

## Protection de la personne/responsabilité médicale

# L'obligation d'information du médecin

Mireille Bacache (Agréguée des facultés de droit, Professeur à l'université Paris-V)

3, rue du Capitaine-Olchanski, 75016 Paris, France

Obligation d'information médicale (Fondement, Contenu, Forme, Limites, Preuve (charge, moyens), Réparation en cas de défaut)/Information (droit à)

L'obligation qui consiste pour le médecin à informer le malade sur son état de santé ainsi que sur les soins et les investigations qu'il propose est, avant tout, une norme déontologique. Selon l'article 35 du Code de déontologie médicale du 6 septembre 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 ». L'obligation d'information figure également à l'article 41 du même code selon lequel « aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement ».

Cette norme d'origine professionnelle a acquis le statut d'une véritable obligation civile depuis que la jurisprudence l'a insérée, à titre accessoire, dans le contrat médical, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil<sup>1</sup>. Le médecin est tenu à l'égard de son patient d'une obligation d'information accessoire à sa prestation principale et dont l'inexécution engage sa responsabilité. En cela, la jurisprudence a contribué à préciser le contenu et l'étendue de l'obligation d'information en matière médicale. Cette obligation d'information, de mise en garde et de conseil est actuellement admise de façon plus large à la charge de tout professionnel qui s'engage à fournir un service ou à livrer un produit.

La loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a largement consacré les acquis de la jurisprudence antérieure en la matière. Désormais l'obligation d'information a une assise légale. Elle est régie par les articles L.1111-1 à L.1111-9 du Code de la santé publique, qui correspondent au chapitre 1<sup>er</sup> du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> de la première partie intitulée « information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

Nous examinerons en premier lieu l'étendue de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin, et en second lieu

la responsabilité de ce dernier en cas de violation de l'obligation d'information.

### 1. L'étendue de l'obligation d'information du médecin

L'information due par le médecin<sup>2</sup> a un contenu très large. Néanmoins, ce dernier en est dispensé dans un certain nombre de cas. Nous verrons d'une part le contenu de l'obligation d'information et d'autre part ses limites.

#### 1.1. Le contenu de l'information

L'information due par le médecin est excessivement étendue. Selon l'article L.1111-2 CSP, elle doit porter sur l'état du patient, son évolution prévisible, les investigations, traitements ou actions de prévention proposés, leur utilité, leur urgence, les alternatives thérapeutiques éventuelles, leurs avantages et inconvénients respectifs et enfin et surtout les risques des investigations et soins proposés. Elle doit porter tant sur le diagnostic, la maladie dont est atteint le patient, que sur les traitements et soins envisagés ainsi que sur leurs risques<sup>3</sup>. Plus précisément, concernant ces risques, le médecin doit donner au patient « les renseignements qu'il était en droit d'attendre pour choisir entre l'acceptation et le refus de l'opération avec une connaissance suffisante de son mal, de sa nature et des conséquences possibles de l'intervention envisagée »<sup>4</sup>. Selon la jurisprudence, cette information doit être « simple, intelligible et loyale »,<sup>5</sup> pour permettre au patient d'émettre un consentement éclairé. L'information donnée par

<sup>2</sup> Plus largement, selon l'article L.1111-2 alinéa 2 du Code de la santé publique, 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 ».

<sup>3</sup> En cela la loi du 4 mars 2002 a largement consacré la jurisprudence antérieure : 1<sup>re</sup> Civ. 20 janvier 1987 : *Bull. civ.* I n° 19.

<sup>4</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 21 février 1961 : *D.*1961, 534; *JCP* 1961 II 12129.

<sup>5</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 5 mai 1981 : *GP* 1981, 2, som.352.

Adresse e-mail : [Mbacache@aol.com](mailto:Mbacache@aol.com) (M. Bacache).

<sup>1</sup> Selon l'article 1135 : « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

le médecin doit donc être adaptée au patient, comme le rappelle l'article 35 du Code de déontologie médicale<sup>6</sup>. Le médecin doit ajuster son information en fonction de la personnalité et de la psychologie du patient. Il doit faire un effort de pédagogie. Allant plus loin, la loi du 4 mars 2002 a étendu l'information dans le temps. Selon l'article L.1111-2 alinéa 1<sup>er</sup> Code de la santé publique « lorsque postérieurement à l'exécution des investigations, traitements et actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée sauf en cas d'impossibilité de la retrouver ».

Le contenu de l'obligation d'information est assez énergique et rapproche celle-ci plutôt d'une obligation de conseil. Le médecin est même tenu de refuser d'accéder à la demande du patient lorsque l'intervention souhaitée par ce dernier l'expose, sans justification thérapeutique à un danger, comme c'est le cas notamment en matière de chirurgie esthétique<sup>7</sup>. Néanmoins, selon un arrêt de la première chambre civile du 18 janvier 2000 « un médecin n'est pas tenu de convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande »<sup>8</sup>.

La question essentielle consiste à savoir si l'information due par le médecin doit porter sur tous les risques des investigations ou des soins proposés au patient. L'information est-elle limitée aux risques présentant certains caractères notamment de gravité de fréquence ou de prévisibilité ? Le droit positif semble pouvoir se résumer dans la proposition suivante : l'information doit porter sur les risques graves ou fréquents, même exceptionnels, mais normalement prévisibles et connus.

### 1.1.1. Les risques graves ou fréquents

Selon la jurisprudence traditionnelle, le médecin n'est pas tenu d'informer de tous les risques liés aux soins ou à l'opération projetée. Il doit simplement informer le patient des risques graves de l'opération ou du traitement qu'il conseille ou qui lui sont demandés<sup>9</sup>. La définition du risque grave n'est cependant pas très aisée. La doctrine considère que ce risque devrait s'entendre a priori : il s'agit de tout risque susceptible

d'influencer la décision du patient. Le risque grave serait le risque de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou non les investigations, soins ou interventions proposés par le médecin, c'est-à-dire le risque de nature à emporter des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétique graves<sup>10</sup>. Il n'en va autrement que lorsque l'acte ne répond pas à une nécessité thérapeutique stricte comme en matière de chirurgie esthétique. En effet, selon un arrêt de la première chambre civile du 17 février 1998 en matière « d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter »<sup>11</sup>. Il en est ainsi de toutes les conséquences cicatricielles de l'opération, de la durée ou des difficultés de cicatrisation ou de la nécessité d'un traitement complémentaire.

La loi du 4 mars 2002 a partiellement consacré cette jurisprudence en élargissant le contenu de l'information. Selon l'article L.1111-2 du Code de la santé publique, l'information doit désormais porter non seulement sur les risques graves mais également sur tous les risques fréquents. L'absence de gravité du risque est alors compensée par sa fréquence et justifie l'information qui en résulte pour le médecin.

### 1.1.2. Les risques exceptionnels, normalement prévisibles

L'obligation d'information ne portait traditionnellement, selon la jurisprudence que sur les risques graves normalement prévisibles, c'est-à-dire sur les risques habituels à l'exclusion de ceux qui ne se réalisent qu'exceptionnellement. Il en allait autrement en matière de chirurgie esthétique. En effet selon un arrêt du 17 novembre 1969<sup>12</sup> : « si les risques dont il s'agit se réalisent rarement ils n'en sont pas moins graves et obligeaient le chirurgien à en prévenir l'intéressé pour que celui-ci soit en mesure de se décider en pleine connaissance de cause. Cette obligation est d'autant plus impérieuse qu'il ne s'agit pas de donner des soins à un malade mais de remédier à une imperfection physique ».

Cependant dans deux arrêts du 7 octobre 1998, la première chambre civile a élargi le contenu de l'obligation d'information en affirmant que « hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés, et qu'il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement »<sup>13</sup>. La solution a été réaffirmée par

<sup>6</sup> Selon ce texte, le médecin « tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

<sup>7</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 27 mai 1998 : D.1998, jurispr. p. 530, note Laroche-Gisserot; *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. 276 : en l'espèce, un médecin avait accepté, à la demande d'une femme, de procéder à une induction ovarienne et à un déclenchement prématuré de l'accouchement alors que ces actes étaient contre-indiqués, eu égard à l'âge et à l'état de santé de la patiente qui devait décider.

<sup>8</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 18 janvier 2000 : JCP 2000, éd. G, I, 243 observ. G. Viney : en l'espèce, à l'occasion d'une opération de la cataracte, une patiente avait choisi de recourir à une anesthésie simplement locale, après avoir été informée des dangers de cette méthode. L'injection anesthésique a de fait provoqué un chémosis hémorragique ce qui entraîna la rupture du globe oculaire. L'arrêt d'appel qui avait condamné le médecin pour « n'avoir pas été en mesure de convaincre sa patiente des dangers présentés par un tel acte » est cassé au motif qu'« un médecin n'est pas tenu de convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande ».

<sup>9</sup> La solution résulte notamment de l'arrêt précité de la première chambre civile du 27 mai 1998.

<sup>10</sup> P. Sargos, rapport sous 1<sup>re</sup> Civ. 14 octobre 1997 : J.C.P 1997, éd. G, II 22942.

<sup>11</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 17 février 1998 : D.1998, J, 2 : en l'espèce l'information devait porter sur le risque de devoir procéder à deux incisions abdominales à l'occasion d'une lipoaspiration.

<sup>12</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 17 novembre 1969 : *Bull. Civ.* I, n° 347.

<sup>13</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 7 octobre 1998 : J.C.P 1998, éd. G, II 10179 concl. J.Sainte-Rose, note P. Sargos; D.1999, j, 145 note S. Porchy, somm. 259 obs. Mazeaud; *RTDCiv.* 1999, p. 111 obs. Jourdain; *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. n° 393 : en l'espèce, à la suite d'une intervention consistant dans la

la première chambre le 15 juillet 1999<sup>14</sup> Le même élargissement du contenu de l'obligation d'information aux risques exceptionnels a été adopté par le Conseil d'État en ce qui concerne la responsabilité publique hospitalière dans un arrêt *Telle* du 5 janvier 2000, dans des termes similaires à ceux de la Cour de cassation. Selon le Conseil d'État « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation »<sup>15</sup>.

Désormais seule est prise en compte la gravité du risque, peu importe la fréquence statistique de sa réalisation. Un critère qualitatif du risque est substitué à un critère quantitatif trop évolutif, trop imprécis eu égard à la fiabilité relative des statistiques sur les risques de telle ou telle opération et surtout ne permettant pas de tenir compte des particularités du patient. La ligne de partage oppose désormais les risques mineurs à tous les risques graves même exceptionnels lesquels doivent être portés à la connaissance du patient.

Néanmoins la Cour de cassation fait preuve d'une grande sévérité dans l'application de cette règle comme en témoigne un arrêt de la première chambre civile du 9 octobre 2001.

En l'espèce, un médecin accoucheur n'avait pas informé sa patiente des risques inhérents à un accouchement par voie normale en cas de présentation de l'enfant par le siège. Une dystocie des épaules s'étant produite lors des manœuvres obstétricales, entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial, l'enfant devenu majeur engage une action en responsabilité contre le médecin pour violation de son obligation d'information. La Cour d'appel le déboute de son action au motif qu'en 1974, date de réalisation des faits, le médecin n'était pas tenu d'informer ses patients des risques exception-

nels afférents aux soins proposés. L'arrêt est pourtant cassé en ces termes « Attendu qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient... par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée aussi bien par la mère que par l'enfant alors même qu'à l'époque des faits, la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient les risques exceptionnels »<sup>16</sup>. La solution semble juridiquement correcte, dans la mesure où la norme jurisprudentielle est par essence rétroactive, puisqu'elle s'applique nécessairement à des faits qui lui sont antérieurs, le juge ne pouvant procéder par voie d'arrêts de règlement selon l'article 5 du Code civil<sup>17</sup>. Néanmoins on peut regretter l'injustice à laquelle elle aboutit en l'espèce.

Il convient enfin de noter que par cet arrêt, la Cour affirme pour la première fois, dans son attendu de principe que le devoir d'information « trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ». En cela, la Cour reconnaît à l'obligation d'information un statut constitutionnel.

La question se pose alors de savoir si la jurisprudence selon laquelle l'information doit porter sur les risques graves même exceptionnels est remise en cause par la loi du 4 mars 2002. En effet, aux termes de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique, l'information porte sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles ». La référence aux risques graves normalement prévisibles est assez confuse. A priori les risques graves normalement prévisibles s'opposeraient aux risques graves exceptionnels. La loi remettrait ainsi en cause la jurisprudence établie depuis 1998 et exclurait du champ de l'information les risques exceptionnels. Néanmoins, l'étude des travaux préparatoires ne révèle pas la volonté du législateur de revenir sur cette avancée jurisprudentielle. Un risque exceptionnel peut être néanmoins prévisible. La référence aux risques « normalement prévisibles » pourrait renvoyer à l'exigence traditionnelle de risques connus<sup>18</sup> dans la mesure où

mise en place d'un cadre de Hartchild, le patient a subi une complication de thrombophlébite du sinus caverneux ayant pour conséquence la perte définitive de l'œil gauche par atrophie du nerf optique. L'arrêt de la Cour d'appel qui avait écarté la responsabilité du médecin après avoir observé que la complication était très rare est cassé, au motif qu'un médecin n'est pas dispensé de son obligation par le seul fait que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement.

<sup>14</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 15 juillet 1999 : *J.C.P.* 1999 IV 2713 ; *D.* 1999 som. 393 obs. Penneau : en l'espèce, un risque d'ototoxicité médicamenteuse non révélé par le médecin s'était réalisé. L'arrêt de la cour d'appel qui avait écarté la responsabilité du médecin après avoir constaté que le risque était faible est néanmoins cassé au motif que l'information doit porter sur tous les risques graves même exceptionnels.

<sup>15</sup> CE 5 janvier 2000 : *Rec. CE*, p.5 ; *JCP* 2000, éd. G, II, 10271, note J. Moreau ; *Resp. civ. et ass.* 2002 chron. 4. En l'espèce, lors d'une intervention endovasculaire destinée à traiter par embolisation une malformation artériovineuse, le microcathéter introduit dans l'artère cérébrale du patient s'est brisé provoquant la paralysie du bras et de la jambe gauche de ce dernier. L'arrêt de la cour d'appel qui avait refusé l'indemnisation en raison du caractère exceptionnel d'un tel accident est annulé au motif que la seule circonstance selon laquelle les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation d'information.

<sup>16</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 9 octobre 2001 : *JCP* 2002, éd. G, II, 10045.

<sup>17</sup> Selon l'arrêt commenté : « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ».

<sup>18</sup> Il est à noter que cette condition s'apprécie de façon objective, abstraite et non concrète. Il ne s'agit pas de savoir si le médecin connaissait personnellement le risque grave des soins ou des opérations qu'il propose mais si ces risques étaient recensés par la science médicale. Cela signifie que le médecin est également obligé de s'informer pour informer correctement ses malades. Il est censé connaître les risques qui font partie des données de la science médicale. L'appréciation de cette condition n'est cependant pas aisée. En effet, le risque peut être incertain ou douteux. À partir de quel moment devient-il connu ? Faut-il exiger qu'il fasse l'objet d'un consensus scientifique ou est-ce qu'il suffit qu'un risque soit dénoncé par certains pour faire l'objet d'une information ? Sur ce point, il faut noter que l'arrêt précité du 7 octobre 1998 a estimé que le médecin devait informer son patient du risque de thrombophlébite du sinus caverneux, alors que ce risque est sujet à débat dans le corps médical. On peut sans doute en déduire qu'un risque simplement suspecté doit être considéré comme une donnée de la science et faire l'objet d'une information.

un risque exceptionnel connu est normalement prévisible ou simplement signifier l'exclusion du domaine de l'information des risques imprévisibles. Un arrêt de la première chambre civile du 18 décembre 2002 semble corroborer cette interprétation<sup>19</sup>. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du médecin au motif que les complications dont avait été victime la patiente (ablation d'un rein après huit opérations consécutives) étaient « totalement imprévisibles ». Quant au Conseil d'État il a encore récemment réaffirmé le principe selon lequel l'information s'étend aux risques exceptionnels<sup>20</sup>.

En résumé l'information qui incombe au médecin doit porter non seulement sur l'état du patient mais aussi sur les risques fréquents ou graves même exceptionnels et normalement prévisibles des soins, investigations et interventions proposées à ce dernier. Pour autant l'obligation d'information connaît certaines limites.

### 1.2. Les limites à l'obligation d'information

Les limites à l'obligation d'information ont été posées par la jurisprudence civile et administrative<sup>21</sup> avant d'être consacrées par la loi du 4 mars 2002. Le médecin est dispensé d'informer son patient dans deux cas :

- tout d'abord en cas d'urgence ou d'impossibilité d'informer. Cette exception est d'ailleurs prévue à l'article 16-3 du Code civil qui vise l'hypothèse où l'état du patient rend nécessaire une intervention à laquelle il n'est pas en mesure de consentir. Elle est reprise par la loi du 4 mars 2002 à l'article L.1111-2 du Code de la santé publique : « Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer » peuvent dispenser le professionnel de santé de son obligation. La jurisprudence récente semble vouloir apprécier de façon assez souple l'impossibilité d'informer comme en témoigne un arrêt de la première chambre civile du 22 mai 2002<sup>22</sup>. En l'espèce l'impossibilité pour le médecin d'informer son

patient des risques inhérents à un acte chirurgical complémentaire par rapport à l'acte prévu initialement résultait du souci de ne pas exposer ce dernier aux risques d'une nouvelle intervention sous anesthésie générale. Dans le même sens, il résulte d'un arrêt du 26 octobre 2004 que l'impossibilité d'informer peut résulter d'une erreur de diagnostic non fautive<sup>23</sup> ;

- ensuite l'information cesse en cas de refus du patient d'être informé. Cette limite jurisprudentielle est reprise par la loi du 4 mars 2002 à l'article L.1111-2 alinéa 4 avec une réserve tenant à la protection des tiers : « 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* ».

Il est à noter que la jurisprudence avait dégagé une nouvelle limite à l'obligation d'information par un arrêt de la première chambre civile du 23 mai 2000. En l'espèce, le médecin n'avait pas informé son patient d'une psychose maniaco-dépressive pour laquelle il était traité. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du médecin psychiatre au motif que l'intérêt du patient justifiait la limitation de l'information quant au diagnostic. Selon la Cour « l'article 42 du Code de déontologie médicale issu du décret du 28 juin 1979 applicable en la cause autorise le médecin à limiter l'information de son patient sur un diagnostic ou un pronostic grave ; ... une telle limitation doit être fondée sur des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient, cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie de son évolution prévisible et de la personnalité du malade... »<sup>24</sup>. En d'autres termes la jurisprudence reconnaît l'existence d'une exception thérapeutique qui permet au médecin dans l'intérêt du patient de ne pas révéler un diagnostic, ou le risque grave d'une intervention. Selon le conseiller rapporteur P. Sargos, il convient de limiter l'information due au patient lorsque ce dernier ne serait pas en mesure de supporter l'information donnée et que celle-ci aurait des conséquences négatives sur la réussite des soins. Cette « limitation thérapeutique de l'information » ou cette « justification thérapeutique » de l'absence d'information est d'ailleurs prévue à l'article 35 alinéa 2 du Code de déontologie médicale selon lequel « 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... ».

Cependant, il semblerait que la jurisprudence soit assez sévère dans l'admission de cette exception thérapeutique<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 18 décembre 2002 : *Resp. civ. et ass.* 2003 com. 76 : en l'espèce, à la suite de multiples complications liées à l'extraction d'un calcul de l'uretère pelvien, une patiente a subi huit opérations consécutives qui ont abouti à l'ablation d'un rein. Elle agit en responsabilité contre l'urologue, ce dernier ne l'ayant pas informé du risque d'ablation d'un rein qu'elle encourait dans le cas de complications consécutives à l'intervention exploratoire à laquelle il avait été décidé de procéder. La Cour d'appel approuvée par la Cour de cassation rejette la responsabilité du médecin au motif que les complications dont avait été victime la patiente étaient « totalement imprévisibles ».

<sup>20</sup> CE 19 mai 2004 : *D.* 2004 IR com.1771 ; *JCP* 2004 IV 2862.

<sup>21</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 7 octobre 1998 précité ; CE 5 janvier 2000 précité.

<sup>22</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 22 mai 2002 : *Bull. civ.* I, n°142 ; *JCP* 2003, éd. G, I, 152 ; *Resp. civ. et ass.* 2002 com. 266 : en l'espèce, un chirurgien procède au cours d'une uréthrotomie à une résection endoscopique non prévue initialement, laquelle aboutit à des troubles fonctionnels graves. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du médecin pour défaut d'information relative au risque réalisé, au motif que l'information était en l'espèce impossible, le médecin « ne pouvant informer son patient des risques inhérents à l'acte complémentaire sans l'exposer aux risques d'une nouvelle intervention sous anesthésie générale ou locorégionale ». En cela la Cour de cassation marque sa volonté d'interpréter largement les limi-

tes à l'obligation d'information ce qui traduit un recul ou une simple pause par rapport à sa jurisprudence antérieure.

<sup>23</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 26 octobre 2004 : *D.* 2005, pan. 405, note J. Penneau : en l'espèce, le diagnostic d'une tumeur nerveuse n'ayant pas été fait, le médecin était dans l'impossibilité d'informer des risques liés à la biopsie-exérèse.

<sup>24</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 23 mai 2000 : *JCP* 2000, éd. G, II, 10343, rapp. P. Sargos.

<sup>25</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 15 juillet 1999, précité : la Cour de cassation casse un arrêt ayant écarté la responsabilité d'un médecin qui n'avait pas informé le patient d'un risque grave d'ototoxicité médicamenteuse, sans tenir compte du souci du praticien de ne pas inquiéter le patient. Un tel souci ne constitue pas une



On peut néanmoins s'interroger sur la pérennité de cette jurisprudence après la loi du 4 mars 2002. En effet, celle-ci ne prévoit expressément au titre des limites à l'obligation d'information que le refus du patient d'être informé, l'urgence et l'impossibilité d'informer et cela en des termes restrictifs : « seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer... ». Espérons que la jurisprudence maintiendra néanmoins cette limite dans l'intérêt des patients eux-mêmes.

Enfin, selon un arrêt de la première chambre civile du 18 juillet 2000, le médecin n'est pas dispensé de cette information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire<sup>26</sup>. Néanmoins, dans cette hypothèse, la responsabilité du médecin pourrait être écartée non pour absence de faute mais pour défaut de préjudice ou absence de lien de causalité entre la faute et le dommage<sup>27</sup>. C'est ce qu'il convient à présent d'examiner.

## 2. La responsabilité du médecin en cas de violation de l'obligation d'information

Conformément aux principes de la responsabilité civile, la responsabilité du médecin ne peut être engagée que si, d'une part, il est établi que ce dernier a commis une faute, à savoir, qu'il n'a pas correctement informé, et si, d'autre part, la victime a subi un préjudice en rapport de causalité avec la faute commise. Nous verrons d'abord la preuve de la faute, et ensuite le dommage de la victime.

### 2.1. La charge de la preuve du défaut d'information

Traditionnellement, la charge de la preuve du défaut d'information incombait à celui qui invoquait l'inexécution,

c'est-à-dire au patient<sup>28</sup>. En cela l'obligation d'information du médecin était conçue comme une obligation de moyens : le créancier, le patient victime, devait prouver la faute du médecin pour engager sa responsabilité, c'est-à-dire l'absence d'information. Cependant comme toute preuve d'un fait négatif, cette preuve était difficile à rapporter. L'arrêt de la première chambre civile du 25 février 1997 a opéré un revirement de jurisprudence sur la question de la charge de la preuve de l'absence d'information. Selon cet arrêt « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation... Le médecin est tenu d'une obligation d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation »<sup>29</sup>. Ce n'est plus au patient de rapporter la preuve que l'information ne lui a pas été transmise mais au médecin de prouver qu'il a exécuté son obligation d'information, c'est-à-dire qu'il a effectivement délivré une information loyale, claire et appropriée sur les risques des soins ou investigations proposés. Ce changement relatif à la charge de la preuve a été transposé à la responsabilité publique hospitalière par le Conseil d'État dans l'arrêt précité du 5 janvier 2000. Il est confirmé par la loi du 4 mars 2002. Selon l'article L.1111-2 du Code de la santé publique : « en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article ». Désormais donc l'obligation d'information du médecin peut être analysée comme une obligation de résultat atténuée. La victime est dispensée de rapporter la preuve d'une faute du médecin, du défaut d'information. Celle-ci est présumée. La victime se contente de prouver son préjudice. Cependant le médecin peut s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve de son absence de faute, c'est-à-dire la preuve de l'information fournie.<sup>30</sup> Il est à noter que ce renversement de la charge de la preuve n'est pas limité au domaine médical mais concerne tous les débiteurs d'une obligation d'information, qu'elle soit contractuelle (avocats, architectes, courtiers d'assurance, vendeurs...) ou légale (notaires). En cela le médecin est assimilé à tout autre professionnel et le patient à tout autre consommateur.

Néanmoins, on peut relativiser l'importance pratique de ce revirement. En effet, le médecin peut rapporter la preuve de l'exécution de son obligation d'information par tous moyens selon un arrêt de la première chambre civile du

justification thérapeutique et ne suffit pas à le dispenser de son obligation d'information.

<sup>26</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 18 juillet 2000 : *Bull. civ.* I n° 227 ; *JCP* 2000 IV 2585 : en l'espèce une patiente a été victime d'une sciatique paralysante à l'occasion de l'opération d'une hernie discale. L'arrêt de la cour d'appel qui avait écarté la responsabilité du médecin, après avoir constaté que l'opération subie s'imposait compte tenu de l'évolution de la pathologie de la patiente, est cassé au motif que le médecin n'est pas dispensé de l'information sur la gravité du risque par le seul fait que l'intervention serait médicalement nécessaire.

<sup>27</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 13 novembre 2002, 1<sup>re</sup> esp. : *Bull. civ.* I, n° 265 : En l'espèce, la responsabilité du médecin est écartée au motif que l'acte chirurgical consistant dans l'ablation d'un nodule situé dans la glande thyroïde était nécessaire compte tenu du danger inhérent à sa présence. Cet arrêt qui semble s'appuyer sur la nécessité de l'intervention pour nier la responsabilité du médecin paraît être en contradiction avec l'arrêt précité du 18 juillet 2000 selon lequel « le médecin n'est pas dispensé de son obligation d'information du seul fait que l'intervention était nécessaire ». Néanmoins les deux arrêts ne se situent pas sur le même terrain : si la responsabilité est écartée ce n'est pas en raison de l'absence de faute du médecin mais en raison de l'absence de lien de causalité entre cette faute et le dommage subi du fait du risque qui s'est réalisé. En effet, les juges relèvent que même informé du risque exceptionnel de la lésion d'un nerf récurrent, le patient aurait probablement accepté l'opération. Voir infra 2.2.

<sup>28</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 29 mai 1951 : *Bull. civ.* I, n° 162 ; *RTD civ.* 1951, p. 508 ; *D.* 1952, p. 53 : « il appartient au malade, ... de rapporter la preuve que (le chirurgien) a manqué à son obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération ».

<sup>29</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 25 février 1997 : *Bull. Civ.* I, n° 75 ; *D.* 1997, som. 319 obs. Penneau ; *J.C.P.* 1997 I 4025 obs. G. Viney ; *RTDCiv* 1997, 434 obs. Jourdain ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, p. 274 rapp. Sargos note Guigue ; *RD sanit. soc.* 1997, p. 288 obs. L. Dubouis ; *Rapport annuel de la Cour de cassation* 1997, p. 271.

<sup>30</sup> En présence d'une obligation de résultat, le débiteur ne peut s'exonérer que par la preuve de la cause étrangère, force majeure ou faute de la victime et non par la preuve de son absence de faute.

14 octobre 1997<sup>31</sup>. La solution est confirmée par la loi du 4 mars 2002. Il pourrait s'agir non seulement d'écrits mais aussi de témoignages ou de présomptions en application de l'article 1353 du Code civil. Les juges du fond pourront donc fonder leur opinion sur l'existence d'indices graves précis et concordants. Ils pourront tenir compte de la profession du malade, du nombre d'entretiens avec le médecin, du temps de réflexion du patient, (du temps écoulé entre la première consultation et l'opération), des mentions dans le dossier, des échanges de lettres entre spécialiste et généraliste<sup>32</sup>... Il est vrai qu'en pratique le seul moyen pour le médecin de se préconstituer une preuve de l'information fournie au patient est l'écrit. La nouvelle jurisprudence ne peut qu'inciter le médecin à faire signer systématiquement un écrit préétabli selon le type d'opération ou de soins envisagés et qui contiendrait une liste exhaustive des risques graves ou effets secondaires qui y sont liés. Cependant, l'écrit n'est pas suffisant. En effet, cet écrit est général et impersonnel. Or le médecin doit adapter l'information à la personnalité du patient. Il devra donc prendre en compte sa sensibilité, sa psychologie son niveau socio-culturel, pour être sûr que l'information donnée est bien reçue par le patient comme l'exige d'ailleurs l'article 35 alinéa 2 du Code de déontologie médicale. Il doit veiller à la compréhension par le malade des informations qu'il lui fournit<sup>33</sup>.

Mais il ne suffit pas pour engager la responsabilité du médecin d'établir sa faute, à savoir, l'absence d'information. Il appartient en outre à la victime de prouver et son dommage et le lien de causalité entre le dommage subi et l'absence d'information.

## 2.2. Le préjudice de la victime résultant du défaut d'information

Le médecin qui ne rapporte pas la preuve de l'information donnée au patient sur le risque d'une opération ou d'un traitement qui s'est réalisé commet une faute de nature à engager sa responsabilité civile. Il appartient alors au patient de rapporter la preuve non seulement de son préjudice réel mais en outre du lien de causalité entre la faute et le préjudice.

L'hypothèse d'une absence de dommage résultant du défaut d'information peut être illustrée par la deuxième espèce

de l'arrêt du 7 octobre 1998<sup>34</sup>. Selon la Cour, le patient ne souffrait à la suite de l'intervention chirurgicale que de troubles sensitifs moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale, laquelle était indispensable et avait abouti à l'amélioration escomptée. Elle en déduit l'absence de préjudice résultant pour le patient de la perte de la faculté qu'il aurait eu de refuser l'intervention s'il avait été informé et donc l'absence de responsabilité du médecin.

Quant à l'exigence de la causalité, elle se résume dans la proposition suivante : le patient doit rapporter la preuve du lien de causalité existant entre le défaut d'information et le préjudice réellement subi du fait du risque qui s'est réalisé. Autrement dit le patient doit prouver qu'informé, il aurait certainement refusé l'opération. Plusieurs hypothèses doivent être alors distinguées.

Tout d'abord, si cette preuve est rapportée, c'est-à-dire si le patient démontre qu'il aurait refusé les soins ou l'intervention proposés par le médecin si ce dernier l'avait correctement informé des risques qui y sont attachés, il prouve par la même qu'il n'aurait certainement pas subi de dommage. Dans cette hypothèse, le lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage subi du fait du risque réalisé est établi. Le préjudice réellement subi par le patient devra être intégralement réparé.

Néanmoins, ce cas de figure est exceptionnel. Le plus souvent il existe un doute relatif à l'attitude du patient dans l'hypothèse où il aurait été correctement informé. Dans ce cas, le lien de causalité entre le préjudice réel et la faute du médecin, à savoir le défaut d'information, n'est plus certain. Dans ces hypothèses, la jurisprudence fait appel à la théorie de la perte de chance. La réparation de la perte d'une chance est utilisée par la jurisprudence dans l'hypothèse où le lien de causalité entre la faute et le préjudice effectivement subi est faible. Elle accepte alors de réparer un autre préjudice, la simple perte de chance d'éviter le préjudice effectivement subi, lequel est en rapport de causalité certaine avec la faute commise. Le préjudice réparable n'équivaut plus alors à l'intégralité des dommages subis par le patient du fait du risque qui s'est réalisé. Le préjudice né du défaut d'information consiste simplement dans la perte d'une chance d'échapper au risque dont le patient n'a pas été informé. Ce préjudice ne représente ainsi qu'une fraction des dommages effectivement subis par le patient et dus à la réalisation du risque.

Il s'agit simplement de réparer la perte de chance qu'aurait eue le patient de ne pas subir de dommages en refusant l'intervention ou les soins s'il avait été correctement informé.

Le principe avait été affirmé dans un arrêt de la première chambre civile du 7 février 1990 selon lequel le médecin « qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préju-

<sup>31</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 14 octobre 1997 : *Bull. Civ. I*, n° 278; *J.C.P.* 1997, éd. G, II, 22942, rapport Sargos, I 4068 n° 6 obs. Viney; *Petites affiches* 13 mars 1998, p. 18 note Dagorne-Labbé; *RTD sanit. et soc* 1998, p. 68 note M. Harichaux; *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. n° 374.

<sup>32</sup> Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 14 octobre 1997 une patiente souffrait d'une embolie gazeuse à la suite d'une cœlioscopie. La présomption d'information du risque grave qui s'est réalisée reposait sur le fait que la patiente était elle-même une professionnelle de la santé, (elle était laborantine dans le service même où a eu lieu la cœlioscopie) qu'elle avait pris sa décision après un temps « très long » de réflexion et qu'elle « avait manifesté de l'hésitation et de l'anxiété avant l'opération ».

<sup>33</sup> Ainsi dans un arrêt du 20 novembre 1998 la Cour d'appel de Paris retient la responsabilité d'un médecin qui avait pourtant remis au patient une note écrite au motif que cette remise ne dispensait pas le médecin de donner au patient une explication verbale appropriée, eu égard au fait qu'en l'espèce, le patient était de nationalité étrangère et illettré.

<sup>34</sup> Arrêt précité note 13.

dice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération. »<sup>35</sup> Ce principe a, par la suite, été à nouveau réaffirmé par deux arrêts du 8 juillet 1997<sup>36</sup>. Il est également appliqué par le Conseil d'État<sup>37</sup>.

Pour évaluer le préjudice consistant dans la perte de chance, les juges se livrent à un raisonnement fictif. Ils évaluent les chances qu'aurait eues le patient de refuser l'opération s'il avait été correctement informé. Plus ces chances sont grandes et plus le montant de la réparation est élevé et se rapproche du préjudice réellement subi du fait du risque qui s'est réalisé. Inversement le montant est de faible importance lorsque les chances de refuser les soins sont minimales.

Enfin et à l'inverse, s'il est certain que même informé le patient aurait quand même accepté l'opération, dans ce cas, non seulement il n'existe plus de lien de causalité entre la faute et le préjudice réel subi par le patient mais en outre ce dernier ne souffre d'aucun préjudice distinct consistant dans la perte d'une chance de refuser l'opération s'il avait été correctement informé. La responsabilité du médecin est alors écartée. Cette hypothèse peut être illustrée par un arrêt de la première chambre civile du 20 juin 2000<sup>38</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du médecin après avoir constaté que même informé des risques complets de l'opération, le patient y aurait probablement consenti. Selon la Cour, il appartient au juge de rechercher les effets qu'aurait pu avoir l'information quant au consentement du patient ou à son refus en prenant en considération « l'état de santé de ce dernier, ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles

des investigations ou des soins à risques lui sont proposées ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques ». Il résulte de cet arrêt que la responsabilité du médecin ne peut être engagée pour défaut d'information lorsqu'il résulte des faits que même informé, le patient n'aurait pas refusé l'opération ou les soins.

Ce principe a été réaffirmé par la première chambre civile le 4 février 2003<sup>39</sup>. En l'espèce la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté la responsabilité du médecin au motif que la victime « ne caractérisait aucune perte de chance d'échapper au risque réalisé dans la mesure où celui-ci était inhérent à la pose d'une sonde dont la nécessité était admise par les experts de sorte qu'elle ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable ». Cette jurisprudence permet de relativiser les inconvénients de l'élargissement du contenu de l'obligation d'information. En effet, le médecin fautif qui aurait délivré une information incomplète pourrait néanmoins échapper à sa responsabilité dans l'hypothèse où il serait établi que la victime ne subit aucun dommage consistant dans la perte de chance d'éviter l'intervention à risques, dans la mesure où même informée correctement elle aurait accepté de s'y soumettre.

Le régime actuel de l'obligation d'information est le résultat d'une longue et perpétuelle recherche de compromis entre les intérêts des patients victimes de dommages et ceux des professionnels de santé. Au souci d'indemniser les victimes répond le souci de ne pas trop charger une profession qui assure une mission d'intérêt général. Or comme tout compromis, il repose sur un équilibre fragile et risque de ce fait d'être constamment remis en cause, comme en témoignent les nombreux revirements de jurisprudence en la matière.

<sup>35</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 7 février 1990 : *bull. civ. I* n° 39 ; adde : Cour d'appel de Versailles 11 mars 1999 : *D.* 1999, IR, p. 124 : en l'espèce un patient souffrait d'une infection consécutive à une arthrographie. Le dommage a été estimé de faible importance et évalué à 15 000 francs au motif que le patient était contraint de se faire soigner en raison de l'ancienneté de sa maladie et de l'accentuation de ses douleurs de sorte que la chance qu'il a perdue de refuser l'arthrographie du fait de son manque d'information était de faible importance.

<sup>36</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 8 juillet 1997 : *Bull. civ. I* n° 238 et 239 ; *J.C.P.* 1997 II 22921 rapp. Sargos ; dans le même sens 1<sup>re</sup> Civ. 27 février 2002 : *JCP* 2002 IV 3050 ; *Resp. civ. et ass.* 2002 com. 223.

<sup>37</sup> CE 5 janvier 2000 précité.

<sup>38</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 20 juin 2000 *Bull. civ. I* n° 193 ; *D.* 2000, som. 471 obs. P. Jourdain ; *Rép. def.* 2000, 1121 obs. D. Mazeaud : en l'espèce, un patient n'avait pas été informé des risques de perforation lors de l'exérèse d'un polype de l'intestin. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a souverainement estimé, pour écarter la responsabilité du médecin, que même informé du risque de perforation, le patient n'aurait refusé ni l'examen ni l'exérèse du polype, de crainte que le polype ne dégénère en cancer, son père étant décédé d'un cancer du côlon.

<sup>39</sup> 1<sup>re</sup> Civ. 4 février 2003 : *Resp. civ. et ass.* 2003, com. p. 143 : en l'espèce, un anesthésiste avait procédé à la mise en place d'une sonde sous-clavière qui provoqua chez le patient un faux anévrisme artériel sous-clavier droit consécutif à une plaie de la sous-clavière. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté la responsabilité du médecin au motif que la victime « ne caractérisait aucune perte de chance d'échapper au risque réalisé dans la mesure où celui-ci était inhérent à la pose d'une sonde dont la nécessité était admise par les experts de sorte qu'elle ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable ». Dans le même sens : deux arrêts de la première chambre civile du 13 novembre 2002, *Bull. civ. I* n° 265 et 266 ; *RTD civ.* 2003, p. 98 obs. Jourdain ; *Resp. civ. et ass.* 2003, com. 77 : en l'espèce, les juges relèvent que même informé du risque exceptionnel de la lésion d'un nerf récurrent, le patient aurait probablement accepté l'opération, l'acte chirurgical consistant dans l'ablation d'un nodule situé dans la glande thyroïde étant nécessaire compte tenu du danger inhérent à sa présence. Selon la Cour « la violation d'une obligation d'information incombant au praticien ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte un préjudice dont l'existence est souverainement constatée par les juges du fond ».