

Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ?

Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance (1)

Mireille Bacache, Professeur à l'Université Paris Descartes

1 - 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. 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. Le contenu et l'étendue de cette obligation d'information ont également été précisés par la jurisprudence dont les acquis ont été consacrés par la loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (2). 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, correspondant au chapitre 1er du titre 1er du livre 1er de la première partie intitulé « Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté ».

2 - Le contenu de l'information due au malade par le professionnel de santé est excessivement étendu. Consacrant la jurisprudence antérieure, la loi du 4 mars 2002 précise qu'elle doit porter non seulement sur le diagnostic, mais également sur les traitements, les soins envisagés, et les risques qui y sont attachés (art. L. 1111-2 CSP). S'agissant plus particulièrement des risques, le contenu de l'information n'a cessé de s'élargir dans l'intérêt des victimes, et ce à deux égards. En premier lieu, si la jurisprudence traditionnelle limitait l'information aux seuls risques graves de nature à emporter des conséquences mortelles ou invalidantes (3), la loi du 4 mars 2002 étend désormais l'information aux risques simplement fréquents (art. L. 1111-2 CSP). En second lieu et surtout, par deux arrêts en date du 7 octobre 1998, la première chambre civile a estimé que le médecin n'était pas dispensé de son obligation par le seul fait que les risques ne se réalisaient qu'exceptionnellement (4). Cet élargissement aux risques exceptionnels ne semble pas avoir été remis en cause par la loi du 4 mars 2002, malgré la référence faite à l'article L. 1111-2 aux risques « normalement prévisibles » (5). En effet, l'étude des travaux préparatoires ne révèle pas la volonté du législateur de revenir sur cette avancée jurisprudentielle. La référence aux risques « normalement prévisibles » pourrait renvoyer à l'exigence traditionnelle de risques connus dans la mesure où un risque exceptionnel connu est normalement prévisible. Elle pourrait tout simplement signifier l'exclusion du domaine de l'information des risques imprévisibles au jour de l'intervention (6). L'élargissement du contenu de l'obligation d'information contribue sans aucun doute à renforcer la protection des usagers du système de santé dans la mesure où la délivrance d'une information incomplète ou erronée constitue une faute d'humanisme de nature à engager la responsabilité de son auteur. Cette faute est d'ailleurs présumée depuis un arrêt rendu par la première chambre civile le 25 février 1997 (7). 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 par la suite été confirmé par la loi du 4 mars 2002 (8).

3 - 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 rapporter la preuve d'un préjudice en rapport certain de causalité avec cette faute. Or, à ce stade, la responsabilité peut se trouver contrariée. Si le contenu de l'information ainsi que l'attribution de la charge de la preuve du défaut d'information facilitent l'action des victimes, en revanche, les exigences relatives au dommage et au lien de causalité limitent fortement leur droit à réparation. Pour le

comprendre, il convient de rappeler que le dommage effectif dont souffre le patient consiste dans l'atteinte corporelle résultant du risque dont il n'avait pas été informé et qui s'est finalement réalisé. Il appartient donc à la victime de rapporter la preuve du lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage corporel. Cette preuve consiste pour le patient à établir qu'il aurait certainement refusé l'opération ou les soins proposés si le médecin l'avait correctement informé des risques. Le malade prouve, par là même, qu'il n'aurait certainement pas subi de dommage si la faute n'avait pas été commise. Ce cas de figure est cependant exceptionnel. Le plus souvent, il existe un doute relatif à l'attitude qu'aurait eue le patient s'il avait été correctement informé. Aurait-il ou non refusé l'intervention projetée ? Dans ce cas, le lien de causalité entre le risque réalisé et la faute du médecin, à savoir le défaut d'information, n'est plus certain. L'incertitude affectant le lien causal conduit inéluctablement au rejet de l'action tendant à indemniser le dommage corporel.

4 - Il devient dès lors paradoxal d'élargir et de renforcer le contenu de l'obligation d'information, pour ensuite écarter systématiquement toute action en réparation en cas de violation de cette obligation en raison de l'incertitude affectant le lien causal entre cette faute et le dommage corporel dont souffre le patient. Il convient par ailleurs de faire observer que ce dommage corporel ne peut être réparé au titre de la violation de l'obligation de sécurité que si le patient rapporte la preuve d'une faute technique à l'origine du dommage, la responsabilité médicale étant par principe une responsabilité pour faute. Quant au système d'indemnisation des accidents médicaux mis en place par la loi du 4 mars 2002, il ne profite qu'aux victimes postérieures au 5 septembre 2001 et surtout à celles dont le dommage atteint un seuil élevé de gravité⁽⁹⁾. Dans ces conditions, l'obligation d'information pourrait permettre de compenser les faiblesses de l'obligation de sécurité, constituer un substitut efficace à l'obligation de sécurité de moyens et jouer ainsi un rôle important dans la réparation des accidents médicaux. La faute d'information permettrait ainsi à la victime d'obtenir une réparation là où la faute technique ne peut être établie, sans porter atteinte au principe de la responsabilité pour faute.

Mais alors, comment ? Le seul moyen d'accorder réparation aux victimes consiste à indemniser un préjudice distinct du dommage corporel lequel n'est pas en relation causale certaine avec la faute. Quel peut être alors ce préjudice de substitution ? Il peut s'agir tout d'abord de la perte de chance d'éviter le dommage corporel. Il pourrait également s'agir d'un simple dommage moral résultant soit de l'absence de préparation au risque réalisé, soit de l'atteinte au sentiment de dignité du patient mal informé. Si la Cour de cassation a depuis longtemps accepté de consacrer le premier, elle a clairement écarté le second dans un arrêt du 6 décembre 2007 (V. *infra*).

I - La perte de chance⁽¹⁰⁾

5 - Il convient avant tout de noter que la difficulté d'établir avec certitude le lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage corporel aurait pu conduire la Cour de cassation à présumer ce lien. D'ailleurs, une partie de la doctrine avait proposé de distinguer selon le caractère inéluctable ou non de l'intervention de sorte à écarter la causalité dans le premier cas et à la présumer dans le second⁽¹¹⁾. Ce système du tout ou rien présenterait l'avantage de permettre à la victime d'obtenir une réparation intégrale de son dommage corporel lorsque l'intervention à risque ne revêt pas de caractère inéluctable. Inversement, il aurait l'inconvénient d'écarter toute réparation dans le cas contraire, en présence de soins ou d'intervention jugés objectivement indispensables pour le patient. La technique de la présomption de causalité est certes utilisée dans le domaine de la santé, en matière de sang contaminé⁽¹²⁾, mais avec beaucoup de prudence, la Cour de cassation refusant notamment de l'étendre aux infections nosocomiales⁽¹³⁾. La Haute juridiction ne s'est donc pas orientée dans cette voie⁽¹⁴⁾. Plutôt que de présumer une causalité douteuse entre la faute d'information et le dommage corporel, elle a préféré indemniser un autre dommage en rapport de causalité certaine avec la faute. Ce dommage de substitution n'est autre que la perte de chance d'éviter le dommage corporel, la réalisation du risque.

Cependant, le recours à la perte de chance permet tout au plus une réparation limitée. Il aboutit même parfois à écarter purement et simplement toute responsabilité.

A - Une réparation limitée

6 - Le principe de la réparation de la perte de chance avait été clairement 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 préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération »⁽¹⁵⁾. Il s'agit donc 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 des risques. Il convient de noter que le recours à la perte de chance est également utilisé dans le domaine médical au-delà de la faute d'information, en présence d'une erreur de diagnostic ou de soins ayant fait perdre au patient une chance de guérison ou de survie⁽¹⁶⁾. Ce principe est désormais constant en jurisprudence⁽¹⁷⁾. Il est également appliqué par le Conseil d'Etat depuis un arrêt du 5 janvier 2000⁽¹⁸⁾. Sur un plan procédural, la perte de chance étant un préjudice distinct du dommage corporel, le juge ne peut le relever d'office, sans provoquer les explications des parties, conformément au principe du contradictoire et à l'article 16 du code de procédure civile⁽¹⁹⁾.

7 - Cette jurisprudence peut être approuvée. En premier lieu, on peut observer que ce dommage de substitution qu'est la perte de chance d'éviter le dommage corporel est en rapport de causalité certaine avec la faute commise. En effet, le défaut d'information sur les risques de l'opération proposée a certainement fait perdre au patient une chance de refuser l'intervention et donc d'éviter le dommage. En second lieu et surtout, la consécration de ce préjudice de substitution permet à l'obligation d'information de venir au secours des victimes d'accidents médicaux qui n'ont pu établir à la charge du médecin une faute technique. Un exemple peut être donné à travers un arrêt rendu par la première chambre civile le 29 novembre 2005⁽²⁰⁾. En l'espèce, lors d'une opération portant sur le canal carpien gauche, réalisée sous endoscopie, le nerf médian de la patiente fut sectionné. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir estimé que l'atteinte survenue était inhérente à la technique utilisée et ne pouvait être imputée à la faute du praticien. Pourtant, la responsabilité de ce dernier a été retenue, en dépit de l'absence de faute technique, pour violation de son obligation d'information relative aux risques attachés à l'opération. Mais la réparation en l'espèce ne fut que partielle, le défaut d'information ayant simplement fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage.

8 - En effet, le dommage réparable n'équivaut plus alors à l'intégralité des préjudices subis par le patient du fait du risque qui s'est réalisé. Le dommage 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 différents chefs de préjudices effectivement subis par le patient et dus à la réalisation du risque. Pour l'évaluer, 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 dommage corporel réellement subi. Inversement, le montant est de faible importance lorsque les chances de refuser les soins sont minimales. Le principe de la réparation intégrale est certes respecté puisque la perte de chance, seul préjudice indemnisable, est intégralement réparée, mais, concrètement, la réparation du dommage corporel subi du fait de la réalisation du risque n'est que partielle. Ce résultat est juridiquement inéluctable compte tenu des contraintes liées au lien causal, élément consubstantiel à toute responsabilité civile.

Le recours au préjudice de substitution que constitue la perte de chance ne permet tout au plus à la victime que d'obtenir une réparation partielle de son dommage corporel. Il aboutit même parfois à écarter purement et simplement toute réparation, s'il est établi que le patient n'a perdu aucune chance d'éviter le dommage.

B - Une responsabilité écartée

9 - Il arrive qu'aucune incertitude n'affecte l'attitude qu'aurait eue le patient correctement informé des risques. S'il est établi que même informé le patient aurait accepté l'opération à risque, dans ce cas, ce dernier n'a perdu aucune chance d'éviter le dommage. Non seulement il n'existe pas de lien de causalité entre la faute et le dommage corporel subi par le patient du fait du risque réalisé mais en outre ce dernier ne souffre d'aucun préjudice distinct consistant dans la perte d'une chance de refuser l'opération et d'éviter ce dommage. Le patient n'est indemnisé ni du dommage corporel ni d'une perte de chance d'éviter ce dommage, le premier en raison de l'absence de certitude du lien causal avec la faute, le second en raison de son inexistence. La responsabilité du médecin est alors nécessairement écartée. Ce principe est clairement exprimé dans un arrêt de la première chambre civile du 20 juin 2000 (21). En l'espèce, un patient n'avait pas été informé des risques de perforation de l'intestin lors de l'exérèse d'un polype. 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 consenti de crainte que le polype ne dégénère en cancer, son père étant décédé d'un cancer du côlon. Selon la Cour, il appartient au juge de rechercher les effets qu'aurait pu avoir l'information quant au consentement du patient 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 proposés ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques ».

10 - Ce principe a été depuis constamment réaffirmé en jurisprudence (22). Il a encore récemment reçu application dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 6 décembre 2007 (23). En l'espèce, une personne enceinte s'était présentée à une clinique une heure trente après le début des contractions. Suite à l'injection du produit d'anesthésie, elle est prise d'une crise convulsive entraînant une importante souffrance foetale. N'ayant pu bénéficier d'une césarienne en raison de l'absence de médecin sur place au moment de la crise, l'enfant est né avec d'importantes lésions cérébrales irréversibles. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rejeté l'action en responsabilité intentée contre la clinique au motif que la patiente avait été informée de l'absence de médecin sur place et qu'en tout état de cause, même renseignée, elle n'aurait pas été en quête d'un autre établissement, compte tenu de son état lors de l'arrivée à la clinique. Le défaut d'information, à supposer qu'il soit établi, n'a donc fait perdre à la mère aucune chance d'éviter le dommage de l'enfant.

11 - En résumé, les contraintes liées au lien causal entre la faute d'information et le dommage subi limitent fortement les chances de réparation des victimes d'accidents médicaux. Même fautif, le médecin qui aurait délivré une information incomplète pourrait néanmoins voir sa responsabilité limitée par la théorie de la perte de chance lorsqu'une incertitude affecte le choix du patient correctement informé. Le médecin fautif pourrait même échapper à toute responsabilité lorsque la victime ne souffre d'aucune perte de chance d'éviter l'intervention à risques, dans la mesure où, même informée, elle aurait accepté de s'y soumettre. Il en résulte que si la responsabilité se trouve renforcée par l'existence et l'étendue de l'obligation d'information, les contraintes liées au lien causal contrarient largement l'objectif indemnitaire de celle-ci.

Dans ces conditions, la doctrine s'est demandée s'il ne convenait pas alors de réparer un autre dommage, un dommage moral distinct des conséquences extrapatrimoniales du dommage corporel.

II - Le dommage moral

12 - La question consiste ici à se demander s'il faudrait admettre l'indemnisation d'un dommage moral spécifique distinct des préjudices moraux consécutifs à l'atteinte corporelle. Mais quel serait précisément ce dommage dont le patient mal informé pourrait obtenir réparation ? Il convient alors d'observer que ce dommage moral n'est pas le même selon la voie choisie pour l'indemniser. La première voie consiste à raisonner en termes de responsabilité civile et à reconnaître un nouveau chef de préjudice moral indemnisable. La deuxième voie consiste à raisonner en termes de sanction de la violation d'un droit subjectif, que serait le droit du patient à l'information.

A - La consécration d'un nouveau chef de préjudice indemnisable

13 - Une partie de la doctrine propose d'indemniser un nouveau chef de préjudice moral, le préjudice dit « d'impréparation » à la possibilité du dommage, au risque réalisé⁽²⁴⁾. Il s'agit de la souffrance morale résultant du choc subi lors de l'annonce du risque réalisé, souffrance qui serait inexistante ou largement moindre si le risque était annoncé et accepté par le patient. Le patient se trouve en effet confronté à un dommage à l'éventualité duquel il n'a pu se préparer psychologiquement en raison du défaut d'information. En d'autres termes, il s'agit des souffrances endurées en raison de l'impossibilité d'anticiper le dommage subi à défaut d'en avoir été informé⁽²⁵⁾. La consécration de ce nouveau chef de préjudice moral ne dispenserait pas pour autant les juges du fond de rechercher au cas par cas si le patient en a effectivement souffert, constatation relevant de leur pouvoir souverain d'appréciation⁽²⁶⁾. La victime devrait rapporter la preuve que les souffrances morales découlant de la réalisation du risque auraient été moindres si elle avait été préparée et prévenue. De la sorte, la victime serait pratiquement toujours assurée de recevoir une indemnité correspondant soit à son dommage corporel, s'il est établi qu'informée elle aurait certainement refusé l'intervention à risque, soit à la perte de chance d'éviter ce dommage, si un doute affecte la décision qu'elle aurait prise, soit enfin au dommage moral d'impréparation s'il est certain que, même informée, elle aurait accepté l'intervention. La victime pourrait réclamer ainsi à titre principal la réparation intégrale de son dommage corporel, ensuite, subsidiairement, la réparation de la perte de chance d'éviter ce dommage et à titre infiniment subsidiaire la réparation du préjudice moral de non-préparation.

14 - Cette tentative doctrinale a cependant été clairement rejetée par la première chambre civile le 6 décembre 2007⁽²⁷⁾. En l'espèce, à l'occasion d'une opération cardiaque destinée à traiter une carotidie sévère, le patient fut victime d'une hémiplégié dont il décéda trois ans plus tard. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, déboute les ayants cause de leur demande de réparation au titre de la perte de chance d'éviter l'hémiplégié en estimant que, même informé de la possibilité d'une complication, le patient se serait quand même fait opérer, « compte tenu de la gravité du problème cardiaque, de son évolution rapide, du caractère relativement faible du risque encouru, présenté par les experts comme un risque rare ». Pour autant, la cour d'appel accepte de réparer un nouveau préjudice moral en relevant que, si le patient avait été prévenu, le traumatisme subi lorsque le dommage s'est réalisé aurait été moins brutal, et qu'il se serait préparé psychologiquement à la situation dramatique dans laquelle il s'était trouvé, préjudice évalué à 3 000 euros. C'est sur ce point que l'arrêt est cassé au motif 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 ». C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce en des termes aussi clairs pour écarter toute tentative d'extension du préjudice au-delà de la perte de chance d'éviter le dommage corporel⁽²⁸⁾.

15 - Que faut-il penser de cette solution ? Il est vrai que la multiplication des chefs de préjudices indemnissables est dénoncée par une partie de la doctrine, qui n'hésite pas à parler de dérive indemnitaire⁽²⁹⁾. La consécration d'un nouveau chef de préjudice moral comporterait en outre le risque de voir se multiplier les actions en justice, les patients étant toujours certains d'obtenir quelque chose, soit au titre de la perte de chance, soit au titre du préjudice moral. Enfin, la prise en compte de l'intérêt du corps médical implique de ne pas surcharger une profession dont la survie et la protection paraissent nécessaires, dans l'intérêt même des malades. Pour autant, la solution de l'arrêt nous semble non seulement juridiquement contestable mais également inopportune⁽³⁰⁾.

16 - On peut noter en premier lieu que le préjudice moral de non-préparation remplit tous les caractères d'un préjudice indemnissable. En effet, il est personnel, il est direct, c'est-à-dire en relation directe de causalité avec le défaut d'information, il est certain, les juges du fond ayant souverainement constaté en l'espèce son existence et enfin aucun doute n'affecte son caractère légitime. Pourquoi dans ces conditions ne serait-il pas indemnissable ? Un préjudice personnel, direct certain et légitime est pourtant jugé non indemnissable, selon les termes de l'arrêt. Une tentative d'explication pourrait être trouvée dans la référence faite par la Cour de

cassation à la finalité de l'obligation d'information, laquelle, nous dit-elle, « a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient ». L'obligation d'information n'ayant pour objectif que de s'assurer du consentement éclairé du patient à l'intervention à risque, sa violation ne serait pas sanctionnée en l'absence d'incidence sur le consentement. Ce recours à la finalité de la norme transgressée n'est pas sans rappeler la théorie dite de la relativité aquilienne³¹. Selon cette théorie, le manquement à une règle ne serait fautif qu'à l'égard des personnes que cette règle a pour objet de protéger et dans la mesure où elle cause un dommage qu'elle avait pour but d'éviter. Un lien est établi entre la finalité de la règle transgressée et le résultat dommageable de sorte que seul serait indemnisable le dommage contre lequel la règle violée avait pour but de protéger la victime. Pourtant, cette thèse restrictive largement appliquée à l'étranger, notamment en Allemagne, n'a pas connu de vrai succès en France. Bien plus, elle a été clairement écartée par la Cour de cassation là où pourtant elle aurait pu être raisonnablement appliquée, c'est-à-dire s'agissant de la responsabilité des parties à l'égard des tiers. En effet, l'Assemblée plénière a rejeté la relativité de la faute contractuelle en estimant que toute faute contractuelle peut être invoquée par un tiers au contrat³². Il est dans ces conditions étonnant de voir la Cour de cassation faire appel implicitement ici à cette théorie pour écarter l'indemnisation des patients mal informés.

17 - En second lieu, conformément au principe de la réparation intégrale, le dommage doit être réparé dans tous ses éléments, qu'il soit matériel ou moral³³. D'ailleurs, ces dernières années, la haute juridiction a fait preuve d'un grand libéralisme dans l'admission de nouveaux chefs de préjudices moraux essentiellement dans le domaine de la santé. A titre d'exemple, elle accepte de réparer l'inquiétude ressentie par une patiente en raison du défaut d'information sur l'origine de ses douleurs³⁴. De même, est indemnisée la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès du fait de la connaissance d'une perte de chance de survie en raison d'une erreur de diagnostic³⁵. Bien plus, le seul préjudice moral résultant de la crainte de réalisation d'un risque découlant de la défectuosité d'une sonde cardiaque donne lieu à réparation³⁶. Dans ce contexte, l'arrêt du 6 décembre 2007 adopte une conception particulièrement restrictive du préjudice moral qui tranche avec le souci constant d'indemnisation des victimes.

18 - Enfin, en opportunité, on peut craindre que la solution ne contribue à affaiblir la fonction punitive de la responsabilité pour faute en consacrant l'immunité du médecin fautif. Mais, surtout, elle diminue les chances d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux et va à l'encontre de l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile. Pour que l'obligation d'information puisse efficacement compenser les insuffisances de l'obligation de sécurité, il conviendrait de reconnaître un nouveau chef de préjudice moral, permettant au patient d'obtenir en tout état de cause réparation. Autrement dit, même lorsque le défaut d'information n'aurait fait perdre au patient aucune chance d'éviter le dommage, ce dernier pourrait néanmoins recevoir une indemnité au titre d'un nouveau chef de préjudice en relation certaine de causalité avec la faute, à savoir la non-préparation au risque réalisé³⁷.

Mais la consécration d'un nouveau préjudice moral n'est pas la seule voie d'indemnisation des victimes mal informées. Une autre voie est également avancée par la doctrine, qui passe par la reconnaissance d'un nouveau droit subjectif, le droit du patient à l'information.

B - La consécration d'un nouveau droit subjectif, le droit à l'information

19 - Il est fermement soutenue en doctrine que l'obligation d'information mise à la charge du médecin se traduit par un nouveau droit subjectif reconnu aux malades par la loi du 4 mars 2002, à savoir, le droit d'être correctement informé de son état de santé, des traitements et des soins envisagés ainsi que des risques qui y sont attachés³⁸. Ce nouveau droit subjectif appartiendrait à la catégorie des droits de la personnalité et prendrait appui sur deux autres droits, le droit au respect de l'intégrité corporelle, d'une part, et le droit au respect de la dignité de la personne, d'autre part. En effet, le droit au respect de l'intégrité corporelle, consacré à l'article 16-3 du code civil, suppose qu'aucune atteinte ne puisse y être portée sans le consentement éclairé de l'intéressé par une information exhaustive. De même, l'information contribue à préserver la dignité de la personne humaine³⁹, dont le respect

est consacré de manière solennelle à l'article 16 du code civil et érigé au rang de principe constitutionnel (40). D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même n'a pas manqué de souligner 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 », dans un arrêt du 9 octobre 2001 (41).

20 - Au-delà de l'intérêt symbolique d'une telle reconnaissance (42), quelles en seraient les conséquences sur l'indemnisation du patient mal informé (43) ? Selon une partie de la doctrine, la consécration d'un nouveau droit de la personnalité aurait pour effet d'évincer la responsabilité civile, d'échapper aux conditions de celle-ci, la violation du droit subjectif devant être sanctionnée en tant que telle sans que soient réunies les conditions de la responsabilité civile que sont la faute et le dommage. La protection des droits de la personnalité serait ainsi autonome par rapport à la responsabilité civile, l'indemnisation étant due du seul fait de l'atteinte au droit, indépendamment de la preuve d'une faute et d'un dommage (44). Sans aller jusqu'à affirmer une telle autonomie des droits de la personnalité, une autre partie de la doctrine admet que la reconnaissance d'un nouveau droit permettrait à tout le moins d'assouplir les conditions de la responsabilité civile en les présumant (45). En effet, la violation d'un droit subjectif constitue toujours une faute délictuelle au sens où la victime d'une telle atteinte n'a pas en outre à établir une quelconque imprudence ou malveillance. Quant au dommage, il suffirait de considérer que le titulaire d'un droit de la personnalité subit toujours au moins un dommage moral du fait de la violation de ce droit.

21 - La Cour de cassation a clairement consacré cette approche s'agissant de l'atteinte au droit au respect de la vie privée, dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 5 novembre 1996 (46). Selon la Cour, « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ». Dans ces conditions, on peut également se demander s'il ne conviendrait pas de raisonner par analogie s'agissant du droit du patient à l'information, autre droit de la personnalité (47). La seule atteinte au droit à l'information ouvrirait droit à réparation (48). Mais pour quel dommage ? Il convient alors de noter qu'il ne s'agit plus de réparer le préjudice moral de non-préparation au risque réalisé. Il s'agit d'autre chose, d'une atteinte au sentiment de dignité, à la liberté de choix, à la préservation de l'autonomie du patient dans la relation de soins (49), à la libre et exclusive maîtrise de sa destinée (50). Ce préjudice serait à chaque fois établi sans qu'il soit nécessaire de procéder à une appréciation *in concreto*. Il serait toujours induit par la violation de l'obligation d'information et échapperait de ce fait au pouvoir souverain des juges du fond. Le juge serait obligé de le constater et encourrait la cassation dans le cas contraire. Si l'on va jusqu'au bout de ce raisonnement, il faudrait admettre l'indemnisation du patient mal informé même lorsque le risque attaché à l'intervention ne s'est pas réalisé. Le fait même de la violation impliquerait une indemnité au profit du patient indépendamment de toute atteinte corporelle. La sanction de la violation du devoir d'humanisme ne dépendrait plus de l'existence de lésions corporelles et serait sanctionnée même si les conséquences de l'intervention ont été bénéfiques (51). Rappelons en effet qu'il ne s'agit plus de réparer le choc subi par le patient à l'annonce de la réalisation d'un risque mais l'atteinte aux sentiments d'autonomie et de dignité dans la relation de soins.

22 - Faudra-t-il aller jusque-là ? Il nous semble que ce préjudice moral induit de la seule violation du droit subjectif à l'information, à savoir l'atteinte au sentiment de dignité et d'autonomie, est trop incertain, trop hypothétique. Il nous semble préférable pour indemniser les victimes mal informées de choisir la voie traditionnelle de la responsabilité civile en consacrant un autre chef de préjudice moral, le préjudice de non-préparation au risque réalisé dont le caractère certain est plus marqué. Par ailleurs, cette voie traditionnelle est plus sûre pour les victimes. En effet, la violation d'un droit subjectif ne fait pas toujours présumer le dommage et ne dispense pas toujours la victime de l'atteinte d'en rapporter la preuve. Il suffit pour cela de citer l'exemple de la violation du droit de créance. Par suite, la consécration d'un nouveau droit subjectif au profit des patients ne résout pas *ipso facto* la question de la réparation. Il faut aller plus loin et se demander si, en raison de sa spécificité, la violation de ce nouveau droit subjectif induit toujours un préjudice. La recherche devient aléatoire et les critères incertains (52). Bien plus, la jurisprudence postérieure à l'arrêt fondateur de 1996 a permis de nuancer la solution adoptée en cas d'atteinte à la vie privée en considérant que la réparation n'est due que si l'atteinte n'est pas justifiée par l'exercice de droits ou de libertés

concurrents⁽⁵³⁾. De la sorte, le juge est contraint de se livrer à une pesée des droits et libertés en présence pour accorder ou non réparation, rendant celle-ci aléatoire⁽⁵⁴⁾. Enfin, en opportunité, peut-on raisonnablement assimiler le médecin qui omet d'informer son patient sur les risques d'une intervention nécessaire aux revues à sensation qui portent atteinte à la vie privée ? Le besoin de sanctionner les comportements fautifs n'est certainement pas le même dans les deux cas.

23 - Plutôt que d'encourager cette tendance à accorder une réparation du seul fait de l'atteinte à un droit subjectif, mieux vaut respecter les principes de la responsabilité civile et raisonner en termes d'indemnisation de nouveaux chefs de préjudices moraux.

Mais la Cour de cassation n'est pour l'instant pas prête à franchir ce pas.

Mots clés :

MEDECINE * Responsabilité * Obligation d'information * Intervention médicale * Risque * Défaut d'information

(1) Dans son numéro 28 du 17 juillet 2008, le *Recueil Dalloz* a consacré un dossier sur le **Droit de la santé. Regards croisés** (colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008). Outre la présente contribution, ont été publiés les articles suivants :

Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices, par Anne-Elisabeth Crédeville, p. 1914⁽¹⁾

La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ?, par Claudine Bergoignan Esper, p. 1918⁽²⁾

La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, par Jean-Dominique Sarcelet, p. 1921⁽³⁾

La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire, par Luc Grynbaum, p. 1928⁽⁴⁾







La certitude du lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine ? La causalité en matière de responsabilité ou le « droit Schtroumpf », par Pierre Sargos, p. 1935⁽⁵⁾





La santé devant la Cour de cassation : regards croisés. Conclusion, par Frédérique Dreifuss-Netter, p. 1942⁽⁶⁾


(2) V. not. C. Rougé-Maillart, N. Sousset et M. Penneau, Influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient, *Méd. et droit* 2006. 64.




(3) Il n'en va autrement que lorsque l'acte ne répond pas à une nécessité thérapeutique stricte comme en matière de chirurgie esthétique (Civ. 1re, 17 févr. 1998⁽¹⁾, Bull. civ. I, n° 67 ; JCP G 1998. I. 144, n° 20, obs. Viney ; RTD civ. 1998. 681⁽²⁾, obs. P. Jourdain ; RCA 1998. Comm. n° 166 : selon la Cour, 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 » ; *adde*, H. Fabre, Chirurgie esthétique: le patient devient un consommateur averti et responsable, *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 1997. Doctr. 33.

(4) Civ. 1re, 7 oct. 1998, JCP G 1998. II. 10179, concl. J. Sainte-Rose, note P. Sargos ; D. 1999. Jur. 145⁽¹⁾, note S. Porchy, et *Somm.* 259, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 83⁽²⁾, obs.

J. Mestre, et 111 , obs. P. Jourdain ; RCA 1998. comm. n° 393 ; RDSS 1999. 506 , obs. L. Dubouis. La solution était déjà appliquée en matière de chirurgie esthétique : Civ 1re, 17 nov. 1969, Bull. civ. I, n° 347. Le même élargissement du contenu de l'obligation d'information aux risques exceptionnels a été adopté par le Conseil d'Etat dans des termes similaires : CE 5 janv. 2000, *Telle* , Lebon p. 5 ; RFDA 2000. 641 , concl. D. Chauvaux, et 654, note P. Bon ; JCP G 2000. II. 10271, note J. Moreau ; RCA 2002. Chron. 4 ; AJDA 2000. 180 , et 137, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RDSS 2000. 357 , obs. L. Dubouis.


(5) En ce sens : S. Porchy-Simon, J.-Cl. Civil, Fasc. 440-30, n° 12 ; *contra* A. Laude, B. Mathieu et D. Tabuteau, *Droit de la santé*, 2007, n° 321 ; *adde*, J. Saison, *Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale*, AJDA 2003. 72 . Le Conseil d'Etat a d'ailleurs réaffirmé le principe selon lequel l'information s'étend aux risques exceptionnels : CE 19 mai 2004, n° 216039 , D. 2005. Pan. 33 , obs. P.-L. Frier ; AJDA 2004. 1361 , chron. C. Landais et F. Lenica.


(6) Un arrêt de la première chambre civile du 18 déc. 2002 semble corroborer cette interprétation, la Cour de cassation approuvant 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 destinées à l'extraction d'un calcul de l'uretère pelvien) étaient « totalement imprévisibles » (RCA 2003. Comm. n° 76 ; D. 2003. IR. 253 ).




(7) Civ. 1re, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1997. Somm. 319 , obs. J. Penneau ; JCP G 1997. I. 4025, obs. G. Viney ; RTD civ. 1997. 434 , obs. P. Jourdain ; Gaz. Pal. 1997. 1. 274, rapp. P. Sargos, note Guigue ; RDSS 1997. 288 , obs. L. Dubouis ; Rapport annuel de la Cour de cassation 1997, p. 271.




(8) Art. L. 1111-2 CSP.

(9) Un décret du 4 avr. 2003 fixe le taux de gravité à 24 % d'IPP. L'al. 2 de l'art. 1er du décret assimile à ce taux de 24 % une durée d'ITT au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une durée de douze mois. Le caractère de gravité peut être également reconnu à titre exceptionnel selon le texte lorsque la victime est déclarée inapte définitivement à exercer son activité professionnelle antérieure ou en cas de troubles particulièrement graves dans ses conditions d'existence.



(10) V. not. G. Mémeteau, *Perte de chance et responsabilité médicale*, Gaz. Pal. 24-25 oct. 1997 ; F. Descorps Declère, *La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin*, D. 2005. Chron. 742 .



(11) J. Penneau, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 1992, p. 34 ; même sens : F. Alt-Maes, *L'information médicale du patient, au coeur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RDSS 1994. 381  ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1992, p. 120.

(12) Civ. 1re, 9 mai 2001, Bull. civ. I, n° 130 ; D. 2001. Jur. 2149 , rapport P. Sargos ; RTD civ. 2001. 889 , obs. P. Jourdain ; 17 juill. 2001, 2 arrêts, JCP G 2002. I. 124, obs. G. Viney ; RTD civ. 2001. 889 , obs. P. Jourdain.

(13) Civ. 1re, 27 mars 2001 , RTD civ. 2001. 596 , obs. P. Jourdain ; RDSS 2001. 704 , obs. L. Dubouis.

(14) Non sans avoir hésité : Civ.1re, 11 févr. 1986, JCP G 1987. II. 20775, note A. Dorsner-Dolivet ; Gaz. Pal. 1986. 1. 297, note F. Chabas : réparation intégrale du dommage corporel.

(15) Civ. 1re, 7 févr. 1990, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991. Somm. 183 , obs. J. Penneau ; RTD civ. 1992. 109 , obs. P. Jourdain ; déjà en ce sens : Civ. 1re, 17 nov. 1969, Bull. civ. I, n° 347 ; RTD civ. 1970. 580, obs. G. Durry ; JCP G 1970. II. 16507, note R. Savatier.



(16) Le Conseil d'Etat s'est sur ce point aligné sur la jurisprudence judiciaire : CE 21 déc. 2007, AJDA 2008. 135 , chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau ; RDSS 2008. 567 , obs. D. Cristol : cassation de l'arrêt ayant réparé l'entier dommage corporel, l'erreur de diagnostic et le retard de traitement qui en est résulté ayant seulement fait perdre au patient une chance d'éviter la cécité.



(17) Civ. 1re, 8 juill. 1997, Bull. civ. I, n° 238 et 239 ; JCP G 1997. II. 22921, rapport Sargos ; dans le même sens : Civ. 1re, 27 févr. 2002, JCP G 2002. IV. 3050 ; RCA 2002. Comm. n° 223.

(18) CE 5 janv. 2000, préc.


(19) Com. 13 févr. 2007, n° 05-20717 : cassation de l'arrêt ayant réparé la perte de chance alors qu'était seule demandée la réparation intégrale du préjudice.

(20) Civ. 1re, 29 nov. 2005, RCA 2006. Comm. n° 59, note S. Hocquet-Berg.

(21) Civ. 1re, 20 juin 2000, Bull. civ. I, n° 193 ; D. 2000. Somm. 471 , obs. P. Jourdain ; Defrénois 2000. 1121, obs. D. Mazeaud ; RDSS 2000. 729 , obs. L. Dubouis.


(22) Civ. 1re, 13 nov. 2002, Bull. civ. I, n° 265 et 266 ; RTD civ. 2003. 98 , obs. P. Jourdain ; RCA 2003. Comm. 77 ; D. 2002. IR. 3188  : dans la 1re espèce, les juges relèvent que, même informé du risque exceptionnel de la lésion d'un nerf récurrent, le patient aurait probablement accepté l'opération consistant dans l'ablation d'un nodule situé dans la glande thyroïde compte tenu du danger inhérent à sa présence ; Civ. 1re, 4 févr. 2003, D. 2004. Somm. 600, obs. J. Penneau ; RCA 2003. Comm. n° 143 : 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 ».

(23) Civ. 1re, 6 déc. 2007, inédit n° 06-13572.

(24) M. Penneau, note sous Angers 11 sept. 1998, D. 1999. Jur. 50  : ce préjudice peut être patrimonial, notamment lorsque le patient n'a pu prendre les précautions professionnelles. Mais il est surtout moral, puisqu'« on supporte moralement mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer que celui qui est totalement imprévu ».

(25) J. Penneau, La responsabilité du médecin, Dalloz. 2004, p. 35 ; R. Lafargue, rapport sous Civ. 1re, 6 déc. 2007, n° 06-19301.

(26) Civ. 1re, 13 nov. 2002, préc. : « la violation de l'obligation d'information incombant au praticien ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte pour le patient un préjudice dont l'existence est souverainement constatée par les juges du fond ».

(27) Civ. 1re, 6 déc. 2007, n° 06-19301, D. 2008. Jur. 192 , note P. Sargos ; JCP G 2008. I. 125, obs. P. Stoffel-Munck ; *adde*, par L. Neyret, La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels, D. 2008. Chron. 804.

(28) L'arrêt rendu par la première chambre civile le 7 févr. 1990, préc., ne s'est pas clairement prononcé sur la question. En effet, en l'espèce, la cour d'appel avait écarté la réparation du dommage corporel faute de lien causal avec la faute et alloué une indemnité réparant le préjudice moral. Mais seul le patient forma un pourvoi pour obtenir réparation intégrale de son dommage, le médecin ne contestant pas sa responsabilité devant la Cour de cassation.

(29) V. not. les développements de P. le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 6e éd., 2006, n° 1308.

(30) On peut également faire observer que la formulation exclusive de l'attendu de l'arrêt n'est pas tout à fait exacte, dans la mesure où le patient pourrait obtenir la réparation de l'entier dommage corporel s'il établissait avec certitude qu'il aurait refusé l'opération, s'il avait été correctement informé de risques. Il est vrai que l'hypothèse est relativement exceptionnelle.

(31) J. Limpens, La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé, Mélanges R. Savatier p. 539 ; D. Philippe, La théorie de la relativité aquilienne, Mélanges Dalcq, p. 467 ; M. Puech, L'illicite dans la responsabilité extracontractuelle, LGDJ, 1973, n° 335 s.

(32) Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, D. 2006. Jur. 2825 [📄](#), note G. Viney ; JCP G 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau ; JCP G 2007. I. 115, obs. P. Stoffel-Munck ; RCA 2006. Etude 17, par L. Bloch ; RTD civ. 2007. 61 [📄](#), obs. P. Deumier, 115, obs. J. Mestre et B. Fages, et 123 [📄](#), obs. P. Jourdain ; RDC 2007. 375, chron. par J.-B. Seube ; RDI 2006. 504 [📄](#), obs. P. Malinvaud, et 2007. 295 [📄](#), obs. N. Damas.

(33) Civ. 13 févr. 1923, DP 1923. 1. 52, note H. Lalou ; S. 1926. 1. 325 ; GAJC, 11e éd., 2000, n° 179GACIV1120000142, obs. F. Terré et Y. Lequette : « l'article 1382... s'applique par la généralité de ses termes aussi bien au dommage matériel qu'au dommage moral ».

(34) Civ. 1re, 14 févr. 1973, Bull. civ. I, n° 55 : en l'espèce, le médecin n'avait pas informé sa patiente de l'oubli d'une aiguille dans son corps lors d'une opération, la laissant souffrir pendant six mois de douleurs qu'elle ne s'expliquait pas. Seule l'inquiétude ressentie par la patiente est réparée, la cour d'appel ayant relevé que la victime n'aurait pas agi autrement (n'aurait pas enlever l'aiguille) si elle avait été informée plus tôt, de sorte que les préjudices résultant des douleurs et de l'incapacité de travail n'étaient pas unis par un lien de causalité au défaut d'information.

(35) Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 05-19020, Bull. civ. I, n° 118 ; RCA 2007. Comm. n° 207 ; RTD civ. 2007. 785 [📄](#), obs. P. Jourdain ; D. 2007. AJ. 1015 [📄](#).

(36) Civ. 1re, 19 déc. 2006, RCA 2007. Comm. n° 64, note C. Radé ; JCP G 2007. II. 10052, note S. Hocquet-Berg ; D. 2007. Pan. 2897 [📄](#), obs. P. Brun ; RTD civ. 2007. 352 [📄](#), obs. P. Jourdain.


(37) On éviterait de la sorte que « la construction juridique ayant débouché sur le droit du patient à l'information n'accouche d'une souris » en attribuant au patient un « lot de consolation » : P. Stoffel-Munck, JCP G 2008. I. 125.

(38) S. Hocquet-Berg, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal. 10 sept. 1998. 1121 ; M. Penneau, note préc., D. 1999. Jur. 50 ; S. Porchy, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998. Chron. 379 [📄](#) ; F. Alt-Maes, Gaz. Pal. 14 déc. 2003. 3639 ; Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel, Dalloz, 2004, n° 591-2.

(39) S. Hocquet-Berg, préc. : « afin de mieux sanctionner les atteintes à ce devoir d'humanisme, mais aussi pour ériger celui-ci au rang de droit à la dignité du patient, il est sans doute possible et souhaitable d'y voir là un véritable droit subjectif » ; M. Penneau, note préc. ; Y. Lambert-Faivre, préc., n° 591-2 : « le défaut d'information qui infantilise le patient est souvent ressenti comme une atteinte à la dignité de la personne, constitutive d'un préjudice moral spécifique, dont l'indemnisation demeurerait en tout état de cause à la victime ».

(40) Cons. const. 27 juill. 1994, n° 94-343, D. 1995. Jur. 237 [📄](#), et RFDA 1994. 1019 [📄](#), note B. Mathieu.




(41) Civ. 1re, 9 oct. 2001, GAJC, 2007, n° 11GACIV1220070008, obs. F. Terré et Y. Lequette ; D. 2001. Jur. 3470 [📄](#), rapport P. Sargos, note D. Thouvenin ; JCP G 2002. II. 10045, note O. Cachard ; RTD civ. 2002. 176, obs. R. Libchaber [📄](#), et 507 [📄](#), obs. J. Mestre et B. Fages.

(42) En consacrant un nouveau droit subjectif, « le législateur marque ainsi sa sollicitude pour certaines personnes qu'il entend défendre de manière particulièrement solennelle » : T. Azzi, Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs, RTD civ. 2007. 227 .

(43) Sur les rapports de la responsabilité civile avec les droits subjectifs : V. not. T. Azzi, article préc. ; E. Savaux et R.-N. Schutz, Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2004, p. 271.

(44) G. Goubeaux, Les personnes, n° 275 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, Introduction, n° 189.

(45) G. Viney et P. Jourdain, Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 2006, n° 257.

(46) Civ. 1re, 5 nov. 1996, D. 1997. Jur. 403 , note S. Laulom ; RTD. civ. 1997. 632 , obs. J. Hauser ; GAJC, 2007, n° 20GACIV1220070015, obs. Préc. ; même sens : Civ. 1re, 25 févr. 1997, JCP G 1997. II. 22873, note J. Ravanas ; D. 1997. IR. 93 .


(47) En ce sens : S. Hocquet-Berg, art. préc.






(48) R. Lafargue, rapport préc ; P. Jourdain, obs. préc., D. 2000. Somm. 471 : « n'y aurait-il pas un préjudice moral inhérent à la violation de ce droit du patient à l'information... la privation d'information sur les risques d'un acte médical pourrait donc bien représenter en toute hypothèse un préjudice réparable ».

(49) S. Porchy, art. préc.

(50) S. Hocquet-Berg, art. préc.

(51) S. Porchy, art. préc. ; S. Hocquet-Berg, art. préc.

(52) Inversement, on peut présumer le dommage sans reconnaître en amont un droit subjectif à la victime : il en est ainsi en matière de concurrence déloyale : Com. 9 oct. 2001, RTD civ. 2002. 304 , obs. P. Jourdain : « un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale » ; Com. 1er juill. 2003, JCP E 2003. 1627. Le lien entre la présomption de dommage et la reconnaissance d'un droit subjectif n'est donc pas toujours vérifié.

(53) Civ. 1re, 23 avril 2003, D. 2003. Jur. 1854 , note C. Bigot, et 1539, obs. A. Lepage ; JCP G 2003. II. 10085, note J. Ravanas ; Civ. 2e, 24 avr. 2003, Bull. civ. II, n° 114 ; D. 2003. IR. 1411  ; Civ. 1re, 9 juill. 2003, JCP G 2003. II. 10139, note J. Ravanas ; D. 2004. Somm. 1633 , obs. C. Caron ; RTD civ. 2003. 680 , obs. J. Hauser ; *adde*, J.-P. Gridel, Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif français, D. 2005. Chron. 393 .

(54) En ce sens : F. Terré et Y. Lequette, GAJC, obs. préc., n° 20 : le recours au droit subjectif « n'est pas nécessairement plus protecteur pour la victime de l'atteinte que celui fondé sur la responsabilité civile » et « offre certainement une moindre sécurité juridique ».