cette exigence d'entretien individuel, il convient de se tourner vers les recommandations de bonnes pratiques établies par la Haute Autorité de Santé et homologuées par arrêté du ministre de la santé. Celles-ci suggèrent que la délivrance de l'information requiert « *du tact, du temps et de la disponibilité, ainsi qu'un environnement adapté* ». Elles sont ainsi fondamentales afin d'appréhender et de saisir ce que doit être un tel entretien

⁵⁹ Article L5121-1 du CSP: « *des informations supplémentaires fournissant la preuve de la sécurité et de l'efficacité des différents sels, esters ou dérivés d'une substance active autorisée doivent être données* ».

⁶⁰ Article L1111-2 du CSP.

individuel. Le médecin doit, en réalité, faire preuve de pédagogie et de patience puisqu'il est admis qu'il est souvent nécessaire de délivrer l'information de manière progressive et répétitive. L'information doit également être « *régulièrement actualisée* ». Nécessairement, cet entretien est oral et prend la forme d'un dialogue. Suivant la même impulsion que celle concernant le contenu de l'information, les exigences pesant sur la délivrance de l'information sont également élargies. Ces aspirations ne sont nullement de simples « recommandations », comme il serait pourtant logique de les penser, l'entretien individuel doit réellement être effectué dans un « *climat relationnel alliant écoute et prise en compte des attentes de la personne* ». En effet, le Conseil d'Etat a reconnu la force obligatoire de ces recommandations en 2011⁶¹ renforçant *de facto* les exigences pesant sur la délivrance de l'information et dotant, de manière globale, le droit à l'information de davantage d'effectivité.

Cette obligation d'entretien incombant, une nouvelle fois, au médecin a pour conséquence la multiplication des « décharges de responsabilité » ou « documents de consentement éclairé ». En effet, ceux-ci partent du postulat suivant: si l'entretien est oral, comment prouver qu'une information n'aurait pas été donnée avec tact, temps et disponibilité? Ils souhaitent ainsi par l'usage de ces décharges s'exonérer de leur responsabilité. Cependant, la Cour de cassation ne dote ces pratiques d'aucune valeur juridique⁶² et celles-ci ne sont pas le moyen de démontrer qu'un dialogue a existé entre le médecin et le patient⁶³. En effet, le praticien ne saurait empêcher de voir naître un litige à son encontre en vertu du droit fondamental d'ester en justice que le Conseil constitutionnel rattache à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 pour sa protection de la garantie des droits⁶⁴. Le juge se basant sur un faisceau d'indices afin d'apprécier la délivrance de l'information⁶⁵, cet écrit ne serait éventuellement qu'être un indice de la délivrance de l'information. En effet, le commentaire de l'Ordre des médecins à propos de l'article 35 du Code de déontologie médicale et, particulièrement de l'obligation de compréhension pesant sur le médecin, précise qu' « *il faut s'assurer que le patient saisit ce qu'on lui explique, lui laisser poser des questions complémentaires, lui proposer de reformuler ce qu'il a compris* ». Ainsi, au regard de

⁶¹ Conseil d'Etat, 27 avril 2011, Association pour une formation médicale indépendante, n°334396.

⁶² Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 18 mars 2003, n°01-15.711.

⁶³ C. Lantero, *Les droits des patients*, *op.cit.*, p77.

⁶⁴ Article 16 de la DDHC: « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

⁶⁵ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 14 octobre 1997, n°95-19.609.

cette nécessité que le patient se soit approprié l'information, qu'il l'ait comprise, il semble logique de n'octroyer aucune valeur juridique à de telles décharges de responsabilité. En pratique, le juge judiciaire a eu l'occasion de confirmer qu'un document de consentement éclairé, signé par le patient alors qu'il n'avait aucunement saisi l'information inscrite par le chirurgien, ne saurait prouver la délivrance de l'information et être opposable au patient⁶⁶.

Plus spécifiquement, il semble nécessaire de s'intéresser aux obligations qu'emporte ce devoir d'effectuer un entretien individuel. Celles-ci sont les conséquences de cette obligation de délivrance de l'information. En effet, comme le spécifient les recommandations de bonnes pratiques, le médecin doit prendre en compte les attentes du patient ce qui induit nécessairement une obligation de conseil⁶⁷. Le praticien doit aider le patient à choisir, *a minima*, lui présenter les différentes alternatives thérapeutiques.

Une autre obligation est également à noter, celle-ci diffère quelque peu puisqu'elle doit intervenir en amont de l'entretien: il s'agit de l'obligation de se renseigner. Pour que l'information soit valablement donnée c'est-à-dire évaluant les risques encourus, il faut que le médecin se soit renseigné sur l'état de santé du patient et les différents diagnostics possibles⁶⁸. Ainsi, toutes ces obligations sont liées et sont nécessaires afin de respecter les exigences tenant à la délivrance de l'information.

Le praticien voit ainsi ses responsabilités s'accroître également sur l'aspect formel que constitue l'obligation d'entretien individuel avec le patient. Toutefois, le législateur n'a pas souhaité rendre ces obligations totalement déraisonnables ou déraisonnées ce qui aurait pu s'avérer totalement contreproductif s'agissant de l'effectivité escomptée. Il a, dès lors, fait part de pragmatisme en atténuant cette obligation de délivrance de l'information.

⁶⁶ Cour d'Appel de Toulouse, 25 octobre 2010, n° 10/01705.

⁶⁷ E. Terrier, J. Perneau, « Médecine: réparation des conséquences des risques sanitaires - Conditions de la responsabilité médicale », *Répertoire de droit civil*, 2020, p.98.

⁶⁸ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 15 mars 2015, n°14-13.292: « *l'obligation, pour le médecin, de donner au patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science comporte le devoir de se renseigner avec précision sur son état de santé, afin d'évaluer les risques encourus et de lui permettre de donner un consentement éclairé* ».

II. Une atténuation de l'obligation de délivrance, une information subordonnée aux compétences du praticien.

Suite au constat d'une obligation légale d'entretien individuel, il convient de préciser les modalités propres à cette obligation de délivrance de l'information. Pour cela, il est nécessaire de se fonder de nouveau sur l'article L1111-2 du CSP. Celui-ci dispose que l'information incombe à « *tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables* ». Si de prime abord, cette disposition semble très générale et même sommaire dans le sens où elle semble être logique, elle est, cependant, loin d'être simplement formelle puisqu'elle constitue une limite aux caractéristiques larges pesant sur l'obligation de délivrance de l'information englobant l'entretien individuel. Plus pragmatiquement, il n'incombe au médecin que de donner les risques inhérents à un traitement et non les modalités d'administration d'un traitement qui reviennent à l'infirmier⁶⁹. Ainsi, l'obligation de délivrance trouve sa limite dans les compétences de chaque professionnel intervenant dans le processus médical. Evoquer un processus n'est nullement anodin, il démontre un ensemble de phénomènes qui se succèdent de manière organisée et coordonnée. L'information est délivrée dans cette logique processuelle qui démontre son organisation par compétence pour davantage de clarté.

Au-delà de cet aspect tenant à la délivrance de l'information limitée aux compétences du professionnel, les règles professionnels permettent d'envisager deux exemptions. L'article L1111-2 du CSP permet d'envisager ces deux exemptions dont l'une se trouve également dans le Code de déontologie médicale.

La première limite à l'obligation de délivrance est davantage d'ordre pragmatique: l'urgence et l'impossibilité d'informer suppose par essence l'absence de responsabilité du médecin. En effet, cette limite semble de bon sens mais il est louable au législateur de l'avoir établie ainsi. Toutefois, le médecin se trouve alors tenu d'informer les proches du malade ou une personne de confiance⁷⁰.

La seconde limite à la délivrance de l'information illustre, une nouvelle fois, le souhait du législateur de favoriser l'autonomie du patient, *a fortiori*, sa volonté. Le CSP reprend la disposition de l'article 35 du Code de déontologie médicale en spécifiant que la « *volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers*

⁶⁹ C. Lantero, *Les droits des patients*, op.cit., p81.

⁷⁰ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades*, op.cit., p33.

sont exposés à un risque de transmission »⁷¹. La prééminence que le législateur institue au profit de la volonté du patient corrobore l'hypothèse d'un fondement subjectif du droit de l'information basé sur la dignité humaine et nécessitant une décision du bénéficiaire des soins.

La relativisation permise par la loi de l'obligation de délivrance de l'information l'est dans un dessein pragmatique. En effet, chaque professionnel doit l'information inhérente à son domaine de compétences ce qui atténue les exigences strictes tenant à l'obligation d'entretien: pour plus de rigueur, ce n'est guère une atténuation mais une précision de l'information attendue. Le législateur favorise la volonté du patient et ce, même dans le souhait de ne pas être informé. Il s'agit ainsi réellement d'un mouvement de subjectivisation du droit de l'information le rendant, *ipso facto*, effectif. Si cette effectivité s'est perçue par l'extension soudaine du champ de l'information, cette extension est exacerbée par le constat d'une consécration de la primauté du droit à l'information. En effet, l'information n'est-elle pas un devoir à l'égard du médecin du fait de sa primauté envers le patient?

Section 2: La consécration corrélative de la primauté du droit à l'information.

L'information étant un devoir encadrant le médecin, il aurait pu être envisageable et logique de s'attarder sur la consécration d'un devoir d'information pour le praticien après avoir constaté l'extension du contenu de celle-ci. En effet, l'extension du contenu de l'information fait peser davantage d'obligations sur le médecin et illustre parfaitement le devoir lui incombant. Cependant, *quid* de la consécration corrélative de la primauté du droit à l'information du patient? Pourquoi, dans un chapitre intitulé « *un devoir encadrant nécessairement le médecin* », évoquer la prédominance du droit à l'information et pas du devoir d'information? La corrélation que nous nous efforçons de mettre en exergue depuis le début de l'étude n'aura échapper à quiconque. Celle-ci est la clé de voûte du raisonnement. Effectivement, si ce devoir encadre nécessairement le médecin, il consacre, par la même occasion, la prééminence du droit à l'information du patient. Cette corrélation n'est en réalité qu'une conception à l'égard de l'un ou l'autre des sujets de la relation de soins (soignant ou soigné). Néanmoins, afin d'entériner cette interdépendance et la pousser à son paroxysme, il semble opportun de faire part de la conception de l'information choisie.

⁷¹ Article L1111-2 du CSP et article 35 du Code de déontologie médicale: « *lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination* ».

L'information du patient est appréhendée de façon positive par le souhait de contrebalancer le pouvoir médical. C'est pourquoi, le parti a été pris de qualifier cette section de primauté du droit à l'information plutôt que du devoir d'information.

Bien que ce ne soit que des considérations d'ordre sémantique, elles témoignent de l'acceptation et du sens que prendra la réflexion et étaient *de facto* nécessaires.

Cette section aura vocation à étudier les interactions entre le patient et le médecin scellant tant l'importance du droit à l'information à l'égard du patient que la prépondérance du devoir incombant au médecin. Pour les envisager, il est nécessaire de constater l'affirmation d'un droit protecteur du patient (Paragraphe 1) avant d'entrevoir l'émergence d'un droit modérateur dudit soigné (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'affirmation d'un droit protecteur du patient.

Si le développement du droit à l'information peut être appréhendé comme libérateur du patient, ce n'est pas pour autant qu'il perd son caractère protecteur. Auparavant, ce droit pouvait être perçu comme protecteur mais cette perception n'était qu'illusoire: admettre un aspect protecteur par l'absence de d'informations délivrées n'est-il pas un paradoxe?

Aujourd'hui, la protection offerte par le droit à l'information l'est par la volonté de rééquilibrer la relation de soin (I) et par la formalisation de ce droit comme une obligation précontractuelle (II). Afin de démontrer la corrélation entre droit et devoir d'information, il est nécessaire de percevoir le devoir implicite incombant au médecin dans l'exigence d'équilibre de la relation et par l'utilisation du terme obligation précontractuelle en étant par essence le gage.

I. L'émergence d'une relation rééquilibrée.

Evoquer l'avènement d'une relation rééquilibrée conduit inévitablement à s'intéresser à l'état antérieur de la relation en question. Sans trop s'avancer, il est possible de déduire qu'il était déséquilibré⁷². La loi du 4 mars 2002 constitue le point de bascule notamment par la notion nouvelle qu'elle propose, la démocratie sanitaire, et par la reconnaissance de « *droits de la personne* ». Ces deux notions sont liées, plus exactement, la démocratie sanitaire emporte

⁷² Définition du CNRTL de « *rééquilibré* »: « *équilibre qui succède à un déséquilibre* ».

nécessairement l'octroi de droits aux patients. Il convient de rappeler la définition qu'avait dégagé Didier Tabuteau à propos de cette forme de démocratie: elle est « *le droit et la capacité de chacun de connaître, de décider et d'agir pour sa santé* »⁷³. Un triptyque émerge: le patient doit donc connaître pour décider et envisager d'agir. La loi Kouchner dote donc le patient d'un rôle actif dans la relation de soin ce qui n'était nullement le cas auparavant. En effet, le devoir d'information était très limité, le médecin appréciait en conscience l'opportunité d'informer le patient⁷⁴. Ceci renvoie à la doctrine du paternalisme médical qui a longtemps influencé, si ce n'est fondé la relation entre le soignant et le soigné. Là où le médecin disposait d'un pouvoir discrétionnaire total avec peu de possibilités de recours pour le patient, *a fortiori*, s'agissant d'un droit à l'information qui était à peine reconnu ou très circonscrit, la législateur a rééquilibré ce rapport en consacrant une relation de partenariat. Le Code de déontologie permet d'appréhender cette évolution: si en 1979, le médecin devait, avant tout, soigner⁷⁵, en 1995, une exigence tenant à l'information loyale claire et appropriée⁷⁶ est d'ores-et-déjà fixée. En pratique, ce partenariat emporte inéluctablement davantage d'autonomie au patient. Ce changement de paradigme illustré par le passage du paternalisme médical à une relation rééquilibrée se justifie par le souhait du législateur de redonner confiance dans le corps médical: cette évolution est ainsi bénéfique tant pour les patients qui voient leurs droits devenir effectifs que pour les professionnels de santé qui regagnent une proximité et tentent de redonner confiance aux soignés. Confiance qui fut perdue par l'avènement de plusieurs scandales sanitaires⁷⁷ (affaire du sang contaminé).

Cette toute-puissance médicale n'est pas écartée d'un point de vue uniquement théorique et formel mais également d'un point de vue pragmatique. Effectivement cette relation de partenariat se concrétise par le principe de codécision. Ce principe est prévu par le CSP disposant « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* »⁷⁸. Au-delà d'une décision

⁷³ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades*, op.cit., p19.

⁷⁴ Ancien article R4127-35 du CSP: « *pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves* ».

⁷⁵ Article 5 du Code de déontologie médicale de 1979: « *Le médecin doit soigner avec la même conscience tous ses malades* ».

⁷⁶ Article 35 du Code de déontologie médicale de 1995: « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose* ».

⁷⁷ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades*, op.cit., p25.

⁷⁸ Article L1111-4 du CSP.

commune, cet article spécifie une collaboration. Certes, le patient gagne en autonomie en ce qu'il décide conjointement au médecin mais il est également tenu de lui fournir les informations nécessaires à l'élaboration du bon diagnostic. Cette exigence d'informations pertinentes données au médecin illustre, une nouvelle fois, l'importance du mot confiance dans une telle relation de soin: pour donner un bon traitement, le médecin fait conscience aux dires du malade. Par conséquent, une information limitée donnée au médecin romprait, d'une part, la confiance entre le soignant et le soigné et, d'autre part, l'engagement du professionnel de santé⁷⁹. Plus encore, cette collaboration démontre la nécessité d'une information adéquate tant du médecin vers le patient qu'inversement.

L'évolution qui a touché l'exigence d'information du patient s'est ainsi faite dans le sens d'une nouvelle « répartition des rôles dans le contrat médical »⁸⁰. La relation équilibrée qui se construit est gage d'une protection du patient mais surtout de son autonomie. Une autonomie qui sera d'autant plus perceptible par la caractérisation de l'information comme une obligation précontractuelle. Reprendre la notion de « contrat médical » employée par Marie-Laure Mathieu-Izorche n'est pas inopportun. Bien que le juge ne se fonde plus sur l'ancien article 1147 du Code civil prévoyant la responsabilité contractuelle pour motiver ses jugements, en pratique, consentir à l'acte de soin peut être envisagé comme un accord de volonté entre le soin proposé et le souhait du patient de s'y soustraire. C'est ainsi en ce sens qu'il faudra concevoir l'information comme une obligation précontractuelle.

II. L'admission d'une obligation précontractuelle: l'autonomisation du patient.

Dès la reconnaissance d'une obligation d'information du patient, la jurisprudence a admis le caractère préalable de celle-ci, son antériorité sur l'acte de soins. Tel que cela fut démontré au début de l'étude, le juge judiciaire dotait l'information d'un fondement contractuel. Bien que ce fondement ait évolué et soit aujourd'hui légal puisque basé sur la loi du 4 mars 2002, des réminiscences persistent. Il est nécessaire de préciser que ce fondement légal a permis la prise en compte des problématiques inhérentes au droit à l'information: elles sont davantage d'ordre subjectif et présagent l'impulsion nouvelle donnée à ce droit. En cela, il était possible, *a fortiori*, obligatoire d'évoquer le nouveau fondement de l'information: son acception essentielle, sa teneur. En effet, l'essence de ce droit est pleinement affirmée et assumée: il s'agit de la dignité humaine.

⁷⁹ A. Laude, D. Tabuteau, *Les droits des malades*, *op.cit.*, p22.

⁸⁰ M-L. Mathieu-Izorche, « Obligations du médecin: informer, ou convaincre? », *op.cit.*, p3561.

Ces quelques précisions étaient souhaitables afin de comprendre pourquoi évoquer ici une obligation précontractuelle alors qu'il est admis que le fondement est désormais légale. Il ne s'agit nullement d'une contradiction: l'aspect formel fera l'objet du raisonnement ci-joint plus que l'aspect substantiel précédemment analysé.

S'il est possible de caractériser l'obligation d'information de précontractuelle, c'est parce qu'elle illustre un processus. En effet, cette dénomination est faite afin de mettre en exergue cette perspective processuelle. Si le contrat se formalise par le consentement du patient à l'acte de soins proposé par le médecin, l'information devient donc un impératif d'ordre précontractuel.

La Cour de cassation témoigne, en 1951, du processus mis en oeuvre: « *le contrat qui se forme entre le médecin et son client comporte en principe l'obligation de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée par lui utile, qu'après avoir, au préalable, obtenu l'assentiment du malade* »⁸¹. Elle pose ainsi une condition d'antériorité du consentement et nécessairement de l'information pour procéder à l'acte de soins. Cette exigence quant au constamment du patient traduit vraisemblablement la nécessité de délivrer les informations au patient. L'information est d'autant plus importante qu'elle permet le consentement éclairé du patient, c'est-à-dire un consentement valable et non vicié. Elle est ainsi le préalable au consentement et c'est, par ce biais, qu'elle s'avère être une obligation précontractuelle.

Cette obligation d'information, par son caractère, précontractuel permet de constater implicitement qu'une obligation de moyens pèse sur le médecin. L'information ne doit pas nécessairement mener à l'acte de soins: le médecin doit seulement la délivrer et le patient demeure libre de choisir ou non de consentir à l'atteinte à son intégrité corporelle. Si une obligation de résultat était exigée, cela contreviendrait à la liberté de choix du patient. Très pragmatiquement, imposer une obligation de résultat à propos de l'information reviendrait à avoir réussi à convaincre le patient. Si le médecin devait convaincre le patient, ce serait une forme de contrainte tant pour le soignant que pour le soigné, à qui aucune autonomie ne serait laissée. L'information s'illustre ainsi comme une obligation précontractuelle en ce qu'elle permet à la volonté du patient de s'exprimer, elle est gage de son autonomie. Par ailleurs, l'obligation de moyens se perçoit d'autant plus que le patient peut refuser d'entendre l'information. Au regard de ces nombreuses exigences, il est indéniablement possible d'évoquer un processus d'élaboration du consentement permettant au

⁸¹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 29 mai 1951, n°162.

soigné d'entendre ou non l'information, de se l'approprier et d'accepter, *in fine*, l'intervention⁸². Comme le précise Marie-Laure Mathieu-Izorche, l'obligation d'information est une obligation de délivrance: le médecin doit seulement la mettre à la disposition du patient qui choisira *a posteriori*.

En outre, ce caractère précontractuel exacerbe, une nouvelle fois, la corrélation existant entre l'information et le consentement: l'information semble être un avant contrat préalable au consentement étant le contrat central. C'est l'information qui permet le consentement libre et éclairé et qui illustre, par le même processus, l'autonomisation du patient. Cette autonomisation passe par une responsabilisation du patient. Effectivement, s'il est aisé de penser, de prime abord, que davantage d'obligations pèsent sur le médecin, celles-ci permettent au patient de choisir et jouer un rôle central dans le « processus d'élaboration du consentement »⁸³: tel un enfant qu'on avait, auparavant materner avec la doctrine du paternalisme médical, le patient est responsabilisé. Il incombe au médecin une obligation d'information en contrepartie de laquelle, le patient est libre de choisir et est responsabilisé. Pèse ainsi sur le soigné la responsabilité de décider, notamment s'il souhaite demeurer dans « l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic »⁸⁴.

L'information, par son caractère précontractuelle, semble essentielle. Plus encore, sa primauté est consacrée. La protection qu'offre ce droit à l'information au patient justifie sa primauté et les attentes qui pèsent sur le médecin. Un large devoir d'information incombe au médecin: devoir qui s'avère protecteur de la liberté du patient mais aussi garde-fou de ses souhaits. Ainsi, l'information peut être perçue comme un droit régulateur du patient.

Paragraphe 2: L'émergence d'un droit régulateur du patient.

Le droit à l'information peut, au-delà de son caractère protecteur du patient, permettre une modération de certaines de ses attentes. Le médecin voit, une fois de plus, sa mission, son rôle s'accroître. La contrepartie du rôle actif attribué au patient est un devoir de surveillance, un recadrage ou, *a minima*, un encadrement des actes de soins envisagés par le soigné. Ce rôle de garde-fou ne diminue point les exigences tenant à la délivrance d'une information large mais démontre l'équilibre difficile à trouver dans une relation entre un professionnel et un profane. En effet, si le

⁸² M-L. Mathieu-Izorche, « Obligations du médecin: informer, ou convaincre? », *op.cit.*, p3560.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Article L1111-2 du CSP.

médecin doit se plier à son devoir d'information et faire place à la volonté du patient, il doit, cependant, être en mesure de le mettre en garde contre des écueils incontestables.

C'est dans ce cadre que ce droit modérateur du patient permet une revalorisation de la balance bénéfices risques (I) et attribue au médecin un devoir de refus (II).

I. La revalorisation de la balance bénéfices risques.

La balance bénéfices risques est essentiel en droit médical mais, plus encore, s'agissant de l'information donnée au patient. De prime abord, le médecin porte sur cette balance un regard particulier: si le traitement ou tout acte de soin présentent une balance favorable c'est-à-dire davantage de bénéfices que de risques à l'égard du patient, le médecin proposera l'intervention. Cependant, cette balance n'est pas uniquement destinée aux professionnels de santé mais également au patient. Cette notion de balance se concrétise par l'information délivrée au patient. En effet, il est souhaitable de rappeler que l'information doit être large précisant les risques mais également les effets attendus. L'information ne permet donc pas seulement la communication des bénéfices et des risques mais elle permet, par essence, au patient de mettre en balance toutes ces informations afin de choisir de manière libre et éclairé. Si l'information adéquate permet de mettre en exergue la volonté du patient, la balance bénéfices risques permet la modération tant des propos du médecin que des souhaits du patient.

Cette notion de balance bénéfices risques illustre le principe de prudence qui incombe au médecin.⁸⁵ Une corrélation est incontestable: le prudence implique, par essence, la nuance, une balance entre deux éléments. En réalité, ce principe est ancré dans les principes médicaux puisqu'il est la traduction moderne de l'adage « *primum non nocere* » signifiant littéralement « en premier ne pas nuire ». Cette obligation de prudence fut clairement énoncée par une jurisprudence de la Cour de cassation qui condamna le médecin sur ce fondement: incombe au professionnel de santé « *une obligation générale de prudence* »⁸⁶. Cette prudence du médecin entraîne nécessairement, si la balance bénéfices risques s'avère négative, une abstention: cette abstention est essentielle lorsque le bénéfice escompté est moindre au regard des risques encourus. Le médecin, au-delà de son

⁸⁵ Sur ces développements voir M-L. Mathieu-Izorche, « Obligations du médecin: informer ou convaincre? », *op.cit.*, p3562.

⁸⁶ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 27 mai 1998, n°96-19.161.

obligation d'information *stricto sensu*, voit ainsi un devoir régulateur émergé afin de préserver le patient mais surtout de revaloriser cette balance bénéfices risques qui est la seule garante d'objectivité. En effet, évoquer la préservation du patient comme but du devoir régulateur du médecin n'est pas erroné mais fait resurgir des conceptions paternalistes: il est opportun de se souvenir que le médecin pouvait autrefois délivrer une information au patient « *en conscience* »⁸⁷.

Bien que la balance bénéfices risques soit dotée d'un caractère objectif lorsqu'elle est établie par le médecin, le patient se l'approprie et celle-ci révèle sa subjectivité. En effet, il est établi qu'elle soit envisagée de façon individuelle. Admettre cette subjectivité de la balance bénéfices risques nécessite également l'acceptation d'un éventuel refus du patient d'adhérer à cette balance mais, *a fortiori*, à l'information qui est délivrée. Comme le précise Marie-Laure Mathieu-Izorche, la jurisprudence admet le refus du patient d'être informé⁸⁸, il faut ainsi également admettre le refus d'adhérer à l'information donnée⁸⁹. Ce refus trouve d'ailleurs sa justification dans l'état actuel du droit positif: seule une obligation de moyens pèse sur le médecin et aucunement une obligation de résultat. Le médecin ne doit nullement réussir à convaincre son patient: l'obligation précontractuelle d'information démontre l'unique nécessité de mettre à disposition cette information. Dès lors, le patient met en place sa propre balance bénéfices risques illustrant l'exercice de son libre arbitre, de sa liberté de consentir.

Porter un intérêt particulier à cette balance n'est pas seulement souhaitable mais constitue une nécessité. En effet, ce principe de prudence impose une réflexion particulière lorsqu'il est question de techniques nouvelles. Cette balance bénéfices risques constitue ainsi le moyen idoine de régulation du patient mais également du médecin sur lequel pèse une large obligation d'information. Le Conseil d'Etat a reconnu qu'en cas de recours à une technique innovante, l'information doit porter, d'une part, sur les risques déjà identifiés et, d'autre part, sur « *le fait que l'absence d'un recul suffisant ne permet pas d'exclure l'existence d'autres risques* »⁹⁰. Cet apport du Conseil d'Etat est très remarquable et revête une signification toute particulière aujourd'hui: un parallèle se fait instinctivement avec la commercialisation des vaccins et les campagnes effectuées pour lutter contre le coronavirus. Bien que certains juristes déplorent une obligation d'information trop élargie,

⁸⁷ Ancien article R4127-35 du CSP.

⁸⁸ Conseil d'Etat, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

⁸⁹ M-L. Mathieu-Izorche, « Obligations du médecin: informer, ou convaincre? », *op.cit.*, p3562.

⁹⁰ Conseil d'Etat, 10 mai 2017, n°397840.

la précision d'une absence de recul suffisant semble, *a contrario*, permettre sa réelle effectivité et dénote une once d'humilité. Humilité indispensable s'agissant de risques encore non répertoriés dans la littérature scientifique, de risques portant sur des nouvelles techniques. Il semblerait même que ce soit cette précision d'absence de certitude quant à l'émergence de nouveaux risques qui permet au patient de s'approprier la balance bénéfices risques: étant admis que si le médecin choisit l'information donnée, aucun consentement éclairé ne saurait exister. Ces préoccupations ne sont nullement négligées puisque le Parlement européen, avant la crise sanitaire, appelait d'ores-et-déjà les Etats membres à délivrer des « *informations suffisantes sur les vaccins de manière à leur permettre de prendre des décisions éclairées* »⁹¹. Cette exigence démontre ainsi la nécessité de permettre une information loyale au patient et, *a fortiori*, d'éviter des raisonnements de pure santé publique. Patrice Jourdain avait parfaitement soulevé cette problématique en s'interrogeant de manière assez directe à propos de la défectuosité du vaccin anti-hépatite B et du défaut d'information sur les effets indésirables: « *faut-il se placer du point de vue du patient ou de la collectivité en raisonnant en termes de santé publique?* »⁹². La balance bénéfices risques est d'autant plus valorisée en ce qu'elle permet un choix du patient sur son état de santé, à l'heure où l'on semble opposer effets sur la santé publique et sur le patient lui-même.

La revalorisation de cette balance bénéfices risques incite le patient à choisir, à s'approprier cette notion et ainsi à se réguler. Celle-ci s'avère aussi gage de modération du soignant qui doit communiquer l'ensemble des risques et justifier son diagnostic. Cependant, afin de communiquer au patient une balance loyale, le médecin demeure essentiel. Il se révèle également primordial pour modérer une demande du patient. *De facto*, un devoir de refus lui incombe.

II. L'apparition d'un devoir de refus, gage d'une position délicate du médecin.

L'émergence d'un devoir de refus incombant au médecin illustre parfaitement le mouvement consistant à le responsabiliser. Cette responsabilisation passant par un champ des obligations étendu exacerbe sa situation délicate vis-à-vis du patient. S'il doit lui permettre de donner son consentement éclairé en l'informant, il ne saurait le contraindre ou occulter certains éléments sans

⁹¹ Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018 sur la réticence à la vaccination et la baisse des taux de vaccination en Europe, Journal Officiel du 18 novembre 2019, n°C390, p141.

⁹² P. Jourdain, « Défectuosité du vaccin anti-hépatite B et défaut d'information sur les effets indésirables », *RTD Civ.* 2009, p735.

l'assentiment préalable du soigné. En cela, le médecin se trouve dans une position d'autant plus délicate qu'un devoir de refus lui revient désormais.

L'article 40 du Code de déontologie médicale s'avère très instructif et fonde de manière implicite le devoir de refus en prescrivant: « *le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié* »⁹³. Cette obligation d'abstention de faire courir un risque injustifié au patient, application parfaite de l'adage précédemment évoqué « *primum non nocere* », consacre corrélativement le devoir de refus du médecin. Par cette obligation, le médecin retrouve un rôle fondamental et actif dans la relation de soins. Ce rôle est d'autant plus affirmé que la Cour de cassation a reconnu dans un arrêt publié au bulletin que le médecin avait manqué à l'obligation « *de ne pas faire courir au patient un risque injustifié et de refuser d'accéder à ses demandes qui l'exposaient, sans justification thérapeutique, à un danger* »⁹⁴. Le devoir de refus incombant au médecin est, en l'espèce, explicitement consacré. L'apport de la Cour de cassation démontre le rôle modérateur du soignant qui doit réguler les demandes qui lui sont soumises ou, *a minima*, ne pas les réaliser.

Ce devoir de refus mais surtout de régulation des demandes du soigné implique nécessairement une obligation de conseil⁹⁵. Par la communication de l'information et de la balance bénéfiques risques, le soignant doit permettre le choix du patient notamment en le conseillant. Néanmoins, une difficulté émerge et illustre la nécessité de faire preuve de parcimonie et de nuance. En effet, le juge judiciaire a précisé qu'un praticien « *n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande* »⁹⁶. Il faut ainsi reconnaître la tâche difficile qui incombe au professionnel de santé qui doit trouver un équilibre entre son obligation de conseil et la décision qui revient au patient et, *a fortiori*, entre informer et convaincre. Son devoir de refus illustre cette difficulté et est pleinement empreint de cette problématique: le médecin doit tout mettre en oeuvre pour réguler des souhaits du patient afin d'éviter de lui faire courir un risque injustifié mais ne saurait, comme le rappelle judicieusement la Cour de cassation, être tenu de le

⁹³ Article 40 du Code de déontologie médicale codifié à l'article R4127-40 du CSP.

⁹⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 27 mai 1998, n°96-19.161.

⁹⁵ E. Terrier, J. Perneau, « Médecine: réparation des conséquences des risques sanitaires - Conditions de la responsabilité médicale », *op.cit.*, p.98.

⁹⁶ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 18 janvier 2000, n°97-17.716.

convaincre. Ce devoir d'information et non de réussir à convaincre le patient se justifie, en réalité, par un motif assez traditionnel: le médecin ne saurait être tenu d'une obligation de résultat⁹⁷. En effet, celui-ci doit simplement fournir l'information, sous réserve qu'elle soit loyale, claire et appropriée, caractérisant ainsi une obligation de moyens. Ceci permet d'atténuer les obligations pesant sur le médecin. Effectivement, celui-ci doit s'interdire de faire prendre au patient un risque injustifié: l'information est le moyen idoine afin de réaliser ce dessein tout en laissant le patient être autonome dans sa prise de décision.

Le médecin apparaît ainsi être le moyen expédient permettant la modération du patient. Si l'information fait, aujourd'hui, peser davantage de contraintes sur le médecin, elle constitue une avancée dans le cadre de la responsabilité médicale par la nécessité d'octroyer au patient une autonomie. Cette autonomie traduit le changement de paradigme qui s'est opéré: une nouvelle relation de soins a émergé par un équilibre des rôles entre le soignant et le soigné. Cependant, le praticien demeure la clé de voûte de cette relation: il est à la fois le garant de la délivrance de l'information mais délimite également le dialogue par son abstention de prodiguer des soins trop risqués en application de la balance bénéfices risques. Plus encore, en présence d'une demande inconsidérée du patient, il se devra de lui opposer un refus si l'information ne suffisait guère à le sensibiliser aux risques. De facto, toutes ses obligations consacrent la primauté du droit à l'information gage de protection du patient mais également du médecin, par la régulation permise. Si la reconnaissance du droit à l'information fut graduelle, ce droit jouit, désormais, d'une protection plurielle permettant d'anticiper son effectivité. Toutefois, comment évoquer une quelconque effectivité sans aborder les mécanismes de sanction? *Quid* d'un droit sans coercition? Il apparaît ainsi impérieux de s'intéresser au revers de ce droit: le défaut d'information.

PARTIE 2: L’AFFIRMATION D’UN DÉFAUT D’INFORMATION PROTÉIFORME

⁹⁷ Cour de cassation, 20 mai 1936, Mercier, *DP* 1936.

« *Il n'y a pas de loi, sans l'idée de sanction, de coercition* » affirmait Maurice Barrès⁹⁸. Sous cette affirmation, l'idée sous-jacente d'effectivité est présente et une corrélation se précise quant à la reconnaissance d'un droit et sa sanction, en cas de violation.

En effet, que serait un droit sans coercition ou, *a minima*, sans sanction? Serait-il opposable à celui à qui il incombe, en l'occurrence le professionnel de santé? *Quid* de son effectivité? Il n'aura échapper à quiconque que ces interrogations sont purement rhétoriques. Afin d'être davantage explicite, un droit sans coercition serait une possibilité: il ne saurait être opposable et, *a fortiori*, effectif. Revenir quelque peu sur ces différentes notions semble opportun. Si la coercition est le droit de contraindre quelqu'un à accomplir son devoir⁹⁹, elle permet la caractérisation de l'effectivité d'un droit. Elle démontre que ce droit existe réellement¹⁰⁰ puisqu'il sera sanctionné en cas de violation.

Ces précisions fondamentales désormais passées, la reconnaissance d'un droit à l'information conduit, en toute logique, à l'affirmation d'un défaut d'information. Reconnaître l'existence possible d'un défaut d'information laisse présager l'effectivité octroyée à ce droit, la sanction qui en résultera en cas de violation. Cette effectivité est d'autant plus attendue que le défaut d'information revête plusieurs formes. Ce caractère protéiforme pourrait, de prime abord, être perçu comme une garantie d'effectivité. Cependant, cette multiplicité de formes imputables au défaut d'information pourraient, *a contrario*, lui faire perdre sa consistance et contrevenir à la réparation même de ce défaut d'information. Il sera, par ailleurs, nécessaire de porter un regard tout particulier sur le fondement de la réparation de ce défaut d'information afin de percevoir si la reconnaissance d'un droit subjectif à l'égard du patient se concrétise, en pratique, sur le pan de la réparation. Une nouvelle fois, s'intéresser à cette concrétisation, à cette application des principes propres au droit à l'information revient à évaluer son effectivité. Etant admis que celle-ci n'est, en vérité, qu'un test de réalité: les principes reconnus et, *a fortiori*, les obligations incombant au médecin au titre du droit à l'information du patient font-ils l'objet d'une véritable sanction en cas de méconnaissance?

L'évaluation de l'effectivité de ce droit implique nécessairement de procéder de manière méthodique. Pour ce faire, il conviendra de s'attarder, de façon assez traditionnelle s'agissant de

⁹⁸ M. Barrès, *Mes cahiers*, Tome 1, 1896-1898, p262.

⁹⁹ Définition du CNRTL de « *coercition* ».

¹⁰⁰ Définition du CNRTL d'« *effectivité* »: « *qui existe réellement* ».

l'étude de la méconnaissance d'un droit, dans un premier temps, sur les fondements de la réparation du défaut d'information (Chapitre 1) avant de se préoccuper, dans un second temps, des préjudices invocables par le patient au titre de la méconnaissance de son droit à l'information (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: LES FONDEMENTS PLURIELS ET ÉVOLUTIFS DE LA RÉPARATION DU DÉFAUT D'INFORMATION.

Evoquer les fondements de la réparation du défaut d'information revient à s'intéresser au régime de responsabilité applicable. Etant qualifiés de pluriels et d'évolutifs, ces fondements sont nécessairement multiples et relativement nouveaux. Cet aspect tenant à la nouveauté n'est guère étonnant puisque le droit à l'information ne fut consacré normativement que récemment et est en constante évolution. Toutefois, la pluralité de fondements du défaut d'information est plus surprenante: il est de coutume d'admettre un seul fondement de responsabilité applicable à une violation d'un droit. Cette pluralité de fondements se justifie par le souhait de favoriser la réparation du patient. Ce mouvement permet de caractériser le droit à l'information de droit subjectif pour le patient et ainsi d'accroître son effectivité.

Un régime de responsabilité pour faute est ainsi admis (Section 1) mais un régime de responsabilité sans faute peut également être applicable de manière subsidiaire (Section 2).

Section 1: L'admission originelle d'un régime de responsabilité pour faute.

La violation du droit d'information constitue, en premier lieu, une faute. En effet, en matière médicale, l'article L1142-1 du CSP instaure un régime de responsabilité de plein droit pour faute¹⁰¹. Cependant, que faut-il entendre par régime de responsabilité pour faute? De manière assez pragmatique, le défaut d'information évoque implicitement le non-respect de l'obligation d'information et, nécessairement, la faute commise par celui auquel elle incombe.

Afin de cerner le plus exactement possible la faute constituée par ce défaut d'information, il convient de caractériser, de qualifier le dommage qui en résulte (Paragraphe 1). Lorsqu'il est question de faute, il est indispensable de pouvoir la prouver. C'est pourquoi, il faudra inévitablement s'intéresser au régime probatoire mis en place à ce sujet (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: La caractérisation du dommage résultant du défaut d'information.

¹⁰¹ Article L1142-1 du CSP: « les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

Le dommage résultant du défaut d'information est particulier ou, pour plus de rigueur, fait l'objet d'une appréciation particulière. En effet, la violation du droit à l'information du patient constitue une faute éthique (I). Afin de caractériser le dommage résultant de ce défaut, il conviendra d'entrevoir la distinction existant entre défaut d'information et du préjudice en découlant (II). Cette distinction est fondamentale puisqu'elle justifie, par ailleurs, le choix de traiter de manière séparée le non-respect de l'obligation d'information et les préjudices qu'il fait naître. Cette problématique est essentielle puisqu'elle soulève des interrogations quant à l'effectivité de ce droit.

I. Une faute éthique ou la violation d'un devoir médical d'humanisme.

Il est nécessaire de préciser immédiatement qu'en matière de responsabilité médicale, la responsabilité est engagée pour faute simple. S'il est admis que le défaut d'information constitue une faute, comment peut-elle être qualifiée? Cette interrogation est essentielle puisqu'en droit médical, deux types de faute existent: la faute technique et la faute éthique. Si la première, recouvrant notamment l'erreur de diagnostic, la mauvaise exécution du geste chirurgicale, semble la plus innée, la seconde apparaît plus abstraite en ce qu'elle semble défendre un idéal. Cet idéal n'est autre que la protection de la dignité humaine. Le lexique utilisé retranscrit et exacerbe la dichotomie entre faute technique, étant constatable expressément, et faute éthique recouvrant des considérations s'attachant à la morale¹⁰², entendue comme la protection d'un droit supérieur, inhérent à tout homme. La Cour de cassation a rappelé, en 2001, que le droit à l'information « *trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »¹⁰³. Cette acception corrobore le caractère subjectif du droit à l'information du patient, désormais perçu comme un « véritable attribut de la personne »¹⁰⁴ et doté d'une valeur constitutionnelle. Plus encore, c'est le respect de l'intégrité physique du patient et de la primauté de la personne prévus dès l'article 16 du Code civil qui justifie une protection du droit à l'information qui a pour unique objet de protéger l'homme de toute atteinte à sa dignité. Par ailleurs, le célèbre arrêt Teyssier¹⁰⁵ avait octroyé au consentement libre et éclairé le caractère de droit fondamental. *De facto*, le droit à l'information du patient est un droit subjectif en ce qu'il est un attribut de la personne humaine et une condition *sine qua none* au respect de la dignité humaine. Sa corrélation

¹⁰² Définition du CNRTL de l' « éthique »: « *qui concerne la morale* ».

¹⁰³ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 9 octobre 2001, n°00-14.564.

¹⁰⁴ M. Girer, L. Klesta, « L'obligation d'information du médecin en France et en Italie », *op.cit.*, p853.

¹⁰⁵ Cour de cassation, Chambre des Requêtes, 28 janvier 1942, Teyssier, *Gaz. Pal.*, 1942.

avec le consentement éclairé du patient confirme et consacre cette nécessité de le protéger en vertu d'un impératif supérieur.

Ces précisions étaient incontournables. En effet, le caractère éthique de la faute constituée par le défaut d'information se justifie par ces considérations tenant aux droits fondamentaux, étant nécessairement empreintes de principes essentiels comme la dignité humaine. Ces aspects d'ordre moral permettent d'appréhender la qualification du défaut d'information de « *violation d'un devoir d'humanisme médical* »¹⁰⁶. Une nouvelle fois, le simple usage du mot humanisme permet de doter d'une spécificité éthique le droit à l'information. Derrière ce droit, se cache inévitablement le souhait de protéger un idéal, un modèle de protection de l'intégrité de la personne humaine. Ainsi, le défaut d'information est parfois qualifié de faute « *contre l'humanisme* » (R. Savatier)¹⁰⁷. Comme le précise Caroline Lantero, cette faute renvoie à la « *violation des droits subjectifs du patient* »: elle porte atteinte à une valeur abstraite.

Le défaut d'information est ainsi spécifique ce que laissait présager cette qualification de faute éthique. Bien qu'étant une faute, ce n'est pas le non-respect de l'obligation d'information qui cause directement une atteinte à l'intégrité physique mais une faute technique (erreur de diagnostic, mauvaise réalisation d'un acte médical). C'est la notion de faute éthique qui permet ainsi de remédier à cette difficulté et qui démontre toute la spécificité du défaut d'information. Toutefois, certains juristes (M.-L. Moquet-Anger) voient dans l'utilisation de cette faute éthique le rôle supplétif du régime de la responsabilité pour défaut d'information médicale qui serait applicable lorsque les patients sont dans l'impossibilité de prouver une faute technique et de remplir les conditions du régime de responsabilité sans faute¹⁰⁸. Une telle vision reviendrait à affirmer que le droit à l'information n'est nullement effectif puisqu'il ne serait engagé qu'à défaut d'un autre régime. Or, l'usage et le développement de cette faute éthique répond à une logique de subjectivisation du droit à l'information comme l'illustre l'intérêt croissant de la jurisprudence sur de telles questions permettant notamment Caroline Lantero de qualifier le juge administratif de « *juge de la faute d'humanisme* » sanctionnant, par essence, une faute éthique. Cette sanction laisse présager l'effectivité octroyée à ce droit.

¹⁰⁶ E. Terrier, J. Perneau, « Médecine: réparation des conséquences des risques sanitaires - Conditions de la responsabilité médicale », *op.cit.*, p.98.

¹⁰⁷ C. Lantero, « Les consolidations du droit de la responsabilité hospitalière », *AJDA*, 2020, p714.

¹⁰⁸ A. Minet-Leleu, « Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif », *AJDA*, 2016, p362.

La reconnaissance du défaut d'information comme une faute éthique permet, de prime abord, de conférer à ce droit une effectivité. En effet, la spécificité de la faute résultant de la violation du droit à l'information du patient pourrait illustrer son applicabilité et son invocabilité. Cependant, la distinction entre le défaut d'information et la réparation des préjudices en découlant contrevient, *a minima*, tempère l'effectivité qui avait été anticipée.

II. La distinction opérée entre défaut d'information et préjudice né du défaut d'information.

Saisir la distinction entre défaut d'information et préjudice né du défaut d'information est fondamental. Pour cela, il convient de revenir sur ces deux notions. Très simplement, le défaut d'information est constitué lorsque l'obligation d'information n'est pas respectée par un professionnel de santé. Il est donc l'antithèse de l'information du patient. Bien que logique, cette précision ne se limite pas à ce constat. En effet, le non-respect de cette obligation recouvre ainsi toute situation où le praticien n'aurait pas informé son patient des risques, de l'utilité du traitement, des conséquences ou encore des alternatives possibles. Si ce défaut d'information fait l'objet d'un constat objectif, la distinction qui émerge et le différencie du préjudice né du défaut d'information démontre la spécificité de la réparation et, *a minima*, de la caractérisation du non-respect de cette obligation. Revenir à l'essence de cette distinction est nécessaire et de manière assez directe, pourquoi une telle différenciation? Affirmer que le défaut d'information est différent des préjudices nés du défaut d'information sous-entend que tout défaut n'emporte pas la reconnaissance d'un préjudice. Le terme reconnaissance est précisément choisi: en théorie et de manière assez abstraite, le non-respect de cette obligation due au patient entraînerait irrémédiablement un préjudice, *a fortiori*, la naissance d'un préjudice. Cependant, la pratique démontre la spécificité de ce défaut d'information qui n'entraînera un préjudice que si le juge le reconnaît. Le préjudice ne naît donc pas de plein droit par le simple constat d'un manquement à l'obligation d'information. Ainsi, employer le terme de la reconnaissance d'un préjudice est particulièrement véridique puisqu'il retranscrit avec justesse la distinction existante s'agissant du défaut d'information.

Dans ce contexte, une interrogation émerge: *quid* de l'effectivité de ce droit? Le non-respect d'une obligation ne donnant pas nécessairement naissance à un préjudice permet-il d'affirmer l'effectivité de ce droit? Plus encore, le préjudice doit être reconnu: sa naissance serait subordonnée à un acte. Cette distinction nuit au caractère subjectif du droit à l'information du patient et démontre

une ambivalence lorsqu'il est question de sa réparation. En effet, ce droit est unanimement reconnu et consacré mais différencier le défaut d'information du préjudice qui en découle nuit à son effectivité. Cette ambivalence se perçoit ainsi par la reconnaissance de ce droit fondé sur la dignité humaine et la réparation possible. Cette réparation semble nuire à la valeur et à la consistance du principe de dignité humaine, *a minima*, n'est pas en adéquation.

La jurisprudence a exacerbé cette ambivalence par quelques tergiversations. En 2010, la Cour de cassation a fait part d'une conception subjective du droit à l'information du patient en précisant que « *le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* »¹⁰⁹. A ce stade, en se fondant sur les articles 16 et suivants du Code civil protégeant la dignité et l'intégrité physique de la personne humaine, le juge judiciaire considérait que tout manquement à l'obligation d'information devait être réparé, *a fortiori*, entraînait la naissance d'un préjudice à celui auquel l'information était due. Cette conception octroyait une large effectivité au droit à l'information dont la seule méconnaissance, sans la réalisation de risques ou d'un dommage corporel, permettait une indemnisation sur son unique fondement. Cependant, le juge administratif a, deux ans plus tard¹¹⁰, nuancé cette solution avant que le juge judiciaire ne revienne lui-même sur sa jurisprudence en 2014¹¹¹. En effet, il précisa que « *le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice* ». Ainsi, pour que le défaut d'information soit réparé, un risque doit s'être réalisé: la réalisation du risque permet la reconnaissance d'un préjudice né du défaut d'information. En pratique, le non-respect par le professionnel de santé de son devoir d'information n'engage pas directement sa responsabilité. Ce tempérament fixé par le juge nuit au caractère subjectif du droit à l'information et corrélativement à son effectivité.

Le droit à l'information est ainsi spécifique tant dans la caractérisation de la faute qui en découle, une faute éthique, que dans la distinction opérée par la jurisprudence. En effet, toute violation du droit à l'information n'entraîne pas nécessairement un préjudice. Etant en présence d'un

¹⁰⁹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 3 juin 2010, n°09-13.591.

¹¹⁰ Conseil d'Etat, Section, 10 octobre 2012, *Beaupère et Lemaître*, n°350426: « *le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir* ».

¹¹¹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 23 janvier 2014, n°12-22.123.

régime de responsabilité pour faute, un regard doit être porté à la charge de la preuve. Un régime probatoire favorable au patient est instauré afin de contrebalancer cette perte d'effectivité.

Paragraphe 2: Le régime probatoire favorable au patient.

Lorsqu'un régime de responsabilité pour faute est fixé, il est nécessaire de s'intéresser à la preuve. Une première interrogation émerge: qui doit prouver l'existence d'une faute? Le praticien doit prouver qu'il n'en a pas commis: une présomption de faute pèse ainsi sur lui (I). Une seconde interrogation surgit: comment caractériser la faute? Etant admis que pour prouver l'absence de faute, encore faut-il savoir ce qu'elle recouvre. Ainsi, la jurisprudence admet un degré afin de caractériser le défaut d'information (II).

I. L'établissement pragmatique d'une présomption de faute.

Initialement, il revenait au patient de prouver l'existence du défaut d'information¹¹². Le juge judiciaire appliquait le principe « *actori incumbit probatio* » établissant que la charge de la preuve incombe au demandeur. Le défaut d'information était ainsi une faute que le demandeur devait prouver. Tel était l'état du droit de 1951 à 1997. En effet, un revirement de jurisprudence a été opéré le 25 février 1997 par la juridiction judiciaire précisant que le « *médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* »¹¹³. Quelques mois plus tard, le juge a assoupli cette charge de la preuve en affirmant que si « *le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé,(...) la preuve de cette information peut être faite par tous moyens* »¹¹⁴. Même si la preuve de la faute peut être rapportée par tout moyen, elle incombe au professionnel de santé et illustre la dynamique jurisprudentielle en faveur du patient. Le juge administratif a également admis ce renversement de la charge de la

¹¹² Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 29 mai 1951, n°162: « *Si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte l'obligation pour le praticien de procéder à une opération chirurgicale par lui jugée utile qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et ne sollicitant pas son consentement à son opération* ».

¹¹³ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 25 février 1997, n°94-19.685.

¹¹⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 14 octobre 1997, n°95-19.609.

preuve en 2000 dans son fameux arrêt Telle¹¹⁵. La loi du 4 mars 2002 a consacré les apports des juridictions en disposant à l'article L1111-2 du CSP: « *cette information incombe à tout professionnel de santé* ». Ainsi, la preuve qu'il n'a pas commis de faute repose sur le médecin.

Dire que le professionnel de santé doit prouver qu'il a correctement informé le patient revient à affirmer qu'une présomption de faute pèse sur lui. Cette présomption est prévue en vertu d'un souhait de favoriser le patient qui nécessite du pragmatisme. Ce pragmatisme est essentiel afin de permettre l'effectivité du droit à l'information dont il serait compliqué pour le patient de prouver le défaut. Cette présomption de faute facilite le « *travail de preuve de la victime* »¹¹⁶. Le Conseil d'Etat envisage, d'ailleurs, une hypothèse particulière quant à la charge de la preuve qu'il convient de relever. En l'espèce, l'établissement public de santé s'était muni, afin de fournir la preuve de l'information, d'une « *attestation établie par un praticien postérieurement à l'intervention et aux termes de laquelle le patient avait été "informé des risques du traitement envisagé"* ». Cependant, le juge a précisé qu'un « *tel document n'est pas de nature à établir que les praticiens se sont acquittés de leur obligation d'information* »¹¹⁷. Cette décision Telle évoque de nouveau la problématique des décharges de responsabilité ou de documents de consentement éclairé comme moyen de preuve. Rappelons que ces documents n'ont aucune valeur juridique et ne sauraient, par leur simple présence, caractériser le respect de l'obligation d'information par le médecin comme en atteste, une nouvelle fois, le Conseil d'Etat dans l'espèce précitée. En effet, le juge préfère retenir un faisceau d'indices comme le nombre de consultations préalables à l'intervention, le délai entre la consultation et l'intervention, la tenue du dossier médical, la présence d'explications écrites¹¹⁸. Les recommandations de bonne pratique de la Haute Autorité de Santé (HAS) apportent des précisions sur les divers documents pouvant rapporter la preuve de l'information tout en confirmant que le « *document d'information est exclusivement destiné à donner à la personne des renseignements par écrit. Ce document n'a pas à être signé par la personne et ne contient aucune formule l'invitant à y apposer une signature* »¹¹⁹. Ces décharges de responsabilité ne sauraient, ainsi, à elles seules

¹¹⁵ Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

¹¹⁶ A. Minet-Leleu, « Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif », *op.cit.*, p363.

¹¹⁷ Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

¹¹⁸ C. Lantero, *Les droits des patients*, *op.cit.*, p81.

¹¹⁹ Recommandations de bonnes pratiques professionnelles de la HAS, mai 2012, 2.4 « *L'usage de documents écrits* ».

constituer la preuve de l'information: il ne faut point oublier l'exigence de compréhension de l'information par le patient.

L'évolution du droit, impulsée par la jurisprudence, a permis de favoriser le patient en facilitant son recours sur le fondement du défaut d'information. En effet, l'établissement d'une présomption de faute à l'égard du médecin lui évite de prouver le défaut d'information et s'explique dès lors par un souci de pragmatisme et, a fortiori, un souhait d'effectivité. Néanmoins, si le régime probatoire semble de prime abord très favorable à la victime, il est contrebalancé par la fixation d'une exigence tenant au degré du défaut d'information.

II. La fixation d'un tempérament sur le degré du défaut d'information: la question du manque d'information.

Si, de prime abord, le défaut d'information semble facilement caractérisable, il faut s'interroger sur sa qualification. Il convient de préciser préalablement que ces questionnements s'attachent effectivement à la détermination du régime probatoire puisque pour prouver l'absence de faute, encore faut-il savoir ce qui constitue une faute. En effet, quelle faute sera imputable au médecin? Autrement dit, quelle faute engagera sa responsabilité? Dans un premier temps, il serait possible d'envisager que la faute résultant du manquement à l'obligation d'information serait caractérisée par le silence du médecin sur les risques, les conséquences de l'acte, les alternatives thérapeutiques. Cependant, bien souvent, le professionnel de santé évoque certains pans de l'information sans pour autant donner au patient une information exhaustive et attendue. C'est pourquoi, il convient de s'intéresser à la solution que le juge donne à de telles situations.

Un apport important émergea dans une décision du Conseil d'Etat en 2016. Le juge administratif spécifie qu'en « *cas d'accident, le juge qui constate que le patient n'avait pas été informé du risque grave qui s'est réalisé doit notamment tenir compte, le cas échéant, du caractère exceptionnel de ce risque, ainsi que de l'information relative à des risques de gravité comparable qui a pu être dispensée à l'intéressé* »¹²⁰. Il est nécessaire de s'attarder sur cette disposition. Les juges du Palais Royal commencent par réaffirmer le caractère indispensable d'un « *accident* » pour envisager une réparation, renvoyant à la distinction entre défaut d'information et préjudice né du

¹²⁰ Conseil d'Etat, 19 octobre 2016, CH d'Issoire, n°391538.

défaut d'information. Il fait par d'un raisonnement par analogie en portant un regard sur l'information qui aurait porté sur les risques de gravité comparable à celui qui s'est finalement réalisé. Implicitement, le juge admet que le silence du médecin sur le risque qui s'est produit constituera un manque d'information et non un défaut dès lors qu'un risque de gravité comparable a pu lui être indiqué. Le juge rappelle toutefois que la circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les médecins de le porter à la connaissance du patient. Ainsi, si le juge admet un degré pour caractériser le défaut d'information par un raisonnement par analogie, il ne saurait, en revanche, porter atteinte à la consistance de l'obligation d'information: il incombe toujours au médecin de donner une information portant sur tous les risques.

Une interrogation émerge: pourquoi le juge administratif fixe-t-il un degré au défaut d'information en le distinguant du manque d'information? Au regard de l'évolution jurisprudentielle, il est admis que l'obligation pesant sur les médecins est de plus en plus large et les expose à davantage de recours. La décision du Conseil d'Etat du 10 mai 2017 illustre parfaitement cette dynamique puisque l'information du patient doit porter à la fois « *sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles déjà identifiés de cette technique et sur le fait que l'absence d'un recul suffisant ne permet pas d'exclure l'existence d'autres risques* »¹²¹. Le praticien doit ainsi informer que des risques qui ne sont pas encore connus peuvent se réaliser mais doit aussi informer sur tout risque déjà répertorié dans la « *littérature médicale* ». Par conséquent, le juge admet un certain degré s'agissant du défaut d'information pour pallier ou, *a minima*, contrebalancer cette difficulté touchant les praticiens sur les risques. En effet, il est aisé de comprendre que la rareté d'un risque est propre à chaque individu: un même acte peut avoir des conséquences différentes pour chaque patient. C'est donc dans cet esprit pragmatique que le juge invite à raisonner par analogie (au regard de la communication au patient de risques de gravité similaire). Le juge pourrait, en ce sens, qualifier un manque d'information qui ne permettrait pas de caractériser le défaut d'information¹²².

Originellement, un régime de responsabilité pour faute est applicable s'agissant du contentieux du défaut d'information. Cependant, la spécificité du défaut d'information telle qu'envisagée par la faute éthique et la distinction entre défaut d'information et le préjudice né du défaut d'information emporte la fixation d'un régime hybride, *a minima*, nouveau. Ce droit se situe

¹²¹ Conseil d'Etat, 10 mai 2017, n°397840.

¹²² F. Filly, « Responsabilité médicale: un manque d'information n'est pas un défaut d'information », *Village-justice*.

davantage dans une logique de réparation que de responsabilité: l'émergence nouvelle d'un régime de responsabilité sans faute traduit ce souhait de permettre la réparation du préjudice subi par le patient. Le souhait de permettre l'effectivité du droit à l'information du patient par son invocabilité, préalable nécessaire à toute réparation.

Section 2: L'admission subsidiaire d'un régime de responsabilité sans faute: une combinaison pragmatique.

La jurisprudence a admis, plus récemment, un régime de responsabilité sans faute à titre subsidiaire. Cette possibilité d'engager la responsabilité sans faute au titre du défaut d'information est nouvelle: certains juristes la jugent pragmatique alors que d'autres y voient une indulgence du juge. La subsidiarité de ce régime rendra indispensable de porter un regard comparatif avec le régime de responsabilité fondé sur la faute.

Ces problématiques seront perceptibles par le caractère résiduel du défaut d'information non fautif (Paragraphe 1) et illustreront l'impulsion favorable à la victime entreprise par le juge qui étend le domaine des accidents médicaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: Le caractère résiduel du défaut d'information non fautif.

A l'origine, le régime de responsabilité sans faute au titre du droit à l'information a été conçu et envisagé du fait de l'existence d'hypothèses de défauts d'information non fautifs. Une telle hypothèse de défaut d'information peut être qualifiée de résiduelle puisque le juge a volontairement souhaité qu'elles soient minimales. En effet, le mouvement de reconnaissance du droit à l'information du patient et, *a fortiori*, sa protection exigeait que l'omission d'informations ne soit nullement envisageable. Ce caractère résiduel est ainsi directement justifié par le souhait de favoriser l'effectivité du droit à l'information du patient.

Certains verront ainsi une indulgence du juge d'admettre un régime de responsabilité sans faute pour des hypothèses relativement rares. Pourtant, le juge fait, en l'occurrence, preuve de minutie et de rigueur afin de ne concéder aucun vide juridique qui pourrait nuire au patient et au droit qui lui est reconnu.

Ce défaut d'information non fautif est de prime abord perceptible par l'existence de dispenses légales au droit à l'information du patient (I) et rend, pour des raisons pragmatiques, nécessaire l'intervention de la solidarité nationale (II).

I. L'existence de dispenses légales au devoir d'information strictement encadrées.

Evoquer l'existence de dispenses légales au droit à l'information du patient rend indispensable de revenir à la loi Kouchner. En effet, l'article L1111-2 du CSP prévoit que « *seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer* » peuvent dispenser le professionnel de santé de son obligation. Si l'urgence est une notion saisissable relativement aisément, l'impossibilité d'informer recouvre des hypothèses plus vastes. L'impossibilité d'informer peut être invoqué tant lorsque le patient est inconscient (coma) qu'il est introuvable s'agissant d'un risque connu postérieurement à l'acte médical. En vertu de la nécessité d'informer le patient *a posteriori*, l'impossibilité ne peut être légitimement invoquée que si le patient demeure introuvable: il faut ainsi que le médecin rapporte la preuve qu'il a tenté de l'informer.

Par ailleurs, l'article L1111-2 du CSP précise que l'information doit porter sur « *les risques fréquents ou graves normalement prévisibles* » ce qui exclut une condamnation sur le fondement du défaut d'information lorsque le risque est bénin et rare¹²³. Il faut préciser que ces conditions de caractère bénin et rare sont cumulatives puisque le médecin doit nécessairement informer le patient des risques rares: « *la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation* »¹²⁴. Ces dispenses sont strictes afin d'accroître l'effectivité du droit à l'information du patient. Les recommandations de bonnes pratiques professionnelles de la HAS de 2012 corroborent cette volonté du juge et du législateur de limiter la portée de ces exemptions en précisant que l'urgence et l'impossibilité d'informer « ne laissent pas de marge d'appréciation au médecin » avant d'ajouter que l' « *urgence doit être comprise de manière stricte et l'on ne peut assimiler à l'urgence le caractère indispensable d'un acte ou d'une intervention ; quant à l'impossibilité, elle vise le cas du malade inconscient* ». L'appréciation de l'urgence est particulièrement frappante et révélatrice du caractère résiduel de ces dispenses: elle est appréhendée *stricto sensu*.

¹²³ C. Lantero, *Les droits des patients*, op.cit., p84.

¹²⁴ Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

Une autre situation doit être relevée mais ne constitue pas une dispense mais une conséquence du souhait de favoriser la volonté du patient, de lui octroyer une certaine autonomie. Cette hypothèse d'un défaut d'information non fautif, *a fortiori*, d'une absence d'information est également prévue par la loi du 4 mars 2002: « *la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission* ». Le patient peut donc opposer au médecin son refus d'être informé. Cependant, bien que cette exemption naisse de l'initiative du patient, elle est également strictement encadrée: un risque de transmission justifie le non-respect de la volonté du soigné d'être tenu dans l'ignorance.

Une situation a d'ores-et-déjà fait l'objet de plusieurs décisions et doit être notée s'agissant du défaut d'information non fautif. En 2011, le Conseil d'Etat a précisé que le caractère indispensable d'une intervention à risques est susceptible d'exonérer un professionnel de santé de sa responsabilité au titre du défaut d'information¹²⁵. Cet arrêt anticipe quelque peu de futurs raisonnements quant aux préjudices: il est spécifié, en l'espèce, qu'un tel manquement à l'obligation d'information n'a pas privé le patient de la « *possibilité de se soustraire au risque lié à l'intervention* », qu'en ce sens, il ne peut invoquer la perte de chance. Cette position fut réaffirmée en 2020 par la même juridiction qui confirma que le défaut d'information peut être considéré comme non fautif, en ce qu'il n'engage pas la responsabilité du praticien, lorsque « *compte tenu de ce qu'était l'état de santé du patient et son évolution prévisible en l'absence de réalisation de l'acte, des alternatives thérapeutiques qui pouvaient lui être proposées ainsi que de tous autres éléments de nature à révéler le choix qu'il aurait fait, qu'informé de la nature et de l'importance de ce risque, il aurait consenti à l'acte en question* »¹²⁶. *De facto*, le juge administratif précise sa jurisprudence en indiquant que l'absence d'alternative thérapeutique peut empêcher la caractérisation du préjudice de la perte de chance et ainsi illustrer un défaut d'information non fautif.

Bien que limité, le défaut d'information non fautif recouvre quelques situations et évolue encore très récemment. Cette évolution quant à l'absence d'alternative thérapeutique retranscrit le pragmatisme du juge qui recherche en permanence un équilibre entre indemnisation du patient, obligation raisonnable incombant au médecin et droit demeurant effectif. Le juge et le législateur sont pleinement conscients du déséquilibre originel qui frappe cette relation et s'attardent, ainsi, à

¹²⁵ Conseil d'Etat, 11 juillet 2011, n°328183.

¹²⁶ Conseil d'Etat, Section, 20 novembre 2020, n°419778.

encadrer strictement ce défaut d'information non fautif. Admettre un tel défaut d'information emporte, en pratique, une conséquence: l'intervention de la solidarité nationale.

II. La nécessaire admission de la solidarité nationale.

L'admission de la solidarité nationale relève d'une exigence de pragmatisme. En effet, l'hypothèse est peu commune mais mérite toutefois un intérêt: comment réparer les conséquences d'un défaut d'information non fautif? Plus précisément, quel régime sera applicable à un patient qui subirait un préjudice suite à un acte médical dénué d'informations en vertu de l'urgence ou de l'impossibilité d'informer? Afin de répondre à ces interrogations, il convient de se concentrer sur ce défaut d'information non fautif. Par essence, et comme cela a été étudié, le défaut d'information, lorsqu'il résulte de l'urgence, de l'impossibilité d'informer et, a fortiori, du refus du patient, ne permet pas de caractériser une faute du professionnel de santé et le patient ne saurait ainsi se prévaloir du défaut d'information pour intenter une action en responsabilité pour faute. Il est indispensable de se pencher sur l'article L1142-1 du CSP qui prévoit l'articulation entre responsabilité pour faute et sans faute par le mécanisme de la solidarité nationale. En son deuxième, cet article prévoit la subsidiarité du régime de responsabilité sans faute: une indemnisation au titre de la solidarité nationale n'est, en principe, concevable que si la responsabilité d'un professionnel de santé ne peut être engagée¹²⁷. Cette disposition sera donc applicable en cas de défaut d'information non fautif, sous réserve que la responsabilité du praticien ne puisse pas être engagée pour une faute technique.

Toutefois, la solidarité nationale ne pourra être mise en oeuvre qu'à certaines conditions: l'article précité impose la présence d'un accident médical non fautif, le caractère grave du dommage ainsi que l'anormalité des conséquences de l'acte¹²⁸. Revenir sur ces conditions est primordial: l'accident médical doit être imputable à un acte médical c'est-à-dire un acte prodigué par des professionnels de santé. S'agissant des caractéristiques de l'accident médical non fautif, celui-ci doit, d'une part, revêtir un caractère anormal: les conséquences de l'acte doivent être anormales au regard de l'état de santé du patient comme de son évolution prévisible. Une

¹²⁷ Article L1142-1 du CSP: « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale ».

¹²⁸ Article L1142-1 du CSP: « lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité ».

présomption d'anormalité est même établie depuis 2014 par le juge administratif qui rappelle que « *la condition d'anormalité du dommage doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement* »¹²⁹. Depuis le 13 novembre 2020, la juridiction administrative a reconnu que l'apparition prématurée de l'évolution prévisible du patient constitue une conséquence anormale de l'acte de soins¹³⁰. L'anormalité est donc appréciée assez largement par le juge afin de permettre une indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute. D'autre part, l'accident médical doit être grave: le seuil de gravité est fixé par l'article D1142-1 du CSP avec la fixation de critères alternatifs¹³¹.

Les caractères de l'accident médical permettant une indemnisation au titre de la solidarité nationale fixés, dans un souci de rigueur juridique et de pragmatisme, il apparaît ainsi parfaitement logique, qu'en l'absence de faute résultant du défaut d'information, le juge admette une telle réparation fondée sur l'intervention de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).

L'admission de la solidarité nationale résulte d'une exigence pragmatique et logique afin de permettre une indemnisation de la victime. En effet, affirmer que le défaut d'information peut être non fautif nécessite l'intervention de l'ONIAM dans les hypothèses où il causera un dommage grave et anormal au patient. Ainsi, bien que résiduel, le défaut d'information non fautif se doit d'être noté puisqu'il est révélateur de la capacité du juge à se confronter à la réalité. De surcroît, afin de favoriser le patient, le domaine des accidents médicaux est étendu ce qui est interprété par certains comme une indulgence jurisprudentielle.

Paragraphe 2: Une extension nouvelle du domaine des accidents médicaux.

La présence d'un accident médical est la condition *sine qua none* afin de prétendre à une réparation au titre de la solidarité nationale. Etendre le domaine des accidents médicaux revient,

¹²⁹ Conseil d'Etat, 12 décembre 2014, n°355052.

¹³⁰ Conseil d'Etat, 13 novembre 2020, n°427750.

¹³¹ Article D1142-1 du CSP: « *Présente également le caractère de gravité mentionné au II de l'article L. 1142-1 un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 %* ».

corrélativement, à favoriser l'intervention de l'ONIAM. Des situations nouvelles émergeront avec des possibles cumuls entre responsabilité et solidarité nationale illustrant et corroborant la spécificité du droit à l'information du patient.

Cette extension du domaine des accidents médicaux est favorisée par un mouvement combinant les deux régimes de responsabilité (I) mais fut exacerbée par l'intervention et la conception jurisprudentielle admettant l'indemnisation des accidents médicaux fautifs au titre de la responsabilité sans faute (II).

I. L'admission nouvelle d'un cumul de la solidarité nationale et de la responsabilité médicale.

L'admission d'une réparation au titre de la solidarité nationale pour un acte médical fautif est permise et envisagée par le juge en vertu d'une disposition législative. Si les termes employés, associant solidarité nationale et acte fautif, semblent contradictoires, cela est justifié par l'état actuel du droit positif qu'il convient de retranscrire le plus précisément possible. Cette disconvenance trouve sa motivation dans l'article L1142-1 du CSP deuxièmement, précité, qui prévoit la possibilité d'une intervention de la solidarité nationale si l'acte médical a eu des « *conséquences anormales* » au regard de l'état de santé du patient et de son évolution prévisible et s'il présente « *un caractère de gravité* ». Il est nécessaire de doter ces considérations d'une once d'empirisme afin de mieux les saisir. Le défaut d'information, bien que fautif, a pu provoquer un accident médical grave causant au patient des conséquences anormales au regard de son état de santé. Ainsi, la spécificité du droit à l'information a permis d'envisager un cumul entre engagement de la responsabilité du médecin pour faute et intervention de l'ONIAM au titre de la gravité et de l'anormalité de l'accident médical qui en découle.

Cette possibilité de combiner les deux régimes fait ressurgir une dichotomie, traditionnelle, entre les deux ordres de juridiction¹³². En effet, les juges administratifs et judiciaires dégagent une solution commune mais raisonnent différemment pour y parvenir. En 2010, la Cour de cassation a prévu une situation dans laquelle la responsabilité médicale et la solidarité nationale pouvaient être combinées, celle du défaut d'information. Le juge judiciaire exigeait ainsi la présence d'une faute

¹³² Sur ces développements voir P. Jourdain, « La coexistence de la solidarité nationale et de la responsabilité médicale lorsqu'elle est à l'origine d'une perte de chance », *RTD Civ*, 2020, p905.

éthique causant au patient une perte de chance d'éviter l'accident médical¹³³. *A contrario*, lorsqu'il est question d'une faute technique, « *commise dans la réalisation de l'acte médical* », le juge judiciaire précise qu'elle est « *exclusive d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale* »¹³⁴. Ainsi, pourquoi le juge émet-il seulement la possibilité d'un cumul des deux régimes de responsabilité à propos d'un défaut d'information? La réponse semble déjà se profiler par les solutions dégagées par la Cour de cassation. En effet, il distingue la faute éthique de la faute technique afin de permettre ou non un indemnisation par la solidarité nationale. Le juge considère que seule la faute éthique justifie l'intervention de l'ONIAM par son absence de rôle direct dans la survenance du dommage, dans le « *processus accidentel* » selon Patrice Jourdain. Celui-ci ne nie pas son importance puisqu'il précise que la faute éthique est une condition nécessaire du dommage mais elle n'est pas la cause de l'accident qui « *n'est imputable qu'aux risques inhérents à l'acte médical* ».

Le juge administratif, dès 2011, a fait part d'un raisonnement différent. En effet, celui ne distingue pas la faute éthique de la faute technique pour justifier la combinaison des deux régimes de responsabilité mais la perte de chance du dommage final. Ainsi, il admet le cumul des deux régimes lorsqu'une faute éthique ou technique du professionnel de santé a fait perdre au patient une chance d'éviter l'accident médical¹³⁵. Cette position fut, d'ailleurs, réaffirmée en 2020¹³⁶. Le curseur n'est ainsi pas le même: si la Cour de cassation s'intéresse aux causes du dommage (fautes), le Conseil d'Etat s'intéresse davantage aux conséquences (dommages et préjudices). Si ces deux raisonnements permettent une combinaison de la solidarité nationale et de la responsabilité médicale, Patrice Jourdain émet une réserve sur la justification faite par le juge administratif. En effet, par essence, distinguer le préjudice de perte de chance du dommage final revient à postuler d'une autonomie de l'un envers l'autre. Cependant, cette autonomie de la perte de chance est discutable (cela fera l'objet d'approfondissements: Cf *infra*) d'autant plus que le juge du Palais Royal l'écarte dès l'indemnisation: l'indemnisation au titre de la perte de chance constitue une fraction de celle du dommage corporel¹³⁷.

¹³³ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 11 mars 2010, n°09-11.270.

¹³⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 16 novembre 2016, n°15-20.611.

¹³⁵ Conseil d'Etat, 30 mars 2011, ONIAM c/ Epoux Hautreux, n°327669.

¹³⁶ Conseil d'Etat, 8 juillet 2020, n°425229.

¹³⁷ Conseil d'Etat, 8 juillet 2020, n°425229: « *l'indemnité due par l'ONIAM est réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue* ».

La combinaison, désormais, admise entre solidarité nationale et responsabilité pour faute du professionnel de santé se doit d'être appréciée dans un mouvement plus large, celui de favoriser l'indemnisation de la victime. En effet, le droit à l'information du patient, s'il présente des particularités, permet toutefois l'émergence de nouvelles solutions jurisprudentielles (cumul des deux régimes) permettant, *in fine*, au patient d'obtenir réparation. N'est-ce pas un gage d'effectivité? Cette combinaison des régimes de responsabilité constitua, en réalité, le terreau propice à l'avènement d'une indemnisation partielle des accidents médicaux fautifs.

II. L'admission d'une indemnisation partielle des accidents médicaux fautifs.

La jurisprudence, en admettant la possibilité d'un cumul du régime de responsabilité pour faute et sans faute, permet une indemnisation partielle d'un accident médical fautif, entendu comme provenant d'un manquement du médecin¹³⁸. Si, du point de vue de la juridiction administrative, la perte de chance est le moyen idoine afin d'engager les deux fondements de responsabilité sans pour autant concéder une indemnisation uniquement sur la solidarité nationale pour accident médical fautif, il n'en demeure pas moins que le défaut d'information, lorsqu'il est fautif, constitue un manquement du médecin. Ce recours à la perte de chance pour le juge administratif et à la faute éthique pour le juge judiciaire semble davantage illustrer un subterfuge juridique afin de proposer une solution tenable. Dans sa décision de 2010, la Cour de cassation précise que le devoir d'information incombant à tout professionnel de santé n'est pas uniquement susceptible d'engager la responsabilité du médecin¹³⁹. Par déduction, cette affirmation consacre, implicitement, l'extension du domaine des accidents médicaux nécessitant l'intervention de l'ONIAM. Cette extension se fait au profit du défaut d'information qui caractérise un manquement du médecin et, *a fortiori*, une faute.

Le patient voit, dès lors, les possibilités d'indemnisation s'accroître mais cette extension marque également la limite que pourra concéder le juge à propos de l'intervention de la solidarité nationale. En effet, il ne sera guère possible d'étendre le domaine des accidents médicaux à d'autres manquements du médecin (fautes techniques) sans contrevenir expressément à l'article L1142-1 du CSP prévoyant l'intervention de la solidarité nationale à la condition qu'aucune responsabilité pour

¹³⁸ Sur ces développements voir *Dalloz-Etudiant*: « La solidarité nationale appelée à jouer un plus grand rôle dans l'indemnisation des accidents médicaux », 2010.

¹³⁹ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 11 mars 2010, n°09-11.270.

faute ne puisse être engagée. La doctrine avait précisé que le législateur avait ainsi « *ostensiblement manifesté sa volonté de clarifier le régime contentieux des accidents consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins: la responsabilité pour la faute et la solidarité nationale pour l'aléa thérapeutique* »¹⁴⁰. De facto, la clarification entreprise et souhaitée par le législateur ne saurait être mise à mal ou écartée par le juge qui semble avoir, d'ores-et-déjà, poussé à son paroxysme l'extension du domaine des accidents médicaux. Certains juristes, à l'instar de Terry Olson, perçoivent même par l'admission d'une indemnisation partielle des accidents médicaux provoqués par un manquement du professionnel de santé, « *une socialisation du risque, qui porte en elle-même un germe de déresponsabilisation des patients et des professionnels* »¹⁴¹.

La spécificité du droit à l'information du patient est exacerbée par l'appréhension nouvelle d'un défaut d'information susceptible de permettre une indemnisation au titre de la solidarité nationale. Ceci répond à un souhait d'indemniser la victime et démontre la logique inhérente au droit de la responsabilité médicale: permettre la réparation plutôt que de s'obstiner à chercher des responsables. Cette combinaison des régimes relève davantage du pragmatisme du juge que d'une indulgence. La réparation du défaut d'information est, *de facto*, véritablement évolutive et plurielle et le caractère protéiforme de ce défaut d'information se doit nécessairement d'être envisagé par les préjudices qui en découlent. En effet, une fois les fondements de la responsabilité au titre du défaut d'information évoqués, il est nécessaire afin d'apprécier entièrement la réparation de ce manquement, les préjudices invocables et leur portée.

¹⁴⁰ S. Bousard, « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », *RFDA*, 2008, p1023.

¹⁴¹ T. Olson, « Responsabilité, assurance et solidarité en matière sanitaire », *AJDA*, 2005, p2226.

CHAPITRE 2: LA RECONNAISSANCE DE PRÉJUDICES DISTINCTS: UNE AUTONOMIE RELATIVE.

Le défaut d'information revêt un caractère protéiforme au regard des préjudices qui en découlent. Les préjudices invocables sont le fruit d'une évolution jurisprudentielle, impulsion, au regard des développements effectués *supra*, qui n'est guère étonnante. Si cet aspect évolutif est précisé, c'est parce qu'il traduit, *a fortiori*, retranscrit exactement la conception jurisprudentielle du droit à l'information du patient. En effet, il serait presque envisageable d'affirmer que l'effectivité de ce droit est intégralement perceptible au vu de la reconnaissance ou non de préjudices. Cette considération empirique permet d'envisager et d'appréhender, avec le plus de véracité, le droit à l'information. Le terme « intégralement » précédemment choisi ne relève pas d'une tournure hasardeuse. En effet, si l'effectivité de ce droit est intégralement perceptible par les préjudices qui en résultent, une corrélation se dessine: ces préjudices doivent permettre une réparation intégrale. Il faut ainsi entendre que l'effectivité de ce droit à l'information se constate et est conditionnée par la reconnaissance de préjudices réparant intégralement le dommage causé par un manquement du professionnel de santé à son obligation.

Deux préjudices sont ainsi reconnus dans le contentieux du défaut d'information. S'ils sont distincts, ils sont, en principe, autonomes. Cependant, ce postulat est à nuancer: l'autonomie des préjudices invoqués dans le cadre du manquement à l'obligation d'information est relative. Il sera nécessaire d'apprécier et d'appréhender cette autonomie afin de percevoir la spécificité de la réparation du défaut d'information. Lorsqu'il est question d'appréhender l'autonomie de ces préjudices, il s'agira de les confronter aux préjudices résultant du dommage corporel.

Le préjudice initialement réparé fut la perte de chance (Section 1) avant que n'émerge un second préjudice propre au défaut d'information, l'impréparation, suivant le dessein du principe de réparation intégrale (Section 2).

Section 1: Une réparation originelle fondée sur la perte de chance.

A l'origine, le préjudice reconnu en cas de défaut d'information du patient était la perte de chance. Celle-ci constituait initialement un moyen expédient à la réparation du défaut d'information. En effet, elle était presque perçue comme un subterfuge juridique ce qui démontre et

fait surgir son originalité. La perte de chance s'avère être un préjudice qui permet une réparation originale.

En ce qu'elle fut le moyen idoine d'admettre une réparation sur le fondement du défaut d'information, la perte de chance jouit d'une caractérisation particulière (Paragraphe 1) et son originalité se perçoit par la prise en compte nécessaire de l'aléa médical pour la qualifier (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: La caractérisation particulière de la perte de chance.

Pour retenir le préjudice de perte de chance, le juge fait preuve de rigueur. Afin de ne pas laisser l'illusion d'un préjudice invocable et, *a fortiori*, réparable trop aisément, la caractérisation de la perte de chance est particulière. Si cette particularité n'aura de cesse d'être évoquée, elle est, de prime abord, révélée par la distinction entre préjudice de perte de chance et le dommage final.

Pour appréhender précisément ce préjudice, il conviendra de s'intéresser à ses éléments constitutifs qui font l'objet d'une appréciation rigoureuse (I) avant de saisir pleinement la spécificité de la perte de chance (II).

I. Les éléments constitutifs: une rigueur impérieusement attendue.

Avant d'évoquer les éléments constitutifs du préjudice de la perte de chance, il convient de se demander comment est-elle définie et de préciser son invocabilité devant les deux ordres de juridiction. Ainsi, la perte de chance est un « *préjudice résultant de la disparition, due au fait d'un tiers, de la probabilité d'un événement favorable et donnant lieu à une réparation mesurée sur la valeur de la chance perdue déterminée par un calcul de probabilités et qui ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »¹⁴². Cette définition retranscrit bien la difficulté d'admettre un tel préjudice et démontre qu'il fut initié de manière à constituer un stratagème juridique.

Il faut toutefois noter quelques éléments peu communs dans la définition d'un préjudice. Il n'est pas coutumier d'évoquer une réparation mesurée sur la « *chance perdue* » et, *a fortiori*, d'effectuer un

¹⁴² Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2017: « *perte d'une chance* ».

calcul probabiliste. En effet, un préjudice doit, en principe, revêtir un caractère certain, direct et déterminé. Or, les caractères certain et déterminé semblent difficilement constituables. En vertu de la nécessité d'un préjudice certain, un préjudice qui serait éventuel ne saurait être indemnisé. Quant à la présence d'un préjudice déterminé, celui-ci doit pouvoir être évalué. Bien que la définition du préjudice de perte de chance réponde à ces exigences, il est nécessaire de noter que les caractères nécessaires à la reconnaissance d'un préjudice sont soumis à l'idée majeure de probabilités et de chances. Ces précisions étaient impérieusement requises afin de comprendre le contexte et d'apprécier pleinement ce préjudice de perte de chance.

Une autre spécification doit être évoquée, celle de l'admission par les juges de ce préjudice. Ce préjudice a émergé à la fin du XIXème siècle devant les juges judiciaires et en 1964 devant la juridiction administrative¹⁴³. Cependant, la Cour de cassation a admis la réparation d'un défaut d'information par le recours au préjudice de perte de chance qu'en 1990¹⁴⁴. Le Conseil d'Etat a également fait application du préjudice de perte de chance pour réparer un manquement à l'obligation d'information, dans sa décision Telle¹⁴⁵.

La perte de chance pouvant ainsi être invoquée devant les deux ordres de juridiction et, au regard, de sa définition assez nouvelle du fait même de l'idée de « chance », une rigueur dans sa caractérisation est nécessairement escomptée. Cette rigueur se perçoit véritablement dans les éléments constitutifs de ce préjudice. En effet, pour être indemnisable, le préjudice de perte de chance doit être certain, réel et sérieux. Ces caractéristiques sont, en réalité, ceux de la chance. En effet, il semble logique de déterminer ce que recouvre la chance avant de s'intéresser à la perte d'une chance. S'agissant de la responsabilité médicale, elle est la possibilité pour le patient d'obtenir une éventualité favorable par le recours à un acte médical. *De facto*, la perte de chance se détermine à partir de cette éventualité favorable.

Trois éléments permettent de constituer le préjudice de perte de chance¹⁴⁶. De manière assez basique, une chance, *a fortiori*, une éventualité favorable doit exister. L'existence de cette éventualité favorable fait l'objet d'une appréciation favorable au patient. En effet, le juge judiciaire

¹⁴³ Conseil d'Etat, 24 avril 1964, Hôpital-Hospice de Voiron.

¹⁴⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 février 1990, n°88-14.797.

¹⁴⁵ Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

¹⁴⁶ Sur ces développements voir Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel (AREDOC), « Faute, aléa thérapeutique, perte de chance: état des lieux 18 ans après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 ».

a indiqué que la réparation au titre de la perte de chance « *ne peut être écartée que s'il peut être tenu pour certain que la faute n'a pas eu de conséquence sur l'état de santé du patient* »¹⁴⁷. Cette éventualité favorable doit, réellement, disparaître. Cet aspect, appliqué au défaut d'information du patient, évoque la situation où, bien que le patient n'ait pas été informé d'un risque, cette connaissance du risque ne l'aurait pas empêché de se soumettre à l'intervention¹⁴⁸. Le juge apprécie *in concreto* les différentes espèces afin de caractériser cette disparition réelle d'une éventualité favorable. Par ailleurs, la chance perdue doit être sérieuse: la survenance du dommage doit avoir compromis la réalisation de cette chance. Cet élément reprend la situation précédemment exposée: une corrélation existe entre le caractère réel et certain de la perte de chance.

Il faut toutefois noter que l'effectivité du droit à l'information, permise par la réparation du préjudice de perte de chance, tend à être relativisée puisqu'en l'absence de réalisation du risque, la perte de chance serait considérée comme déraisonnable. Ceci signifie que la présence d'un défaut d'information, s'il n'emporte pas un préjudice corporel, ne saurait être indemnisé. De plus amples précisions seront données, sur ce propos, *infra*.

En matière médicale et particulièrement s'agissant du défaut d'information, la perte de chance fait l'objet d'une caractérisation spécifique: il suffit pour la victime de prouver que des chances limitées mais réelles de guérison sont compromises pour prétendre à une réparation. La perte de chance est appréciée plus strictement dans d'autres domaines puisqu'elle doit impérativement être sérieuse (pas uniquement compromise).

Nonobstant l'appréciation large de la jurisprudence de la notion de chance justifiée par le souhait de doter le droit à l'information du patient d'effectivité, le juge demeure rigoureux en s'attendant à caractériser chacun des trois éléments constitutifs de la perte de chance. Cette rigueur juridique est particulièrement souhaitable et attendue lorsqu'il est question de la réparation du défaut d'information. Cette affirmation invite à préciser la spécificité de ce préjudice de perte de chance.

¹⁴⁷ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 5 juillet 2017, n°16-21.510.

¹⁴⁸ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 20 juin 2000, n°98-23.046.

II. Un préjudice spécifique: la considération prééminente de la situation *ex ante*.

La distinction du préjudice de perte de chance du dommage final démontre la spécificité de ce préjudice. En effet, le juge judiciaire affirmait que la perte de chance constitue « *un préjudice distinct des atteintes corporelles* »¹⁴⁹. Ainsi, la réparation de ce préjudice se limitera à une partie du dommage corporel (Cf *infra*). Plus encore, cette distinction entre la perte de chance et les atteintes corporelles présage de l'autonomie de ce préjudice. Cette autonomie doit être appréhendée comme la possibilité d'invoquer ce préjudice uniquement au titre du défaut d'information.

La spécificité de ce préjudice est également perceptible en ce qu'il était, à l'origine, le seul préjudice indemnisable en cas de défaut d'information du patient. En effet, la Cour de cassation soutenait, en 2007, que « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »¹⁵⁰.

Cependant, la spécificité particulièrement notable est l'intérêt que porte nécessairement ce préjudice à la situation *ex ante*, antérieure. En effet, pour apprécier une perte de chance, il faut, pour des raisons pratiques, déterminer quelle était la chance et, *de facto*, revenir à la situation permettant d'observer cette chance. Ainsi, quelle est cette situation? Plus précisément, s'il est permis d'utiliser une telle formulation, à quel niveau du processus le juge doit-il placer le curseur? Le mot processus est employé afin d'illustrer le plus conformément possible la situation sur laquelle le juge doit statuer. En guise de réponse à ces interrogations, le juge doit reprendre le déroulement des événements et se replacer dans la situation précédant le dommage. C'est véritablement cette situation qui permet d'apprécier si une chance existait et, le cas échéant, l'ampleur de sa perte. Il est aisé de concevoir que la mission du juge est particulièrement complexe, d'autant qu'il ne s'agit, en l'occurrence, que de l'aspect formel de la perte de chance. En effet, ces considérations tenant à l'appréciation de la situation antérieure à l'acte dommageable constitue la caractérisation purement formelle de ce préjudice. Le juge effectue ainsi un raisonnement propre à la perte de chance causée par un défaut d'information en évaluant la probabilité que le patient renonce à l'intervention s'il

¹⁴⁹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 février 1990, n°88-14.797.

¹⁵⁰ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 6 décembre 2007, n°06-19.301.

avait eu conscience des risques encourus¹⁵¹. Ce raisonnement encadré, parfois qualifié de « diagnostic rétrospectif », demeure tout de même assez subjectif, *a minima*, abstrait.

Ce notion de diagnostic rétrospectif autorise à effectuer un parallèle avec le principe de réparation intégrale. Le juge doit, en effet, reconstituer un passé qui n'a pas eu lieu et doit « *rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de remplacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* »¹⁵². Cependant, s'agissant de la confrontation de la perte de chance au principe de réparation intégrale, une double difficulté émerge. Par essence, la reconstitution du passé d'un passé qui n'a pas eu lieu est particulièrement délicate et le fondement probabiliste de la perte de chance rend difficile l'instauration d'un équilibre détruit ou, plus précisément, non permis par le dommage.

Au-delà de ces considérations tenant à la forme de ce préjudice mais nécessaires, la particularité de la perte de chance se conçoit également sur le fond, au regard de la pluralité de situations qu'elle recouvre. De manière générale, concernant le manquement à l'obligation d'information, il s'agit d'une perte de chance de se soustraire au dommage, d'éviter la réalisation des risques¹⁵³. Cette perte de chance d'éviter le dommage se matérialise, en pratique, par la perte de chance de refuser les soins: le patient n'a pas pu décider de manière libre mais surtout éclairée. Le soigné n'a donc pas eu le choix ce qui caractérise le défaut d'information et le non-respect dudit droit du patient. La Cour de cassation avait affirmé de manière implicite que le patient avait perdu une chance de prendre une décision éclairée et, en ce sens, différente: le manquement à l'obligation d'information a « *privé ce malade d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque* »¹⁵⁴.

La perte de chance, lorsqu'elle est utilisée afin de réparer un défaut d'information du patient, recouvre plusieurs hypothèses mais constitue, sans exagération aucune, un préjudice spécifique qui fait l'objet d'une caractérisation particulière. L'étude de sa mise en jeu, de sa constitution était nécessaire mais, au-delà, quelle réparation permet-elle en pratique? Comment le juge use de la perte

¹⁵¹ L. Marion, C. Mangué, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, Systèmes, 2ème édition, 2019, 224 p. p.79.

¹⁵² Cour de cassation, 2ème Chambre civile, 28 octobre 1954, n°8765.

¹⁵³ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 29 juin 1999, n°97-14.254.

¹⁵⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 février 1990, n°88-14.797.

de chance pour réparer le défaut d'information? Finalement, permet-elle une réparation intégrale, témoin de l'effectivité octroyée au droit à l'information?

Paragraphe 2: L'inéluctable prise en compte de l'aléa médical.

Il convient immédiatement de préciser la notion d'aléa médical. Si parfois, cet aléa est utilisé pour définir les aléas thérapeutiques (désormais qualifiés d'accidents médicaux comme les infections nosocomiales ou les affections iatrogènes), il ne sera, dans cette étude, aucunement utilisé en ce sens. En effet, l'aléa médical représentera « *l'incertitude quant au sort du patient si la faute médicale n'avait pas été commise* »¹⁵⁵. Si la perte de chance est employée, c'est parce qu'elle est le moyen idoine permettant la prise en compte de cet aléa: elle permet une indemnisation malgré l'incertitude.

Ainsi, il sera nécessaire de saisir que le lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage est distendu (I) avant d'appréhender le fractionnement de la réparation qui découle (II).

I. L'admission délicate d'un lien de causalité distendu.

Avant tout développement qu'est-il entendu par lien de causalité distendu? Ce caractère distendu pouvait être présagé par la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle précisait que la perte de chance constitue un « préjudice distinct des atteintes corporelles »¹⁵⁶. En effet, puisque ce préjudice n'est pas indemnisable au titre d'un dommage corporel, le lien de causalité entre la faute et le dommage est plus difficilement caractérisable. En guise d'illustration, si une faute technique cause au patient un dommage corporel, le lien de causalité entre ce dommage et un éventuel préjudice de souffrances physiques serait direct et certain. Cependant, en présence d'une faute éthique qu'est le manquement à l'obligation d'information et de la survenance d'un dommage corporel, le lien de causalité entre cette faute et le dommage n'est pas direct et peut difficilement s'avérer certain, en cela, il est distendu. C'est pour contrer ce lien de causalité distendu que le juge a recours au préjudice de perte de chance. En cela, certains juristes qualifient parfois la perte de chance d'« expédient » permettant l'indemnisation en cas de doute sur la causalité ou les éléments

¹⁵⁵ L. Marion, C. Maugué, *La responsabilité du service public hospitalier*, op.cit., p116.

¹⁵⁶ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 février 1990, n°88-14.797.

du préjudice¹⁵⁷. Son autonomie peut également être perçue de manière relative puisqu'elle ne constitue donc pas un préjudice propre et indemnisable mais « *un moyen d'aménager, au profit de la victime, la preuve de la causalité entre la faute de l'hôpital et le dommage corporel subi* »¹⁵⁸.

Ce lien de causalité distendu traduit l'incertitude qui est la condition nécessaire à l'utilisation de ce préjudice et qui exacerbe son caractère subsidiaire. En effet, le juge utilise la perte de chance afin de pallier à l'incertitude du lien causal. Elle est ainsi utilisée lorsqu'il est impossible de déterminer de manière certaine l'attitude qu'aurait adoptée le patient s'il avait été correctement informé. Etant admis qu'en l'absence d'incertitude, c'est-à-dire lorsque le patient dûment informé aurait accepté l'acte médical (urgence ou nécessité), la perte de chance n'est nullement opposable par le patient¹⁵⁹. C'est pourquoi, il semble nécessaire de spécifier que l'incertitude est la condition *sine qua none* de ce préjudice, elle retranscrit la prise en compte de l'aléa médical. Toutefois, il est fondamental de tempérer le propos: l'incertitude repose sur le lien de causalité. Effectivement, deux certitudes existent: une faute éthique a bien été commise et une atteinte corporelle est subie par le patient. Ce préjudice de perte de chance est ainsi admis afin de remédier à l'incertitude pesant sur le lien de causalité tout en prenant en considération une autre réalité: en l'absence de faute, l'atteinte corporelle n'aurait peut-être pas eu lieu. La Cour de cassation a fait part d'une vision de la perte de chance qu'il est assez opportune de citer. En effet, elle illustre parfaitement les enjeux de ce préjudice et la difficulté tenant à cette incertitude: « *toute la construction de la perte de chance en matière médicale repose sur le souci de concilier cette incertitude et cette certitude en évitant les deux excès opposés que constitueraient le rejet systématique de toute indemnisation ou, à l'opposé, une indemnisation totale tout aussi systématique* »¹⁶⁰. Cet équilibre à trouver laisse présager le rôle très important du juge dans l'appréciation de ce préjudice. Il devra lui-même départager la certitude de l'incertitude, l'objectif du subjectif.

Au-delà des des conséquences qu'emporte cette incertitude sur le lien de causalité, elle engendre une preuve particulière de la part du patient qui doit seulement prouver que la faute éthique du médecin l'a privé d'une chance d'éviter le dommage. Il n'est nullement question de

¹⁵⁷ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 20 juin 2000, n° 98-23.046 ; *D.*, 2000, p471, note P. Jourdain.

¹⁵⁸ J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, « Indemnisation de la perte de chance: le Conseil d'Etat poursuit sa reconversion au probabilisme », *AJDA*, 2008, p135.

¹⁵⁹ M. Girer, L. Klesta, « L'obligation d'information du médecin en France et en Italie », *op.cit.*, p853.

¹⁶⁰ Rapport annuel de la Cour de cassation, « La perte de chance en matière médicale », 2007, p268.

prouver que le défaut d'information est la cause certaine de l'atteinte corporelle. C'est cette affirmation qui illustre, en réalité, la spécificité de ce préjudice reposant sur l'incertitude, qu'il n'est pas coutume de réparer en droit. René Savatier, tout en n'étant pas favorable à ce préjudice, qualifiait la décision d'admettre la perte de chance en matière médicale de « *révolutionnaire* »¹⁶¹.

Le préjudice de perte de chance traduit ainsi la prise en compte de l'incertitude, *a fortiori*, de l'aléa médical. Nécessairement, le lien de causalité s'avère distendu ce qui peut parfois rendre l'appréciation de ce préjudice délicate, en pratique. Cependant, l'admission d'un tel lien de causalité emporte des conséquences sur le plan de la réparation, celle-ci sera, à l'aune de la spécificité de ce préjudice, particulière. Elle se heurtera au principe de réparation intégrale et questionnera quelque peu l'effectivité du droit à l'information du patient.

II. Le regrettable fractionnement de la réparation.

Afin d'appréhender le plus rigoureusement possible le fractionnement de la réparation résultant de la perte de chance et, *a fortiori*, de percevoir son caractère regrettable, il convient de s'attarder, de nouveau, sur le fameux arrêt Teyssier¹⁶². La Cour de cassation estimait que le simple manquement au devoir d'information du médecin justifiait qu'il soit condamné à la réparation intégrale du dommage subi par le patient. Cette jurisprudence contribuait à valoriser la volonté du patient, son consentement et octroyait au droit à l'information un caractère subjectif: la simple présence d'une faute éthique nécessitait une réparation intégrale du dommage sur ce fondement. Cette solution de réparer l'entier dommage sur le fondement du défaut d'information a perduré et fut réaffirmé en 1986 par la même juridiction¹⁶³. Cependant, en 1990, le juge judiciaire a fait évoluer sa jurisprudence en remettant en cause la possibilité d'obtenir réparation intégrale du préjudice final à partir du manquement à l'obligation d'information¹⁶⁴. En effet, la simple précision que ce préjudice de perte de chance est « *distinct des atteintes corporelles* » impose une réparation limitée à une partie du dommage corporel. Le juge judiciaire n'a plus laissé aucun doute quant à la

¹⁶¹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 14 décembre 1965, n°707 ; *JCP*, 1966, II, 14752, note R. Savatier.

¹⁶² Cour de cassation, Chambre des Requêtes, 28 janvier 1942, Teyssier, *Gaz. Pal.*, 1942.

¹⁶³ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 11 février 1986, n°84-10.845.

¹⁶⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 7 février 1990, n°88-14.797.

réparation au titre du préjudice de perte de chance qui ne constitue qu'une fraction des dommages subis¹⁶⁵.

Le juge administratif a fait part d'une évolution similaire en limitant la réparation de la perte de chance à une fraction du dommage déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue à l'occasion de la décision Telle en 2000¹⁶⁶. En l'espèce, le patient avait subi une « *perte de chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé* ». Le juge applique un raisonnement probabiliste et analogique afin d'évaluer le comportement qu'aurait adopté le patient, dûment informé, placé dans une situation similaire¹⁶⁷. Ce raisonnement rappelle le raisonnement du juge judiciaire comparant le comportement d'une personne aux agissements du « bon père de famille ». Le Conseil d'Etat a confirmé cette modalité de réparation de la perte de chance et, plus encore, l'a doté d'un effet rétroactif en précisant que ce raisonnement probabiliste est applicable à tous les litiges quelle que soit la date des faits¹⁶⁸. En raison de l'incertitude propre à ce préjudice, le juge n'octroie qu'une réparation proportionnelle ce qui interroge, toutefois, sur l'effectivité de la réparation du défaut d'information.

Après avoir démontré l'évolution jurisprudentielle qui s'est produite, comment justifier cette indemnisation partielle, au regard du principe de réparation intégrale? La doctrine précise qu'en vertu d'un défaut d'information n'étant pas une cause immédiate du dommage, une indemnisation intégrale est difficilement envisageable (Didier Chauvaux). En effet, puisque la perte de chance est utilisée lorsqu'une incertitude demeure, elle ne saurait donner lieu à une réparation intégrale mais implique nécessairement un fractionnement de la réparation. Au-delà d'interroger l'effectivité du droit à l'information du patient au vu de sa réparation partielle (par le préjudice de perte de chance), il est aisé de soutenir que la fixation d'une telle indemnisation est particulièrement délicate, si ce n'est subjectif. Le Conseil d'Etat procède de manière pragmatique en commençant par fixer le montant total de l'ensemble des préjudices subis avant de déterminer la part qui correspond à la perte de chance de n'avoir pas pu se soustraire aux risques au titre du défaut d'information. Cependant, en ce que la perte de chance permet une indemnisation partielle et qu'elle fut l'unique préjudice résultant du défaut d'information pendant un certain temps, ledit défaut peut-il

¹⁶⁵ Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 8 juillet 1997, n°95-18.113: « *la fraction de ces chefs de préjudice dont les médecins étaient redevables au titre de la perte de chance* ».

¹⁶⁶ Conseil d'Etat, Section, 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899.

¹⁶⁷ Sur ces développements voir: L. Marion, C. Maugué, *La responsabilité du service public hospitalier*, *op.cit.*, p116.

¹⁶⁸ Conseil d'Etat, 22 octobre 2014, n°368904.

légitimement être perçu comme ayant reçu une réparation intégrale? La réponse à cette question explique la qualification de regrettable du fractionnement de la réparation. Il faut néanmoins reconnaître que cette solution regrettable pour l'effectivité du droit à l'information se justifie par la rigueur juridique cherchant des subterfuges afin de pallier à ce lien de causalité distendu.

De plus, ce subterfuge emporte des difficultés pratiques: le fractionnement de la réparation n'est pas chose aisée pour le juge. En effet, s'il dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour apprécier cette perte de chance, il doit par ailleurs l'apprécier son montant *in concreto* puisqu'il est « *fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant* »¹⁶⁹. Xavier Barella soutient même que ce fractionnement de la réparation au titre de la perte de chance contraint le juge à procéder à un « *raisonnement divinatoire* »¹⁷⁰. Il insiste sur le calcul probabiliste inhérent à la caractérisation de la perte de chance qui nuit, par essence, à l'exigence d'exactitude. Cette part de probabilité retranscrit la subjectivité qui touchera la fixation du montant.

Une partie de la doctrine (F. Chabas) regrette également cette réparation partielle qui contrevient inéluctablement au principe de réparation intégrale du préjudice ou, plus précisément, qui ne permet pas l'indemnisation souhaitée et souhaitable au titre du défaut d'information. Le fait même que le manquement à l'obligation d'information du patient ne permette pas une réparation totale du préjudice compromet l'effectivité de ce droit. Afin de corroborer la spécificité du préjudice de perte de chance invoqué au titre du défaut d'information, son autonomie de prime abord affirmée apparaît relative: bien que ce préjudice soit distinct du dommage corporel, elle en est dépendante puisque sa réparation s'impute sur la fraction dudit dommage. Toutefois, afin d'accroître l'effectivité du droit à l'information du patient, un préjudice fut récemment reconnu, l'impréparation.

Section 2: Une réparation renouvelée fondée sur l'impréparation: vers la mise en oeuvre de la réparation intégrale.

Comme cela a été perçu, le fractionnement de la réparation proposé par le préjudice de perte de chance ne permet pas de satisfaire certaines ambitions tenant notamment au principe de

¹⁶⁹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 29 juin 1999, n°97-14.254.

¹⁷⁰ Sur ces développements voir X. Barella, « Le droit à l'information en matière médicale vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *op.cit.*, p1995.

réparation intégrale. Accroître l'effectivité du droit à l'information du patient fut le motif implicitement avancé par le juge pour reconnaître un nouveau préjudice: le préjudice d'impréparation. S'agissant de ce préjudice, il conviendra de l'apprécier dans sa globalité afin de pouvoir en appréhender les tenants et les aboutissants.

L'avènement de cette réparation renouvelée apparût, dans un premier temps, faire part d'une conception jurisprudentielle souple (Paragraphe 1) mais se révéla, dans un second temps, très conditionnée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1: L'apparence d'une conception jurisprudentielle souple.

De prime abord, la reconnaissance d'un nouveau préjudice dépeint nécessairement une souplesse jurisprudentielle ou, *a minima*, le souhait du juge de favoriser la victime. Il convient incessamment de préciser quel sens sera donné au terme « souple ». Lorsqu'il est affirmé que la jurisprudence a fait preuve de souplesse, il est entendu qu'elle fut « *capable de s'adapter adroitement aux exigences d'une situation* »¹⁷¹. Une question émerge ainsi: que permet en pratique cette souplesse? Celle-ci, et nul n'en sera étonné, bénéficie au patient.

En pratique, la souplesse permise par la jurisprudence est illustrée par une subjectivisation du droit à l'information (I) et se perçoit par la possibilité ouverte au patient d'invoquer à la fois le préjudice de perte de chance et le préjudice d'impréparation (II).

I. Un préjudice favorable aux patients: vers une subjectivisation du droit à l'information.

Afin d'apprécier avec la véracité souhaitée le préjudice d'impréparation, il est impérieux de contextualiser son avènement. Une première interrogation se pose: pourquoi fut-il reconnu? Avant sa reconnaissance, seul le préjudice de perte de chance pouvait être invoqué afin de réparer un défaut d'information. Ainsi, le manquement du médecin à l'obligation d'information ne donnait lieu qu'à une réparation partielle, une indemnisation fractionnée (Cf *supra*). Cette réparation partielle contrariait une partie de la doctrine et n'était plus satisfaisante¹⁷². En effet, le caractère partiel de

¹⁷¹ Dictionnaire Le Robert, définition du terme « *souple* ».

¹⁷² Sur ces développements voir D. Cristol, « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel », *RDSS*, 2017, p716.

l'indemnisation au titre du défaut d'information contribuait à rendre l'obligation pesant sur le médecin facultative et, corrélativement, à affaiblir le droit à l'information reconnu aux patients. Par ailleurs, l'insatisfaction de la doctrine fut corroborée par l'aspect aléatoire de l'indemnisation de la perte de chance qui comporte elle-même une incertitude¹⁷³. Le préjudice de perte de chance devenait difficilement défendable puisque pour pallier à l'incertitude du lien causal, il engendrait une indemnisation également incertaine. Si l'expression est permise, ce subterfuge (la perte de chance) finissait presque par se trahir lui-même.

Ces constats ainsi établis rendent légitimes l'insatisfaction de la doctrine. En effet, au regard du principe de réparation intégrale du préjudice, interdisant de sous-évaluer ou de surévaluer le préjudice, le droit à l'information du patient ne semblait pas assez réparé et cette réparation inadéquate contrevenant à la reconnaissance dont il jouissait et, *a fortiori*, à son effectivité.

Le pragmatisme permettait d'affirmer que l'absence de réparation intégrale du préjudice résultant du défaut d'information, en l'occurrence la perte de chance, aboutissait à un « *déni de justice* »¹⁷⁴: une discordance était perceptible entre la consécration du droit à l'information du patient et sa réparation.

Dans ce contexte, une nécessité de sanctionner le défaut d'information émergea, le juge fut contraint de faire évoluer sa jurisprudence: cela ne fut, pourtant, pas chose aisée puisque le juge judiciaire, confronté à une espèce se prêtant à une telle évolution, opposa un refus à la consécration d'un préjudice moral. Une Cour d'appel avait admis un préjudice moral au titre du défaut d'information mais la Cour de cassation a explicitement spécifié que « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »¹⁷⁵. Ce n'est qu'en 2010 que le juge judiciaire a admis la réparation d'un préjudice moral en affirmant que « *le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation* »¹⁷⁶. Cette précision tenant presque au devoir du juge d'indemniser le défaut d'information sous-entend qu'il consent à permettre une réparation intégrale: il souhaite

¹⁷³ S. Boussard, « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », *op.cit.*, p1023.

¹⁷⁴ D. Cristol, « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel », *op.cit.*, p718.

¹⁷⁵ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 6 décembre 2007, n°06-19.301.

¹⁷⁶ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 3 juin 2010, n°09-13.591.

véritablement accroître l'effectivité de ce droit. Cependant, une question restait en suspend, celle de la caractérisation de ce préjudice moral. C'est pourquoi, la Cour de cassation l'a défini, en 2012, comme « *résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle* »¹⁷⁷. Ainsi, ce préjudice d'impréparation est constitué de deux pans: un défaut de préparation psychologique et un ressentiment dû à l'absence de consentement. Il semblerait que ce préjudice se soit fondé sur des raisons pratiques, il saisit et fait part d'une approche particulièrement fidèle au droit à l'information du patient. Il faut néanmoins noter que le juge se réfère désormais à « *un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque* »¹⁷⁸ afin d'englober un maximum de situations. Cette définition plus large de l'impréparation favorise inéluctablement la victime. En effet, en reconnaissant que la violation de l'obligation d'information ne peut demeurer sans réparation, le juge judiciaire, comme le précise Danièle Cristol, s'inscrit dans un mouvement qui confère une « *large protection des personnes dans le cadre du défaut d'information* ». Cette approche favorise l'effectivité du droit à l'information et le subjectivise par la même occasion, en permettant à un patient de s'en prévaloir.

Quid s'agissant de la juridiction administrative? Le Conseil d'Etat a fait part d'une évolution similaire à la Cour de cassation en reconnaissant en 2012 ce préjudice d'impréparation. Il précise que « *le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour 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* »¹⁷⁹. Les juridictions suprêmes font ainsi part d'une jurisprudence concordante s'agissant de ce préjudice d'impréparation.

Ces solutions jurisprudentielles illustrent le souhait de consacrer le défaut d'information comme un préjudice autonome¹⁸⁰. En effet, en admettant ce nouveau préjudice, le juge n'est plus contraint d'adopter un raisonnement subjectif (subjectivité au sens du caractère aléatoire, incertain de la perte de chance) consistant à rechercher la perte d'une chance mais estime que le manquement à l'obligation d'information doit donner lieu à une indemnisation. Ceci accroît l'effectivité du droit à l'information et permet au patient de se prévaloir d'un droit qui s'avère plus subjectif:

¹⁷⁷ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 12 juillet 2012, n°11-17.510.

¹⁷⁸ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 23 janvier 2014, n°12-22.123.

¹⁷⁹ Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, n°350426.

¹⁸⁰ D. Cristol, « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel », *op.cit.*, p720.

l'appréhension du défaut d'information comme un préjudice autonome permet au patient de l'invoquer plus facilement. Une décision de la Cour de cassation en 2012 illustre parfaitement le processus de subjectivisation de ce droit à l'information: « *s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral* »¹⁸¹. Cependant, afin que cette effectivité soit pleinement consacrée, il est attendu que l'indemnisation au titre d'un tel droit soit à la hauteur des valeurs protégées telles que la dignité humaine.

La reconnaissance de ce préjudice d'impréparation semble favorable aux patients tant d'un point de vue substantiel que formel. En effet, les juges judiciaires et administratif font part d'une souplesse dans l'admission de ce nouveau préjudice. Le Conseil d'Etat illustre parfaitement ce mouvement favorable au patient en présumant la souffrance morale et, *a fortiori*, ce préjudice moral d'impréparation¹⁸². Cette conception jurisprudentielle, dont il est nécessaire de reconnaître la souplesse, est exacerbée par la possibilité de cumuler les deux préjudices invocables au titre du défaut d'information: la perte de chance et l'impréparation.

II. Une possibilité de cumul des préjudices.

L'admission de cette possibilité de cumul des préjudices retranscrit le pragmatisme du juge. En effet, celui-ci, en reconnaissant le préjudice d'impréparation, a réaffirmé son souhait de ne pas laisser le manquement à l'obligation d'information sans réparation. Ainsi, puisque l'impréparation est, par essence, un préjudice moral et que la perte de chance, s'apparentant à un substitut, est un préjudice spécifique réparant une fraction des atteintes corporelles, il apparaît possible de les cumuler. Plus encore, ce cumul pourrait être envisagé comme une réalisation du principe de réparation intégrale. Partant, deux problématiques majeures se devront d'être traitées, le principe de réparation intégrale et l'autonomie existant ou non entre ces préjudices. Il faut immédiatement préciser que ces problématiques se recoupent en réalité, elles sont liées. En réalité, l'autonomie se devra également d'être appréciée en confrontant ces préjudices aux atteintes corporelles.

De prime abord, un postulat émerge: le préjudice d'impréparation est un préjudice moral alors que la perte de chance est un préjudice spécifique constituant une fraction du dommage

¹⁸¹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 12 juillet 2012, n°11-17.510.

¹⁸² Conseil d'Etat, 16 juin 2016, CH d'Issoire, n°382479.

corporel. Dès lors, il semblerait que ces préjudices soient autonomes. Ce postulat est confirmé par les deux ordres de juridictions: en 2012 s'agissant du juge administratif¹⁸³ et en 2014 concernant le juge judiciaire¹⁸⁴. Ils affirment l'autonomie du préjudice d'impréparation par rapport à celui de perte de chance par l'emploi de l'adverbe « *indépendamment* ». En guise d'illustration, le Conseil d'Etat précise qu' « *indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour 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* ». Cette indépendance entre ces deux préjudices permet donc d'envisager un éventuel cumul de ceux-ci puisqu'ils disposent chacun d'un fondement différent. Une précision pratique doit être notée: Patrice Jourdain rappelle que pour des questions de preuve, la perte de chance est rarement indemnisée¹⁸⁵. Ainsi, si le préjudice d'impréparation est autonome du préjudice initialement admis en matière de défaut d'information du patient, il fut reconnu pour pallier à l'absence d'indemnisation et de sanction que laissait transparaître la perte de chance. Cette affirmation tend à justifier un cumul de ces préjudices qui finalement ne permettraient la réparation intégrale du défaut d'information qu'en les combinant. Il semble nécessaire de préciser cette déduction: si l'un, l'impréparation, fut reconnu pour pallier les manques de l'autre, la perte de chance, cela sous-entend qu'un cumul de ceux-ci permettrait une réparation intégrale du défaut d'information.

La Cour de cassation fut confrontée à une espèce lui permettant de se prononcer sur ce cumul des préjudices en 2017¹⁸⁶. En vertu de l'autonomie précédemment exposée de ces préjudices, celle-ci se prononça dans le sens légitimement attendu et souhaité en admettant le cumul des préjudices émanant du défaut d'information. En effet, elle considéra que « *sans méconnaître le principe de réparation intégrale, que ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l'un et l'autre, indemnisés* ». Cette solution permet également de réaffirmer la teneur du principe de réparation intégrale qui impose une réparation de chacun des préjudices dès lors qu'ils sont distincts. Patrice Jourdain permet d'envisager les conséquences d'une telle décision en estimant que

¹⁸³ Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, n°350426.

¹⁸⁴ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 23 janvier 2014, n°12-22.123.

¹⁸⁵ P. Jourdain, « Défaut d'information médicale: cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », *RTD Civ*, 2017, p403.

¹⁸⁶ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 25 janvier 2017, n°15-27.898.

le préjudice d'impréparation pourra être perçu comme un renfort (s'il est cumulé avec la perte de chance) ou comme un relais de la perte de chance (lorsqu'elle ne peut être invoquée). Ceci illustre parfaitement l'idée qu'en les considérant conjointement, ces deux préjudices permettront une réparation intégrale du défaut d'information du patient. Il précise, opportunément, que ce souhait de réparer les préjudices résultant du défaut d'information traduit la volonté « *de ne pas faire du droit à l'information une simple formule incantatoire* »¹⁸⁷. Cette volonté dépeint en réalité le souhait de permettre l'effectivité de ce droit.

Si la réparation renouvelée du droit à l'information du patient a pu laisser entrevoir la souplesse de la jurisprudence par la reconnaissance même de ce préjudice d'impréparation, un constat nuance, toutefois, les ambitions d'une telle réparation. L'effectivité du droit à l'information était perceptible mais fut contrebalancée par une réparation subordonnée à plusieurs éléments, une réparation conditionnée.

Paragraphe 2: Le constat insatisfaisant d'une réparation conditionnée.

La réparation au titre du préjudice d'impréparation était initialement envisagée comme prometteuse: elle était le gage de l'effectivité trouvée du droit à l'information du patient. L'admission de ce préjudice permettait de ne pas limiter le droit à l'information à une « *formule incantatoire* »¹⁸⁸.

Nonobstant les espérances placées dans la reconnaissance de ce nouveau préjudice, sa réparation est conditionnée. Ce préjudice d'impréparation ne sera réparé qu'en présence d'une demande formulée en ce sens (I) et de la réalisation d'un risque (II).

I. Une réparation subordonnée à la formulation d'une demande.

Depuis 2017, la réparation du préjudice d'impréparation est subordonnée à la formulation d'une demande. Afin de justifier le vocabulaire employé et particulièrement l'expression de « *constat insatisfaisant* », il convient de s'attarder à étudier le contexte entourant cette solution

¹⁸⁷ P. Jourdain, « Défaut d'information médicale: cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », *op.cit.*, p405.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

jurisprudentielle. Lorsqu'elle a admis la réparation d'un préjudice moral au titre du défaut d'information, la Cour de cassation a précisé que le juge ne pouvait le laisser sans réparation¹⁸⁹. Pierre Sargos estimait, à ce propos en 2010, que « *la réparation du préjudice moral devient non seulement possible, mais obligatoire en cas de manquement au devoir d'information* »¹⁹⁰. Cette solution favorable au patient démontrait l'effectivité du droit à l'information mais aurait pu laisser penser que le juge devait le relever d'office. Cependant, en 2017, le juge judiciaire précise que le préjudice d'impréparation est un préjudice moral « *qui, dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé* »¹⁹¹. Ainsi, il est aisé de comprendre que sa réparation est conditionnée à son invocation. Le patient qui souhaite s'en prévaloir doit manifester son intérêt à agir sur ce fondement. Cette solution s'avère assez stricte au regard de la solution admise en 2010 qui présageait davantage d'une admission et, *a fortiori*, d'une reconnaissance plus aisée du droit à l'information du patient.

En réalité, la nécessité d'invoquer ce préjudice afin qu'il soit réparé relève de la règle de procédure civile disposant que le juge ne peut statuer *ultra petita*¹⁹². En effet, la partie qui saisit le juge doit formuler un ensemble de prétentions déterminant le cadre et la limite que le juge ne saurait mais surtout ne devrait dépasser. Cette précision rappelle, de manière opportune, l'importance d'invoquer ce préjudice afin de permettre au juge de se prononcer sur le défaut d'information subi par le patient.

Quid de la jurisprudence administrative? Lorsqu'il a reconnu le préjudice moral d'impréparation en 2012, le Conseil d'Etat a immédiatement estimé que sa réparation ne pouvait intervenir que s'il avait été invoqué. Il constate que « *toutefois, devant les juges du fond, M. B. n'a pas invoqué un tel préjudice* »¹⁹³. La solution des juges du Palais Royal fut, dès l'origine, plus restrictive que la jurisprudence du juge judiciaire. Cette harmonisation des jurisprudences est, certes, bienvenue mais, au regard de la solution admise en 2010 par la Cour de cassation, cette nécessité d'invoquer le préjudice d'impréparation afin qu'il soit réparé nuit incontestablement à l'effectivité du droit à l'information du patient.

¹⁸⁹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 3 juin 2010, n°09-13.591.

¹⁹⁰ P. Sargos, « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *Recueil Dalloz*, 2010, p1522.

¹⁹¹ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 25 janvier 2017, n°15-27.898.

¹⁹² D. Cristol, « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel », *op.cit.*, p722.

¹⁹³ Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, n°350426.

Ce conditionnement de la réparation du préjudice d'impréparation à son invocation contribue, en pratique, à protéger implicitement le professionnel de santé. Cette jurisprudence démontre le souhait du juge d'instaurer un équilibre afin d'éviter l'écueil d'une indemnisation automatique, systématique sur le fondement du défaut d'information du patient¹⁹⁴. En effet, une telle indemnisation porterait, en réalité, atteinte à la consistance de la notion de droit à l'information qui serait, sans doute, invoqué abusivement: il deviendrait compliqué de départager les patients ayant subi un tel défaut de ceux qui s'en prévaudraient afin de se garantir une indemnisation. En cela, la position de la jurisprudence française démontre sa volonté d'équilibrer l'indemnisation octroyée au patient s'agissant d'un manquement à l'obligation d'information.

Pour reprendre les mots de Pierre Sargos, désormais la réparation du préjudice moral est possible mais ne saurait revêtir le caractère d'obligatoire puisqu'elle est soumise à une demande. En effet, l'indemnisation au titre du défaut d'information n'est aucunement automatique. Ceci est corroboré par une seconde condition à la réparation d'un tel manquement: la réalisation d'un risque.

II. Une réparation subordonnée à la réalisation d'un risque.

Afin de constater cette condition tenant à la réalisation d'un risque, il est impérieux de s'attarder sur la jurisprudence. Comme cela fut présagé s'agissant du conditionnement de la réparation du préjudice moral d'impréparation à une demande, c'est la juridiction administrative qui subordonna ce préjudice à la réalisation d'un risque. En effet, en 2010, la Cour de cassation se borna à considérer que « *le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* » et ne conditionna nullement ce nouveau préjudice moral¹⁹⁵. *A contrario*, le Conseil d'Etat considère, en 2012, que « *le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour 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* »¹⁹⁶. Est ainsi explicitement affirmé que ce préjudice est réparable sous

¹⁹⁴ A.-L. Fabas Serlooten, « Défaut d'information du patient sur les risques d'un acte médical. Confirmation des préjudices réparables et fin de l'indemnisation d'office », *LPA*, 2017, p10.

¹⁹⁵ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 3 juin 2010, n°09-13.591.

¹⁹⁶ Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, n°350426.

réserve de la réalisation des risques, *a fortiori*, de la présence d'une atteinte corporelle. La Cour de cassation proposa la même solution, en 2017, en estimant que « *le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice moral* »¹⁹⁷.

Une question se pose inévitablement: le préjudice d'impréparation et, plus encore, la perte de chance seraient deux préjudices de substitution du dommage corporel?¹⁹⁸ Revenir promptement sur la perte de chance est inévitable et justifié: des similitudes émergent entre ces deux préjudices au vu des atteintes corporelles. Comme cela a été précisé (Cf *supra*), la perte de chance, bien que distinct des dommages corporels, en est dépendante puisqu'en pratique, son indemnisation constitue une fraction du dommage corporel. De son côté, l'impréparation est invocable sous réserve d'une atteinte corporelle. Si, pour obtenir réparation de son préjudice, la victime doit avoir subi une telle atteinte à son intégrité corporelle, il n'est pas possible d'affirmer que le préjudice moral d'impréparation est autonome: il est soumis à la réalisation du risque et, *a fortiori*, à la démonstration de la « *réalité et l'ampleur* »¹⁹⁹ de ce préjudice.

Si ces solutions jurisprudentielles semblent, de prime abord, contrevenir à l'effectivité du droit à l'information qui ne s'apprécie qu'en rapport avec l'existence d'un dommage corporel, elles sont justifiées par le pragmatisme. En effet, bien qu'en théorie tout manquement à l'obligation d'information du patient devrait entraîner une réparation en vertu de l'effectivité attendue d'un tel droit, admettre la réparation d'un préjudice moral d'impréparation et, *a fortiori*, d'une perte de chance, sans la réalisation de risques, s'avère difficilement justifiable et concevable en pratique. C'est effectivement la réalisation des risques qui concrétise le lien causal entre le défaut d'information et le préjudice. Au-delà d'une concrétisation, il s'agit même d'une sécurisation²⁰⁰. Cette condition de réalisation du risque est frappée de la même évolution que la condition d'une demande en vue de voir son préjudice d'impréparation réparé: le juge a recherché un équilibre. Cet équilibre se traduit par l'octroi d'une sécurité juridique aux médecins qui ne sauraient voir leur responsabilité engagée en l'absence d'atteintes corporelles. Cependant, l'effectivité du droit à

¹⁹⁷ Cour de cassation, 1ère Chambre civile, 25 janvier 2017, n°15-27.898.

¹⁹⁸ Sur ces développements voir P. Jourdain, « Défaut d'information médicale: cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », *op.cit.*, p406.

¹⁹⁹ Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, n°350426.

²⁰⁰ Sur ces développements voir M. Girer, L. Klesta, « L'obligation d'information du médecin en France et en Italie », *op.cit.*, p856.

l'information s'en trouve ainsi affaiblie ce qui apparaît, *a minima*, paradoxal s'agissant d'un droit permettant la sauvegarde de la dignité humaine, constitutionnellement garantie. Comme le suggère, Marion Girer et Laurence Klesta, l'admission d'une réparation d'ordre symbolique lorsqu'un manquement à l'obligation du médecin est constitué permettrait de confirmer l'importance et le caractère fondamental de ce droit à l'information du patient.

CONCLUSION

En définitive, le droit à l'information est reconnu pour le patient. En effet, la construction de ce droit, *a fortiori*, sa consécration suit une logique favorable au patient. Ce souhait de favoriser le patient s'apprécie au regard du passé: le souvenir du paternalisme médical longtemps prôné pousse à son paroxysme le souhait de développer des mécanismes de protection du patient. C'est pourquoi, le droit à l'information fut d'abord l'objet d'une reconnaissance qui fut adéquatement qualifiée d'unanime. Cependant, l'unique étude de la consécration de ce droit, de sa reconnaissance n'aurait permis que de percevoir l'effectivité de ce droit, plus précisément, de déduire ce qu'elle pourrait être. Cette étude laissa entrevoir le caractère subjectif qui tendait à être reconnu au droit à l'information du patient gageant de son effectivité.

Cette effectivité fut, un peu plus perceptible, lorsqu'il fut nécessaire d'appréhender l'obligation d'information incombant aux professionnels de santé. Une pluralité d'obligations découle de ce droit et a permis d'anticiper une sanction au titre d'un défaut d'information.

S'attelant toujours à rechercher, à déceler l'effectivité octroyée à ce droit, un intérêt fut particulièrement porté au défaut d'information. En effet, outre la reconnaissance d'un droit, sa sanction demeure le moyen idoine de percevoir son influence et sa portée. Dès lors, un mouvement fut observé, celui-ci a pour dessein d'admettre plus largement, de favoriser la réparation au titre du défaut d'information du patient. Ce mouvement permis par le législateur mais exacerbé par le juge a pu laisser penser, trop hâtivement que le droit à l'information du patient était véritablement effectif. Le juge a ainsi favorisé la réparation du patient en admettant, originellement, un régime de responsabilité pour faute et plus récemment, en ouvrant la possibilité d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale. L'étude de l'indemnisation, de la réparation des préjudices résultant du manquement à cette obligation d'information fut impérieusement requise et véritablement attendue puisqu'elle permet la réelle appréhension de l'effectivité de ce droit.

Récemment, un nouveau préjudice, l'impréparation, fut reconnu au titre du défaut d'information pour favoriser l'indemnisation des victimes et pallier à l'incertitude propre de la perte de chance. Il semblait constituer une véritable garantie d'effectivité et de sanction de la violation du droit à l'information du patient. Nonobstant les apparences de cette impulsion favorable aux patients et, plus généralement, à l'effectivité de ce droit, l'équilibre guidant le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, conditionna la réparation de ces préjudices notamment à l'existence

d'une atteinte corporelle. Cette condition marqua la relativisation de l'autonomie des préjudices invoqués au titre du défaut d'information. Plus encore, le manquement au droit à l'information du patient est subordonné à un dommage corporel ce qui contrevient véritablement à son effectivité.

L'effectivité de ce droit est ainsi fonction d'évolutions permanentes. Au-delà, la difficulté d'admettre une effectivité pleine et entière, sans conteste, se justifie par le souci d'équilibre, par cette balance des intérêts entre admission d'une réparation favorable au patient, obligations supportables pesant sur le praticien et rigueur juridique.

In fine, une remarque essentielle doit être notée. Outre l'effectivité, entendue au sens strict, de ce droit. Il est opportun de se souvenir qu'il est un droit octroyé au patient. Le dessein se cachant derrière toute cette évolution est la revalorisation de sa place dans la relation de soin, le souhait de faire primer sa volonté. Comme le précisait judicieusement Montaigne à propos d'un malade, « *ce n'est pas un corps, ce n'est pas une âme, c'est un Homme* ». Tel est, en réalité, le fondement du droit à l'information du patient: considérer l'homme et non le réduire à un malade ou même un patient. Voici une précision bienvenue qui ne saurait souffrir d'une piqure de rappel.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages:

Dalloz, *Lexique des termes juridiques*, 2017.

Lantero C., *Les droits des malades*, Presses Universitaires de France, Que sais-je?, 2018, 128p.

Laude A., Tabuteau D., *Les droits des patients*, LGDJ, Systèmes, 2018, 204p.

Marion L., Maugüé C., *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, Systèmes, 2ème édition, 2019, 224p.

Articles:

Barella X., « Le droit à l'information en matière médicale vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient », *AJDA*, 2012, p1991.

Boussard S., « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », *RFDA*, 2008, p1023.

Brimo S., « La carence de l'Etat dans l'affaire de la Dépakine », *AJDA*, 2020, p2102.

Cristol D., « Le préjudice d'impréparation né du défaut d'information médicale: une consolidation de l'édifice jurisprudentiel », *RDSS*, 2017, p716.

Girer M., Klesta L., « L'obligation d'information du médecin en France et en Italie », *RDSS*, 2015, p853.

Jaunait A., « Comment peut-on être paternaliste? Confiance et consentement dans la relation médecin - patient », *Raisons politiques*, 2003, p60.

Jourdain P., « L'obligation d'information du patient évolue », *AJDA*, 2020, p2288.

« Défaut d'information médicale: cumul possible de la réparation d'une perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », *RTD Civ.*, 2017, p403.

« Défectuosité du vaccin anti-hépatite B et défaut d'information sur les effets indésirables », *RTD Civ.*, 2009, p735.

« La coexistence de la solidarité nationale et de la responsabilité médicale lorsqu'elle est à l'origine d'une perte de chance », *RTD Civ.*, 2020, p905.

Lantero C., « Les consolidations du droit de la responsabilité hospitalière », *AJDA*, 2020, p714.

« Le contentieux de la solidarité », *AJDA*, 2016, p368.

Mathieu-Izorche M.-L., « Obligations du médecin: informer, ou convaincre? », *Recueil Dalloz*, 2001, p3559.

Mattiussi J., « Le droit des patients et de leurs proches à l'épreuve du covid-19, 2020.

Minet-Leleu A., « Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif », *AJDA*, 2016, p362.

Olson T., « Responsabilité, assurance et solidarité en matière sanitaire », *AJDA*, 2005, p2226.

Pastor J.-M., « Présomption de préjudice de souffrance morale d'un patient insuffisamment informé », *Dalloz Actualité*, 2016, p502.

« L'information du patient en cas de risques mal connus », *AJDA*, 2017, p1025.

Sargos P., « Deux arrêts « historiques » en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *Recueil Dalloz*, 2010, p1522.

Terrier E., Perneau J., « Médecine: réparation des conséquences des risques sanitaires - Conditions de la responsabilité médicale », *Répertoire de droit civil*, 2020, p.98.

Thèses:

Le Goues M., *Le consentement du patient en droit de la santé*, 2015.

Denimal M., *La réparation intégrale du préjudice corporel: réalités et perspectives*, 2017.

Rapports:

Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel, « *Faute, aléa thérapeutique, perte de chance: état des lieux 18 ans après la loi n°2002-303 du 4 mars 2002* », Octobre 2020.

Cour de cassation, Rapport annuel, « *La perte de chance en matière médicale* », 2007, p268.

Haute Autorité de Santé, Recommandation de bonne pratique, « *Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé* », Mai 2012.

Textes:

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000.

Code civil.

Code de la santé publique.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 3 septembre 1953.

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018 sur la réticence à la vaccination et la baisse des taux de vaccination en Europe, 2017/2951.

Ressources numériques:

<https://www.conseil-etat.fr/>

<https://www.courdecassation.fr/>

<https://www.dalloz-etudiant.fr/>

https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2012-06/recommandations_-_delivrance_de_linformation_a_la_personne_sur_son_etat_de_sante.pdf

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://www.lexis360.fr/>

<https://www.village-justice.com/>

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	3
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	4
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION.....	6
PARTIE 1: LA RECONNAISSANCE GRADUELLE DU DROIT À L'INFORMATION DU PATIENT.....	10
CHAPITRE 1: UN DROIT UNANIMEMENT RECONNU AU PATIENT.	11
Section 1: L'affirmation progressive du droit à l'information en droit interne.	11
Paragraphe 1: L'influence de l'oeuvre prétorienne sur les fondements de ce droit.....	12
I. Le fondement originaire contractuel ou la recherche d'un équilibre.....	12
II. Le fondement inédit: la dignité humaine ou la primauté de la volonté de la personne. ...	14
Paragraphe 2: Une consécration législative tardive.	17
I. L'affirmation d'une démocratie sanitaire.	18
II. La transposition de l'étendue du droit à l'information, témoin d'une dichotomie entre les juges administratif et judiciaire.....	20
Section 2: L'affirmation d'une protection plurielle en droit international.	22
Paragraphe 1: Le Conseil de l'Europe, rempart initial au droit à l'information.....	23
I. La protection inhérente à la CEDH.	23
II. La protection spécifique par la Convention d'Oviedo.....	25
Paragraphe 2: Le Conseil européen, l'émergence d'une protection consolidée.....	27
I. Une protection solide par la Charte des droits fondamentaux de l'UE.	27
II. Une protection renouvelée, l'émergence d'un statut juridique du patient européen.	29
CHAPITRE 2: UN DEVOIR ENCADRANT NÉCESSAIREMENT LE MÉDECIN.....	32
Section 1: L'extension soudaine du champ de l'information.	32
Paragraphe 1: L'affirmation d'un large contenu de l'information.	33
I. La précision des caractéristiques de l'information au profit d'une autonomie du patient.....	33
II. Un encadrement de l'activité médicale au profit du patient.	35
Paragraphe 2: L'affirmation d'exigences sur l'obligation de délivrance.	38
I. La reconnaissance d'une obligation d'entretien.	38
II. Une atténuation de l'obligation de délivrance, une information subordonnée aux compétences du praticien.	41

Section 2: La consécration corrélatrice de la primauté du droit à l'information.	42
Paragraphe 1: L'affirmation d'un droit protecteur du patient.	43
I. L'émergence d'une relation rééquilibrée.	43
II. L'admission d'une obligation précontractuelle: l'autonomisation du patient.	45
Paragraphe 2: L'émergence d'un droit régulateur du patient.	47
I. La revalorisation de la balance bénéfices risques.	48
II. L'apparition d'un devoir de refus, gage d'une position délicate du médecin.	50
PARTIE 2: L'AFFIRMATION D'UN DÉFAUT D'INFORMATION PROTÉIFORME	52
CHAPITRE 1: LES FONDEMENTS PLURIELS ET ÉVOLUTIFS DE LA RÉPARATION DU DÉFAUT D'INFORMATION	54
Section 1: L'admission originelle d'un régime de responsabilité pour faute.	55
Paragraphe 1: La caractérisation du dommage résultant du défaut d'information.	55
I. Une faute éthique ou la violation d'un devoir médical d'humanisme.	56
II. La distinction opérée entre défaut d'information et préjudice né du défaut d'information.	58
Paragraphe 2: Le régime probatoire favorable au patient.	60
I. L'établissement pragmatique d'une présomption de faute.	60
II. La fixation d'un tempérament sur le degré du défaut d'information: la question du manque d'information.	62
Section 2: L'admission subsidiaire d'un régime de responsabilité sans faute: une combinaison pragmatique.	64
Paragraphe 1: Le caractère résiduel du défaut d'information non fautif.	64
I. L'existence de dispenses légales au devoir d'information strictement encadrées.	65
II. La nécessaire admission de la solidarité nationale.	67
Paragraphe 2: Une extension nouvelle du domaine des accidents médicaux.	68
I. L'admission nouvelle d'un cumul de la solidarité nationale et de la responsabilité médicale. ...	69
II. L'admission d'une indemnisation partielle des accidents médicaux fautifs.	71
CHAPITRE 2: LA RECONNAISSANCE DE PRÉJUDICES DISTINCTS: UNE AUTONOMIE RELATIVE.	73
Section 1: Une réparation originelle fondée sur la perte de chance.	73
Paragraphe 1: La caractérisation particulière de la perte de chance.	74
I. Les éléments constitutifs: une rigueur impérieusement attendue.	74
II. Un préjudice spécifique: la considération prééminente de la situation ex ante.	77

Paragraphe 2: L'inéluctable prise en compte de l'aléa médical.....	79
I. L'admission délicate d'un lien de causalité distendu.....	79
II. Le regrettable fractionnement de la réparation.....	81
Section 2: Une réparation renouvelée fondée sur l'impréparation: vers la mise en oeuvre de la réparation intégrale.....	83
Paragraphe 1: L'apparence d'une conception jurisprudentielle souple.	84
I. Un préjudice favorable aux patients: vers une subjectivisation du droit à l'information.	84
II. Une possibilité de cumul des préjudices.	87
Paragraphe 2: Le constat insatisfaisant d'une réparation conditionnée.	89
I. Une réparation subordonnée à la formulation d'une demande.....	89
II. Une réparation subordonnée à la réalisation d'un risque.....	91
CONCLUSION.....	94
BIBLIOGRAPHIE.....	96