

Obligation d'information médicale et responsabilité (1)

Nathalie Albert, Professeur de droit public à l'Université du Maine

L'essentiel

Imposée par le code de déontologie médicale, accentuée par les juges administratif et judiciaire, et réaffirmée par la loi du 4 mars 2002, l'obligation d'information du patient est devenue particulièrement exigeante pour le médecin. Se féliciter de la plus grande considération accordée aux patients ne doit donc pas conduire à méconnaître les inconvénients, sinon les dangers, de cette évolution. Le caractère très subjectif des principes qui délimitent cette obligation la rendent en effet difficile à apprécier pour le juge comme pour le médecin, et délicate à appréhender pour le malade. Trop informer peut fragiliser, trop « judiciariser » peut ternir la relation médicale.

Le mieux est parfois l'ennemi du bien. Telle est parfois la sourde impression laissée par l'évolution jurisprudentielle qui a marqué le domaine de l'obligation d'information médicale, au risque d'accroître, au-delà du raisonnable, les responsabilités déjà lourdes pesant sur le corps médical (2). La progression de l'obligation d'information médicale est le reflet des transformations qui ont marqué la relation entre le patient et le médecin. Celui-ci « a cessé d'être un devin pour devenir un ingénieur. Et tout naturellement (...), les hommes ont rapidement cessé de s'étonner de ses pouvoirs pour seulement se plaindre qu'ils soient encore trop peu étendus, trop imparfaits » (3). Cette quête d'une médecine irréprochable, et la tendance à judiciariser le débat lorsqu'elle révèle des défaillances pourtant impondérables, se sont logiquement prolongées sur le terrain de l'information due à ceux qui placent leur santé, et parfois leur vie, entre les mains des praticiens. Le médecin dont le pouvoir se trouve *mutatis mutandis* désacralisé ne peut plus décider seul : à lui d'*expliquer* les tenants et aboutissants des traitements préconisés, voire de *s'expliquer* quand les choix thérapeutiques ne seront pas couronnés de succès.

Ce devoir d'information du médecin ne peut, bien évidemment, pas être contesté dans son principe. Il faut en effet se féliciter que l'heure soit désormais au dialogue et non plus à l'intolérable « impérialisme médical », hier encore trop prompt à reléguer le patient au rang de profane avec lequel tout dialogue serait, sinon vain, du moins de peu d'utilité. Il n'est pas davantage chose nouvelle, tant il est « au coeur du contrat médical en droit privé, au coeur des devoirs du service public hospitalier en droit administratif » (4). Mais les mutations qui ont affecté la conception même de cette obligation sont réelles et n'ont de cesse d'inquiéter un corps médical conscient de ce que l'on attend toujours plus de lui, quitte à parfois en exiger trop...

L'obligation d'information médicale est en effet omniprésente, tant dans la littérature médicale que dans les textes. Ici, le code de déontologie impose au médecin de délivrer à ses patients une information « loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il propose » (art. 35) (5). Là, le code de la santé publique prescrit non seulement aux établissements de santé, publics ou privés, de communiquer, sur leur demande, les informations contenues dans leur dossier médical aux malades, mais leur impose au surplus de fournir à ceux-ci un livret d'accueil dans lequel le devoir d'information se trouve réaffirmé au travers de la charte du patient hospitalisé (6). Là encore, la portée d'une telle obligation est renforcée, à l'instar de la législation sur le prélèvement d'organes qui impose que le donneur vivant exprime son consentement devant le président du tribunal de grande instance

après avoir été informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, ou de celle sur la recherche biomédicale qui exige que le consentement d'une personne s'y prêtant soit précédé d'une information écrite et orale très détaillée (7).

De tels principes resteraient néanmoins lettre morte s'il n'étaient sanctionnés par le juge. Même raisonnant dans un cadre différent - les relations contractuelles de droit privé en médecine libérale cédant la place à des relations statutaires de droit public à l'hôpital - il faut de nouveau concéder que l'intérêt des juges judiciaire et administratif pour l'obligation d'information médicale n'est pas en soi une totale nouveauté. Dans son arrêt *Teyssier* rendu le 28 janvier 1942, la Cour de cassation considérait déjà que l'obligation de recueillir le consentement du patient, « imposée par le respect de la personne humaine », permettait de retenir la responsabilité d'un médecin qui n'avait averti le patient ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir ni *a fortiori* de l'existence d'une alternative entre deux méthodes curatives possibles. Cette faute de « conscience médicale » n'était pas davantage inconnue du Conseil d'Etat qui voyait dans le défaut d'information du patient matière à engager la responsabilité de l'hôpital, hormis les cas d'urgence (8).

Mais si le principe était acquis, les modalités de sa concrétisation l'étaient moins. Les évolutions jurisprudentielles de ces dernières années ont précisément consisté à faire peser sur le corps médical une obligation d'information non seulement plus pressante dans son contenu, mais aussi plus générale dans son champ d'application. Tout, ou presque, doit être dit au patient au risque que la sentence prenne les allures d'une funeste prédiction, finalement moins éclairante pour lui qu'inhibante quant au choix que l'on voudrait désormais le mettre en mesure de formuler. Ce sont les bienfaits attendus de cette évolution jurisprudentielle qu'il faut ici soumettre à examen. Car la progression incontrôlée de l'obligation d'information médicale n'est pas sans danger, et les contours encore imparfaitement dessinés du droit à réparation afférent à sa violation ne doivent pas dissimuler sa nécessaire limitation.

La périlleuse extension de l'obligation d'information comme facteur de responsabilité
L'obligation d'information est avant tout conçue comme le moyen d'éviter que le corps médical ne puisse désormais imposer des options thérapeutiques envers et contre la volonté d'un patient qui n'aurait pas été éclairé sur leurs significations et implications. Si le champ d'application de ce devoir imposé au médecin va croissant et se rapproche de l'« obligation de résultat » (9), on comprend qu'il conserve - dans l'intérêt même du patient - quelques atténuations. Leur appréhension apparaît néanmoins de plus en plus restrictive.

La progression significative de l'obligation d'information ou le spectre de l'obligation de résultat

Il faut encore une fois saluer comme un indéniable progrès le fait que les instances médicales comme le juge aient oeuvré dans le sens de l'effectivité du devoir d'information médicale que la Cour de cassation fonde sur le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (10). Mais son extension mérite davantage de réserves.

L'information légitimement exigée

Le devoir d'information du médecin est aujourd'hui conçu de manière large, tant *rationae personae* que *rationae materiae*. Il faut en premier lieu relever qu'il fait *mutatis mutandis* figure d'« obligation partagée » en ce qu'il ne repose pas sur le seul médecin prescripteur mais aussi sur celui qui réalise la prescription (11), et incombe au-delà, sous leur responsabilité, à l'ensemble du personnel soignant. La complexité de certains soins peut, en effet, nécessiter l'intervention de plusieurs médecins et impliquer un échange d'informations qui, s'il faisait défaut, serait susceptible d'engager la responsabilité du praticien défaillant. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 28 octobre 1997 aux termes duquel un médecin, qui devait réaliser une opération de la cataracte, a vu sa responsabilité engagée pour n'avoir pas averti l'anesthésiste de ce que le globe oculaire du patient était allongé du fait d'une grande myopie ce qui l'a conduit à utiliser un procédé anesthésique contre-indiqué (12).

En second lieu, et s'agissant cette fois des caractères et du contenu de l'information elle-même, le code de déontologie a transposé pour l'essentiel les principes qui avaient antérieurement été dégagés par la jurisprudence pour les résumer en une formule synthétique : elle doit être « loyale, claire et appropriée », et porter tant sur son état que sur les investigations et soins qu'il lui propose (art. 35 c. déont. méd.).

Les exigences de clarté et de loyauté se prêtent *a priori* facilement à l'exégèse. Il s'agit pour le médecin de s'exprimer en des termes accessibles à un patient généralement profane, tout en étant suffisamment précis pour permettre à l'intéressé de donner son consentement (13). Mais, le passage de la théorie à la pratique est ici délicat. Qu'est ce qu'une information claire pour le patient ? Comment s'assurer qu'elle a non seulement été entendue mais encore comprise ? Comment ne pas craindre qu'une vulgarisation excessive n'aboutisse *in fine* à livrer des données erronées donc de peu d'utilité ? En bref, comment vaincre le sentiment d'« incommunicabilité » (14) qui entoure la relation entre le soignant et le soigné ?

Par ailleurs, l'obligation d'information est duale. Elle doit d'abord porter sur l'affection dont souffre l'intéressé et sur son évolution prévisible. Elle doit ensuite concerner la nature des soins proposés, leurs suites normales (en termes de durée d'hospitalisation, de précautions à prendre, de temps de convalescence...), les risques inhérents aux thérapeutiques préconisées et l'existence ou pas d'une alternative thérapeutique. Comme l'explique Pierre Sargos, c'est donc à un véritable « bilan thérapeutique » que doit se livrer le médecin dans le but d'éclairer celui dont la santé est en jeu (15). Il sera notamment pris en défaut lorsqu'une patiente n'aura pas été suffisamment informée de la marge d'erreur afférente à un type d'examen, telle une amniocentèse, à raison « des conditions dans lesquelles il avait été conduit » (16). Il en ira de même lorsqu'une information insuffisante aura été délivrée quant aux précautions à prendre dans l'hypothèse où surviendraient des troubles anormaux à la suite d'une intervention (17).

Cette obligation d'information du praticien ne va cependant pas jusqu'à pouvoir lui reprocher « de n'avoir pas été en mesure de convaincre sa patiente des dangers présentés par l'acte » (18). La précision apportée par la Cour de cassation est heureuse, et logique, si l'on admet que l'obligation d'information a pour raison d'être de permettre au malade de choisir de subir une intervention, ou de la refuser si les avantages annoncés lui paraissent moindres que les risques avancés. C'est donc bien un devoir d'alerte qui pèse sur le médecin et non un devoir de conviction !

Reste une dernière charge grevant la tâche du médecin: celle de la preuve de l'information dispensée. Par un revirement plus notable pour le juge judiciaire que pour le juge administratif (19), il est désormais admis qu'il revient au médecin de prouver qu'il s'est bien acquitté du devoir d'information qui est sien. Dans un louable souci d'alignement des solutions jurisprudentielles (20), le Conseil d'Etat a en cela souhaité suivre, dans ses déjà célèbres arrêts *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot et Epoux Telle*, la ligne tracée par le non moins fameux arrêt *Hédreul* de la Cour de cassation (21). Il ne restait donc plus à la loi du 4 mars 2002 qu'à entériner cette évolution (22). Sans s'appesantir sur les fondements déjà fort commentés de celle-ci (23), il faut convenir que l'intérêt qu'y trouvent les malades - lesquels étaient il est vrai assez dépourvus face à la preuve d'un fait négatif constitué par l'absence d'information - n'a d'égal que les difficultés auxquelles peuvent se heurter les médecins dans l'administration d'une telle preuve. Avoir recours à un formulaire est évidemment tentant, mais il peut dans son principe même avoir des effets dévastateurs car « si la notice n'est pas complète [...] elle accablera le médecin. Si elle est trop alarmiste, elle dissuadera le malade de se faire soigner » (24). D'un autre côté, s'il est acquis que l'écrit n'est pas obligatoire, ce qui doit permettre aux médecins d'établir par tous moyens la réalité de l'information, on doit ajouter qu'il n'est plus suffisant dès lors que textes et jurisprudence exigent une information « appropriée ». Le formulaire, forcément stéréotypé, et faisant le rappel des risques sérieux pour chaque intervention, devra donc s'accompagner d'une entrevue avec le malade pour adapter l'information à son cas personnel, répondre aux questions et sans doute calmer les angoisses (25). Mais comment prouver que cette information personnalisée a bien été délivrée sauf à ne plus consulter qu'en présence d'un tiers, certes

impérativement membre du personnel médical pour cause de secret, mais que le patient n'aura, pour le coup, pas forcément envie d'associer à un entretien qu'il peut souhaiter plus confidentiel ? Il faut espérer que pour couper court à l'impossibilité d'établir le caractère irréprochable de l'information le juge fera ici preuve d'une certaine souplesse. Les premiers arrêts semblent, cela étant, se positionner en ce sens. Le juge s'attarde moins sur la qualité de l'information que sur son existence, tout en permettant au praticien de faire appel à un faisceau d'indices, ou de présomptions, afin de l'établir. Ainsi le fait d'avoir eu plusieurs entretiens avec son médecin, d'avoir pris une décision après un temps assez long tout en ayant montré des hésitations à la veille d'une intervention, voire la circonstance que la personne soit - eu égard à sa profession - en prise avec le secteur médical, seront autant d'éléments qui pourront *nolens volens* amener le juge à reconnaître l'attitude déontologique du médecin (26).

Il reste que l'obligation d'information médicale déjà exigeante pour le corps médical risque de devenir oppressante, tant pour celui-ci, que pour les patients qui pourraient finalement pâtir d'être trop bien informés.

Le contenu de l'information dangereusement renforcé

Que ce soit devant le juge civil ou devant le juge administratif, le médecin était traditionnellement dispensé de son obligation d'information s'agissant des risques présentant un caractère exceptionnel (27). Cette jurisprudence concordante se fondait avant tout sur l'idée qu'un risque dont la réalisation serait rarissime pourrait être tu, dès lors que, comme l'a souligné le professeur Pierre Bon, son signalement pourrait « avoir sur certains patients des effets anxyogènes les dissuadant de donner leur consentement à des actes médicaux dont l'utilité n'est pourtant pas discutable » (28).

Mais cette limitation du champ de l'obligation d'information suscitait aussi force critiques du fait des difficultés d'application de la notion de « risques exceptionnels ». Le conseiller Sargos et le commissaire du gouvernement Chauvaux ont ainsi montré combien cette dernière était difficile à manier du fait même de son caractère « énigmatique » ; la quantification du risque reposait sur le chiffre donné par l'expert et il appartenait ensuite au juge « de dire si le seuil de l'exceptionnel [était] ou non dépassé » (29). Elle comportait, d'autre part, un « effet-couperet » puisqu'elle supprimait l'obligation d'information alors que l'appréhension d'un risque, même exceptionnel, pourrait être différente d'un patient à l'autre, voire d'une juridiction à l'autre (30).

Le Rubicon avait donc fini par être franchi par le juge judiciaire dans son arrêt *Castagnet c/ Clinique du Parc* du 7 octobre 1998 (31), bientôt suivi par le Conseil d'Etat dans ses arrêts du 5 janvier 2000 (32). La Cour de cassation avait ainsi retenu le principe selon lequel le médecin n'est pas dispensé de son obligation d'information sur les « risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] par le seul fait qu'[ils] ne se réalisent qu'exceptionnellement ». Soucieux d'éclairer la notion de « risques graves », le Conseil d'Etat avait quant à lui précisé qu'ils s'entendaient des « risques connus de décès ou d'invalidité » (33). Déjà abondamment sollicitée par les requérants (34), cette nouvelle donne des jurisprudences administrative et civile en arrivait ainsi à démultiplier l'information médicale. Elle était subséquentement porteuse d'effets pervers sur lesquels l'on voudrait ici s'arrêter.

On souscrira volontiers à l'intention de départ qui était on ne peut plus louable: mettre fin à l'infantilisation du malade trop longtemps tenu à l'écart des enjeux qui concernaient sa propre santé ; lui donner tous les éléments propres à lui permettre d'acquiescer ou de s'opposer à une intervention chirurgicale ; en un mot : le responsabiliser. Mais à vouloir trop bien faire, le remède pouvait bien s'avérer pire que le mal. Il faut d'abord convenir qu'une information trop complète, incluant des risques même infinitésimaux, peut rapidement s'assimiler à un sinistre échéancier (35). Or, les risques sont généralement d'autant plus graves que l'état du malade est sérieux. Ajouter à l'angoisse de ce dernier n'est sans doute pas toujours le meilleur service à lui rendre, d'autant que le patient, qui est déjà psychologiquement fragilisé par son affection, attend davantage des certitudes et du réconfort que des statistiques sur les risques qu'il encourt. Une fois informé, son réflexe sera d'ailleurs généralement d'interroger le

médecin afin qu'il lui conseille l'option la plus raisonnable. Autrement dit, et comme l'a justement relevé le professeur Jean Hamburger, « il n'y a pas d'échappatoire pour le médecin. Même quand il s'efforce de se décharger du choix sur le malade et sa famille en leur fournissant le plus grand nombre possible de données propres à les éclairer, c'est neuf fois sur dix au médecin que finira par revenir ce choix » (36). C'est par conséquent d'une information utile - celle qui lui permettra de comprendre et connaître l'essentiel sans être encombré du superflu - plus que d'une information complète dont le patient a besoin. Trop d'information peut tuer l'information !

Aussi pourra-t-on se féliciter de ce que la loi du 4 mars 2002 ait en quelque sorte « amendé » la jurisprudence. Le nouvel article L. 1111-2 du code de la santé publique limite en effet l'information aux « risques fréquents ou graves normalement prévisibles ». La solution législative est donc tout à la fois plus étroite et plus large qu'auparavant. Plus étroite, parce qu'elle écarte les « risques exceptionnels », et plus large, en ce qu'elle n'envisage plus seulement « les risques connus de décès ou d'invalidité » mais aussi tous ceux qui, sans emporter de telles conséquences, pourront néanmoins être considérés comme graves. On peut alors se demander quelles seront les conséquences de la loi du 4 mars 2002 sur certains aspects de la jurisprudence antérieure. Qu'en sera-t-il par exemple de celle relative au devoir d'information en matière de chirurgie esthétique, et plus généralement de chirurgie dite de confort ? La Cour de cassation considère en effet habituellement que l'obligation d'information doit en telle hypothèse « porter non seulement sur les risques graves mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter » (37), tandis que les juges du Palais-Royal évoquent une « obligation d'information particulièrement étendue » (38). On comprend que l'obligation d'information sur les risques encourus soit « d'autant plus impérieuse que l'intervention chirurgicale proposée n'a pour objet que de remédier à une légère imperfection physique » (39), mais le juge pourra-t-il encore aller jusqu'à condamner des praticiens qui n'ont pas dissuadé leur patiente de l'intervention qu'elle demandait alors que ses inconvénients risquaient de surpasser la disgrâce qu'elle était censée résorber (40) ?

Par ailleurs, même revue par la loi du 4 mars 2002, l'obligation d'information reste large. Aussi faudrait-il peut-être s'appesantir plus avant sur le problème de l'information médicale entourant les interventions dites « nécessaires ». Dans l'hypothèse où celles-ci comportent une alternative en termes de procédés thérapeutiques, on comprend l'importance d'une information scrupuleuse sur les avantages et inconvénients de chacun d'entre eux afin que le patient puisse opter pour l'un ou l'autre en toute connaissance de cause. A lui par exemple de faire son choix entre une technique chirurgicale ancienne, parfaitement maîtrisée, mais impliquant une plus grande durée de convalescence, et une technique novatrice, qui assurera un prompt rétablissement mais aura été moins souvent pratiquée. Le nouvel article L. 1111-2 du code de la santé publique prévoit donc opportunément une information sur les « autres solutions possibles ». En revanche, lorsque l'intervention est nécessaire, voire vitale, tout en ne comportant pas d'alternative thérapeutique, l'information sur tous les risques « fréquents ou graves » paraît moins nécessaire. Autant épargner aux patients la litanie des séquelles encourues, car le risque est grand que d'aucuns préfèrent renoncer à certaines interventions parce qu'effrayés par le tableau qu'on leur dresse, alors même que l'évolution fatale de leur pathologie rendra, demain, inévitable l'opération qu'ils avaient d'abord refusée, quitte à ce qu'elle se déroule cette fois dans des conditions d'urgence autrement plus risquées.

Même si elle a parfois été évoquée (41), la nécessité de l'intervention n'est pourtant pas considérée aujourd'hui par le juge comme un frein potentiel à l'obligation d'information, avec pour fondement probable la circonstance que le patient peut aussi vouloir refuser une intervention souhaitable. La Cour de cassation a ainsi expressément refusé l'« excuse » de la nécessité de l'intervention, laquelle ne peut « à elle seule » justifier une non-information (42). On peut considérer que le Conseil d'Etat est désormais à l'unisson, même si sa jurisprudence passée voyait quelquefois dans l'absence d'autre traitement envisageable par le médecin, et dans son caractère nécessaire, une limite à l'obligation d'information (43). Il précise ainsi dans son arrêt *Assistance publique-Hôpitaux de Paris* qu'« alors même que l'absence d'intervention aurait présenté des risques... » - donc qu'elle était *proprio motu* nécessaire - les praticiens n'étaient pas dispensés d'informer le patient des risques exceptionnels mais connus qui l'accompagnaient (44).

Soit ! Mais il est permis de s'interroger sur les conséquences pratiques de cette conception maximaliste de l'obligation d'information dont les atténuations, telles que prévues par les juges judiciaire et administratif sont, non seulement conçues de manière stricte mais encore porteuses de nouvelles difficultés d'appréciation...

L'appréhension restrictive des atténuations à l'obligation d'information

Certaines atténuations sont classiques et ne nous retiendrons pas davantage... Juge judiciaire et juge administratif s'accordent tous deux sur le fait que l'urgence, l'impossibilité, ou le refus du patient d'être informé, constituent autant de limites à l'obligation d'information. On peut penser que l'hypothèse du refus de se voir mentionner les risques encourus restera marginale mais elle ne renvoie pas moins à un problème de preuve pour le médecin, la prudence lui commandant de garder une trace écrite de cette volonté du patient sauf à pouvoir ensuite être mis en porte-à-faux. Au-delà, deux atténuations méritent plus ample réflexion. L'une est consentie en vue de la protection du malade lui-même et prévoit une dispense d'information quand celui-ci est par trop fragile. L'autre tend plutôt à protéger le praticien et limite son devoir d'information aux risques connus.

L'information retenue en cas d' « exception thérapeutique »

La nécessité d'une information proche d'un « droit à la vérité » (45) ne peut se concevoir sans envisager les conséquences de celle-ci sur l'état du patient. Dans cet ordre d'idées, l'article 35 du code de déontologie recommande au médecin de faire preuve de circonspection dans l'annonce d'un pronostic fatal, et l'autorise à dissimuler un pronostic grave quand l'intérêt du patient le justifie. Cette « exception thérapeutique » signifie en réalité que le médecin devra s'abstenir de donner une information, ou l'atténuer, lorsqu'il considérera que, du fait de l'état d'anxiété du patient, la révélation aurait une influence négative sur la réussite du traitement. L'information « appropriée » est aussi celle qui sait être mesurée. Mais la mise en pratique de cette faculté de se taire par le médecin peut être on ne peut plus délicate, et constituer la porte ouverte aux contestations des malades tenus dans l'ignorance. Aussi pouvait-on se demander si ces préceptes déontologiques allaient trouver place dans la jurisprudence.

C'est une réponse affirmative qui paraît s'imposer puisque la Cour de cassation a d'ores et déjà tenté de définir les éléments qui permettront au juge d'apprécier la légitimité du défaut d'information. De sa décision rendue le 23 mai 2000, il résulte en effet qu'il faut mettre en balance la nature de la pathologie, son évolution prévisible, ainsi que la personnalité du malade. En l'espèce, le patient se plaignait du fait que le silence gardé sur la psychose maniaco-dépressive décelée par le médecin l'avait empêché de faire valoir ses droits à une pension d'invalidité. La Cour a logiquement estimé que l'absence d'information sur une telle pathologie se justifiait ici pleinement dès lors que la révélation d'un diagnostic de psychose maniaco-dépressive doit être faite « avec prudence compte tenu de l'alternance de phases mélancoliques et d'excitation maniaque » (46). Si le bien-fondé de l'attitude du praticien apparaissait ici assez nettement, on imagine sans peine la difficulté qu'il y aura parfois pour le juge à mesurer le rapport défavorable entre risques et bénéfices liés à la divulgation d'une information. Apprécier le degré d'angoisse du patient, évaluer ce qu'il est ou non en mesure d'entendre, et retenir ce qui dépasserait le supportable n'est pas, loin s'en faut, chose aisée, et il faut craindre ici les querelles d'experts quant à l'état psychologique de l'intéressé (47).

On peut même se demander si les patients n'essaieront pas de retourner ce qui fait, en quelque sorte, figure de bilan coût-avantage. Pour l'instant les actions en justice portent surtout sur les informations qui ont été indûment retenues, mais viendra le temps des recours qui seront fondés sur une information donnée de manière trop brutale, donc inappropriée, tant et si bien que le patient se sera considéré comme traumatisé par son médecin alors même que le code de déontologie lui impose la « circonspection » dans l'annonce d'un diagnostic fatal. L'exception thérapeutique devrait ainsi être source de maintes difficultés d'appréciation, comme ce pourrait d'ailleurs être le cas quant à la notion de risque connu.

L'information circonscrite au cas de risque connu

L'obligation d'information pesant sur le médecin ne concerne que les risques « connus », c'est-à-dire ceux dont le médecin a connaissance. Cette précision paraît relever du truisme, mais elle méritait d'être clairement posée ainsi que l'a fait le Conseil d'Etat dans son arrêt du 5 janvier 2000, *Epoux Telle*. Certes, la loi du 4 mars 2002 a préféré la notion de risques « normalement prévisibles ». Mais rien ne change véritablement au fond : ce qui est prévisible doit être connu (48). Il ne s'agit alors pas de couvrir l'insuffisance de connaissances ou de précaution lors de l'établissement d'un diagnostic, mais plutôt les risques que ni l'état du malade ni les statistiques médicales ne laissent clairement apparaître. Cela étant, le juge devra de nouveau faire face à quelques difficultés d'appréciation... Quel devra être le degré de connaissance du risque encouru pour qu'il nécessite une information ? Faudra-t-il exiger qu'il soit connu, ou « normalement prévisible », du corps médical en son entier ? Ou bien des médecins ayant la même spécialité que le praticien mis en cause ? Il y a là matière à des hésitations cornéliennes.

Si l'on en croit les décisions rendues par la Cour administrative d'appel de Paris en matière de contamination post-transfusionnelle par le virus du SIDA, le juge administratif semble se montrer relativement exigeant dans son appréciation du « risque connu ». On sait que par un arrêt du 12 novembre 1999 (49), la cour a considéré comme une faute le fait, pour l'administration, d'avoir utilisé des produits non chauffés dans le cadre d'une transfusion réalisée en dehors de toute urgence en septembre 1984, donc antérieurement à la date du 22 novembre 1984 retenue par le Conseil d'Etat pour fixer la responsabilité de l'Etat dans l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine (50). L'argumentation de la cour est accablante. Elle estime en effet qu'à supposer même que l'information sur l'existence du risque afférent à ces produits, diffusée à partir du mois de janvier 1983 par les revues médicales spécialisées, ait pu ne pas parvenir à l'ensemble des médecins prescripteurs, les centres de traitement des hémophiles de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris connaissaient ce risque dès début 1983 parce qu'ils appartenaient à la communauté scientifique la plus au fait des évolutions de la recherche. Par suite, s'appliquait l'article 9 du code de déontologie aux termes duquel un médecin doit s'abstenir de faire courir un risque injustifié à ses malades. La sentence tombe alors comme un couperet : les suspicions se faisant de plus en plus précises sur le rôle de la transfusion dans la transmission du SIDA et sur le danger des produits non chauffés, elles auraient dû conduire les médecins prescripteurs à n'utiliser de tels produits que pour des interventions graves, urgentes, et sans alternative. L'attitude inverse était fautive.

Une telle position ne pouvait que trouver des prolongements quant à l'obligation d'information des transfusés sur de tels risques. C'est en ce sens que se positionne l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 22 février 2000, *Mme Lion* (51). Elle devait connaître du recours d'un patient contaminé par le virus du SIDA lors d'une transfusion pratiquée, en juin 1983, pour les besoins d'une opération. La cour considère que les centres de traitement des hémophiles de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris connaissaient, dès 1983, les risques de transmission du virus du SIDA par voie de transfusion ; les taire à ce patient était donc fautif et de nature à engager la responsabilité du service hospitalier. La solution est sévère pour le corps médical : dès lors que le risque est, sinon parfaitement connu, du moins suspecté comme en 1983, il faut signaler en quelque sorte les « risques de risques » ! Le danger n'est-il pas alors de se vouloir implacable plus de quinze ans après alors que l'afflux d'indications parfois contradictoires pouvait rendre la situation plus opaque au corps médical officiant en 1983 ? En revanche, il paraît normal que le défaut d'information sur les risques de contamination liés à des transfusions réalisées en novembre et décembre 1984 soit fautif, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat dans son arrêt *Assistance publique de Marseille* du 22 février 2002 (52).

Par ailleurs, l'affaire du sang contaminé a conduit le législateur à une précision : au cas d'identification de risques nouveaux postérieurement à l'intervention, « la personne concernée [devra] être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver » (art. L. 1111-2 c. santé publ.). Comme cela a été justement souligné (53), on reconnaît là l'hypothèse illustrée par les malades contaminés par le virus du SIDA et qui n'ont été recherchés, et retrouvés, que bien des années après leur intervention.

Le contenu même de l'obligation d'information, comme les limites de son champ d'application sont par conséquent porteurs d'interrogations tant éthiques que juridiques. Elles rebondissent sur le terrain de la réparation du - des ? - préjudice(s) afférent(s) à la faute qu'a pu constituer le silence...

L'impérieuse limitation du droit à réparation

Une fois admise la faute médicale liée au non-respect par le praticien de son obligation d'information, il reste à rechercher quels peuvent être les préjudices qui vont donner lieu à réparation. L'enjeu est d'importance car en dépendra non seulement la charge pesant sur le corps médical, mais encore l'intérêt des victimes à emprunter le chemin du défaut d'information pour espérer l'indemnisation d'un accident médical. Afin de limiter l'étendue du droit à réparation en pareille circonstance, les juges judiciaire et administratif s'appuient tous deux sur la perte d'une chance, non sans déboucher sur de nouvelles difficultés d'appréciation.

La mise en oeuvre unifiée de la perte de chance par les juges civil et administratif
Eu égard à la manière dont se présente le préjudice lié au défaut d'information médicale, le recours à la théorie de la perte de chance paraît *a priori* la solution la plus logique. Ce principe admis, c'est le droit à réparation qui se trouve ici limité dans son *quantum*.

L'application logique de la perte d'une chance

Au risque d'attenter à la rigueur du raisonnement juridique, c'est ici le problème cornélien du lien de causalité qui amène le juge à circonscrire le préjudice indemnisable. Lorsque le patient n'a pas été informé du risque d'invalidité ou de décès afférent aux soins ou à l'opération qu'il s'apprête à subir, il arrive malheureusement que celui-ci se produise. Mais il faut bien admettre qu'en telle occurrence le défaut d'information n'a pas de lien direct avec la production de ces préjudices. En d'autres termes, le silence gardé sur les risques encourus n'est pour rien dans leur réalisation, et il apparaît donc difficile de les indemniser, faute de pouvoir reconstituer une chaîne solide de causalité.

C'est par conséquent pour la théorie de la perte d'une chance que le juge judiciaire a clairement opté dans une décision du 7 février 1990, retenant que « le praticien 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 » (54). Il s'agit par conséquent de la perte d'une chance de s'opposer, parce qu'éclairé des risques qu'elle comportait, à l'intervention qui a généré des séquelles. La solution de la Cour de cassation semble au départ avoir été particulièrement envisagée à l'intention des hypothèses où l'intervention n'était pas inéluctable et/ou laissait, au malade, le choix entre plusieurs alternatives thérapeutiques (55). Mais la théorie de la perte de chance est désormais le procédé d'indemnisation clairement retenu chaque fois que le patient non informé des risques encourus a subi un dommage suite à leur production (56).

C'est aussi à la perte de chance que le Conseil d'Etat a recours pour circonscrire ici le droit à réparation des victimes d'accidents médicaux. Comme l'explique le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux : « le défaut d'information qui n'est pas la cause immédiate de l'accident, n'a pu que conduire le patient à s'y exposer ». Solennellement rappelée dans les arrêts *Consorts Telle* et *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, l'utilisation de cette théorie n'est certes pas nouvelle pour la Haute juridiction administrative qui est depuis longtemps coutumière de son application en matière médicale, et indemnise sur cette base le préjudice constitué par le malade par le fait d'avoir été privé de la possibilité raisonnable de guérir, de survivre, ou simplement de ne pas voir sa santé s'aggraver (57).

Mais le classicisme n'est ici qu'apparent, et il ne saurait dissimuler la spécificité de son utilisation dans le domaine particulier de l'obligation d'information. La perte d'une chance «

participe de l'éventuel par essence » (58). Le juge doit habituellement prendre en compte deux éléments pour accepter l'octroi d'une indemnisation : la disparition de la probabilité d'un événement favorable (par exemple la réussite à un concours, ou l'obtention d'un avancement pour un fonctionnaire) et le lien direct de cause à effet avec un événement imputable à l'administration. Or, en matière d'information médicale, l'évènement favorable se présente de manière négative : c'est la perte d'une chance - que le juge exigera « sérieuse » - d'éviter l'intervention médicale dommageable dès lors que l'information dispensée aurait dû, ou pu, permettre au patient d'y renoncer. Dans cet ordre d'idées, si le juge estime que compte tenu de la gravité de sa pathologie ou de sa subjectivité, le malade aurait en tout état de cause accepté l'acte médical qui lui a été proposé, aucune perte de chance ne sera à déplorer. Le recours à celle-ci est donc motivé par « l'ignorance du juge sur l'attitude qu'aurait adopté le demandeur s'il avait été correctement informé » (59), à ceci près que le juge essaie de réduire au maximum le degré d'incertitude en recherchant la « chance sérieuse ».

Une autre limite au droit à réparation semble cependant se faire jour, si l'on en juge par une décision rendue le 7 octobre 1998 par la Cour de cassation (60). Lorsque le risque présenté par une opération s'est réalisé sans information préalable du patient, mais que le bienfait apporté par l'intervention l'emporte sur les troubles qu'elle a pu générer, le patient ne peut prétendre à une indemnisation, faute de préjudice. Telle est clairement la position de la Cour lorsqu'elle constate l'absence de préjudice dès lors que le malade souffrait « de troubles sensitifs moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale » qui aurait pu procéder de l'information de l'intéressé. Voilà qui paraît propre à décourager les actions inutilement procédurières, et abusivement guidées par le seul souci d'obtenir des dommages et intérêts que le juge essaie précisément de limiter.

La limitation consécutive du droit à réparation

Indemniser les conséquences d'une rétention d'information en ayant recours à la théorie de la perte de chance conduit à n'octroyer au patient qu'une indemnité partielle quant au dommage résultant de l'opération. La Cour de cassation a en effet expliqué très expressément, dans sa décision du 29 juin 1999, que le dommage qui en résulte pour le patient « est fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant ». Il correspond subséquemment « à une fraction des différents chefs de préjudices qu'il a subis » (61).

Il restait à savoir si le juge administratif allait adopter la même approche... En effet, comme l'a rappelé le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux, la solution retenue par le juge judiciaire et consistant à accorder, au titre d'une perte de chance, une indemnité partielle était inconnue du contentieux administratif (62). Si les juges du Palais-Royal appliquaient déjà la perte de chance aux préjudices causés par des actes médicaux, ou par le défaut d'information précédant ces derniers, ils accordaient en pareil cas une indemnisation intégrale de tous les chefs de préjudice résultant de l'intervention (63). Les arrêts *Consorts Telle* et *Assistante publique-Hôpitaux de Paris* reviennent sur cette position en indiquant la manière dont l'on doit désormais calculer les indemnités dues à la victime : il faut d'abord évaluer le montant total des préjudices subis au titre de la réalisation des risques afférents à l'intervention médicale, pour ensuite déterminer la part correspondant à la perte d'une chance pour le malade d'avoir pu s'opposer à l'opération porteuse de ces risques.

Ce mode de calcul permet de minorer le montant de l'indemnisation et a, partant, l'intérêt d'éviter que les victimes ne voient dans l'obligation d'information une véritable panacée. Il ne faudrait pas en effet que ce devoir de dialogue du médecin avec son patient devienne, pour ce dernier, le moyen trop aisé de faire indemniser sur le fondement du défaut d'information ce qui n'aura pu l'être sur le fondement du risque ou de la faute dans la réalisation des soins. En limitant le montant de l'indemnisation à une fraction des préjudices subis, la perte de chance cantonne l'indemnisation à un niveau raisonnable, sans empêcher les malades de rechercher, sur un autre fondement juridique, la prise en compte de l'intégralité des préjudices (64). Mais cette application de la perte de chance n'en est pas moins génératrice d'effets pervers, tant son application est empreinte de subjectivité.

Des applications concrètes empreintes de subjectivité

Au moment de réparer les conséquences dommageables d'un défaut d'information, l'appréciation du juge est en quelque sorte condamnée à une importante marge de subjectivité. L'application de la perte d'une chance conduit en premier lieu le juge à devoir rechercher si le patient avait une probabilité de s'opposer à l'intervention dommageable. Elle le conduit en second lieu à fixer la part de l'ensemble des préjudices censée correspondre à la perte de chances de les éviter.

L'appréciation aléatoire de l'attitude du patient

L'utilisation de la perte de chance conduit, par essence, à présumer ce qui aurait pu se produire si la victime n'en avait pas été privée. Transposé à la matière qui nous intéresse, ce raisonnement conduit à un bien délicat calcul de probabilité. Il s'agit en effet de déterminer quelle aurait été l'attitude du patient s'il avait été informé des risques encourus au titre de l'intervention médicale pratiquée : aurait-il accepté cette dernière eu égard à son intérêt médical ou bien aurait-il préféré s'en abstenir du fait des dangers qu'elle pouvait recouvrir ? C'est seulement lorsque cette dernière hypothèse apparaîtra probable qu'il y aura matière à indemnisation.

L'affaire *Hédreul* a précisément contraint le juge judiciaire à se livrer à ce périlleux exercice divinatoire. La Cour d'appel d'Angers avait conclu au caractère illusoire de la perte de chance car, eu égard au risque important de cancérisation de la lésion du patient, il apparaissait clairement que celui-ci n'aurait pas renoncé à l'intervention en dépit même de ses risques (65). Dans sa décision du 20 juin 2000, la Cour de cassation conforte ce mode de raisonnement en rappelant qu'en matière de perte de chance, il est de « l'office du juge » de rechercher l'éventualité du refus du patient et de soupeser, à cette fin, la nature de la pathologie, son évolution prévisible, et la personnalité du malade (66).

Le juge administratif a dû procéder de même dans l'affaire *Consorts Telle* où le patient avait subi une intervention endovasculaire destinée à traiter une malformation artérioveineuse. Ainsi, le risque de décès immédiat suite à l'opération était évalué à 1 % et assorti de risques d'invalidité. En revanche, laisser subsister la malformation exposait le patient à des risques sérieux d'hémorragie cérébrale (3 à 4 % par an). La plupart des malades aurait sans doute opté pour l'opération, mais Didier Chauvaux soulignait, dans ses conclusions, qu'il existait un véritable choix et que M. Telle aurait pu préférer le risque d'une complication spontanée (67). D'où la perte de chance finalement retenue par le Conseil d'Etat.

En rapprochant ces deux affaires, on perçoit combien est grand l'aléa pesant sur l'office du juge, la Haute juridiction administrative semblant d'ailleurs manifester ici une plus grande souplesse que le juge judiciaire en accréditant l'idée que l'existence d'une alternative, fût-elle de faible importance, suffit à établir la perte de chance. C'est le caractère nécessaire, voire vital, de l'intervention qui retrouve ici une incidence. Face à une opération inéluctable à peine de décès ou d'invalidité à court terme, la perte de chance d'y renoncer pourra difficilement être reconnue (68). Elle sera plus envisageable si l'intervention est recommandée, sans être totalement incontournable, et ouvre ainsi une possibilité de choix entre le risque généré par l'intervention et le risque lié au développement naturel de la pathologie.

Mais il faut plus généralement avouer le caractère bien aventureux d'une telle appréciation. Au juge de saisir quelle aurait été l'attitude probable d'un patient face au risque annoncé en se référant *nolens volens* à un patient standard, lointain écho en ce domaine du *bonus paterfamilias*, pour établir la perte de chance. Or, de l'existence ou pas de cette chance sérieuse, souverainement reconnue ou rejetée par le juge, dépend l'existence même du droit à réparation. C'est faire peser sur l'aléa des conséquences bien radicales, d'autant que la perte de chance prolonge sur le terrain de l'évaluation du préjudice l'irréductible part de subjectivité que comporte ici l'appréciation du droit à réparation.

La fixation subjective de la part des préjudices à prendre en compte
Telle qu'envisagée par les juges judiciaire et administratif, la perte d'une chance conduit à totaliser les préjudices causés par l'accident médical pour déterminer la fraction qui donnera lieu à indemnisation. Dans l'arrêt *Consorts Telle*, le Conseil d'Etat a ainsi additionné les différents préjudices découlant de l'intervention, et fixé à 20 % la part correspondant à la perte d'une chance de s'y soustraire. Il peut même arriver que l'intégralité des chefs de préjudice soient indemnisés s'il apparaît que le patient, parce qu'informé, aurait renoncé de manière certaine à l'intervention (69). Non dénuée d'arbitraire, cette modulation est le reflet de la notion trouble qu'est la perte de chance, sa réparation étant en fait « mesurée à la chance perdue, considérée comme ayant une valeur en soi » (70). Elle conduit corrélativement à s'interroger sur cette contradiction interne à la perte d'une chance, préjudice spécifique dans son existence, mais dont l'évaluation consiste à voir en elle une fraction des préjudices globaux supportés par la victime. Par réaction, une partie de la doctrine a plaidé pour une réparation intégrale des préjudices lorsque l'intervention médicale n'a pas été précédée d'une information. Tel est le *credo* du professeur Chabas lorsqu'il défend l'idée que le médecin qui a pratiqué une thérapeutique indépendamment de la volonté du patient s'est estimé sûr de son résultat, et que, ce faisant, « il n'a plus contracté la simple obligation de soigner son malade, mais bien de promettre une guérison certaine » (71). La solution est excessive, et alourdirait encore la charge pesant sur le corps médical, mais elle est le reflet des hésitations qui accompagnent une évolution jurisprudentielle dont on n'a peut-être pas assez mesuré les implications concrètes.

D'ores et déjà, un abondant contentieux atteste que les victimes s'appuient sur le défaut d'information, terrain devenu fertile, pour faire indemniser une partie au moins des dommages qu'ils auraient hier vainement tenté de rattacher à une faute technique. (72) Le danger est alors de décupler les cas d'engagement de la responsabilité médicale, et, au final, de ternir la relation médicale. A trop vouloir encadrer l'entre-deux qui s'instaure entre le malade et son médecin, le risque est en effet d'altérer le climat de confiance qui doit l'imprégner et d'alimenter une suspicion dans laquelle nul n'a rien à gagner. Le droit ne peut tout résoudre ici, et l'on peut même ajouter qu'il ne doit pas tout vouloir résoudre... Dès lors, « Kelsen ne doit pas entrer chez Hippocrate » (73), et s'il faut encourager le médecin à l'art du dialogue, c'est à la condition de ne pas tomber trop vite d'un excès - l'impérialisme médical - dans l'autre - la juridicisation systématique des rapports entre le soignant et le soigné. Sinon, la défiance aidant, le « colloque singulier » qui réunit médecin et patient ne sera bientôt plus qu'un bien singulier colloque !

Mots clés :

RESPONSABILITE * Responsabilité pour faute * Responsabilité médicale * Obligation d'information

(1) La présente étude a pour origine une communication présentée lors du colloque sur « Les nouveaux chantiers de la responsabilité » organisé à la Faculté de droit de Paris XII-Saint-Maur les 2 et 3 mars 2000.

(2) Sur ces aspects V., parmi les études les plus récentes, F. Alt-Maes, L'information médicale du malade au coeur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, *RD sanit. soc.* 1994, p. 381 ; J.-F. Barbièri, Défaut d'information et responsabilité médicale : les pincipes du droit pivé, *Petites affiches*, 4 janv. 1995, n° 2, p. 17 ; F. Chabas, L'obligation médicale d'information en danger, *JCP* 2000, I, n° 212 ; C. Clément, L'obligation d'information médicale : les divergences des juges administratif et civil, *Petites affiches*, 9 juin 1999, n° 14, p. 12 ; S. Dendoncker, L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire, *RRJ* 2001-2, p. 1031 ; et du même auteur, L'information médicale face au dualisme juridictionnel, *Dr. adm.*, janv.-févr., 2001, n° 319, p. 68 ; C. Guettier, L'obligation d'information des patients par le médecin, *Resp. civ. et assur.*, juill.-août 2002, p. 4 ; S. Hoquet-Berg, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, *Gaz. Pal.* 1998, 2, *Doctr.* p. 121 ; Y. Lachaud et L. Aveline, La responsabilité médicale pour défaut d'information - De l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire

réforme législative, Gaz. Pal., 16-17 juin 1999, p. 4. V. aussi les Réflexions du Conseil d'Etat sur le droit de la santé, EDCE 1998, p. 391 et s., spéc. p. 397-399.

(3) L. Israël, La décision médicale, Calmann-Lévy, 1980, p. 14.

(4) D. Truchet, La décision médicale et le droit, AJDA 1995, p. 611 et s., spéc. p. 614 .

(5) Décr. n° 95-1000 du 6 sept. 1995, JO 8 sept., p. 13305.

(6) V. art. L. 1112-1 et 2 nouveau c. santé publ. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité des soins (JO 5 mars, p. 4118) accorde désormais aux patients un accès direct à leur dossier médical (art. L. 1111-7 c. santé publ.). Pour un commentaire de cette loi, V. M. Deguergue, Droits des malades et qualité du système de santé, AJDA 2002, p. 508 .

(7) V. respectivement art. L. 1231-1 et s. et L. 1122-1 c. santé publ.

(8) CE, 6 déc. 1978, *Giral*, Rec., tables, p. 935; 19 mai 1983, *Moudjahed*, Rec., tables, p. 824 ; Quot. jur., 7 sept. 1983, p. 5, note M. D.

(9) V., en ce sens, M. Deguergue, La responsabilité des hôpitaux publics, Resp. civ. et assur., juill. 1999, n° hors série « Droit de la responsabilité médicale - Dernières évolutions », p. 20 et s., spéc. p. 22.

(10) Cass. 1re civ., 9 oct. 2001, X. c./ Y., JCP 2002, II, n° 10045, note O. Cachard.

(11) Cass. 1re civ., 14 oct. 1997, JCP 1997, II, n° 22942, rapp. P. Sargos.

(12) Cass. 1re civ., 28 oct. 1997, Bull. civ. I, n° 298.

(13) CE, 9 juill. 1991, *Mme Devresse*, Rec., tables, p. 1185.

(14) D. Truchet, *op. cit.* p. 614.

(15) P. Sargos, Jurisprudence civile de la Cour de cassation en matière médicale, Rapport de la Cour de cassation pour 1996, La Documentation française, 1997, p. 189 et s., spéc. p. 192. V. aussi du même auteur, L'obligation d'informer le patient, Petites affiches, 22 sept. 1999, n° 189, p. 9.

(16) CE, Sect., 14 févr. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/ Epoux Quarez*, Rec. p.44 , concl. V. Péresse ; JCP 1997, II, n° 22928, note J. Moreau ; AJDA 1997, p. 430, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1999, Somm. p. 60, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RD publ. 1997, p. 1139, note J.-M. Auby et p. 1147, note J. Waline ; RFDA 1997, p. 374, concl. V. Péresse et note B. Mathieu .

(17) CE, 19 mars 1997, *Meynial*, req. n° 147173.

(18) Cass. 1re civ., 18 janv. 2000, *Mme D. c/ Mme S.*, Bull. civ. I, n° 13 ; JCP 2001, II, n° 10473, note A. Dorsner-Dolivet ; JCP 2000, I, n° 243, n° 25, obs. G. Viney.

(19) Comme a pu le noter le professeur P. Bon (dans sa note sous l'arrêt *Consorts Telle*, RFDA 2000, p. 654 et s., spéc. p. 659), le juge administratif n'avait jamais expressément affirmé que la charge de la preuve reposait sur le patient et retenait le plus souvent une formulation neutre selon laquelle « il résulte de l'instruction » que le patient a été ou non informé (en ce sens CE, 10 juill. 1981, *Villadieu*, req. n° 15939, et 14 mai 1986, *Rimbault*, req. n° 47151).

(20) Sur cette tendance en matière de responsabilité administrative, V. C. Guettier, Responsabilité administrative et responsabilité civile : destins croisés, Resp. civ. et assur., hors série, juin 2001, p. 31.

(21) V. respectivement CE, Sect., 5 janv. 2000, RFDA 2000, p. 641, concl. D. Chauvaux, et p. 654, note P. Bon ; AJDA 2000, p. 137, chron. M. Guyomar et P. Collin ; JCP 2000, II, n° 10271, note J. Moreau ; RD sanit. soc. 2000, p. 357, note L. Dubouis ; RD publ. 2001, p. 412, obs. C. Guettier ; Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, Gaz. Pal., 27-29 avr. 1997, rapp. P. Sargos ; RD sanit. soc. 1997, p. 288 ; D. 1997, Somm. p. 319, obs. J. Penneau .

(22) Cf. art. L. 1111-2 c. santé publ.

(23) Outre les commentaires cités *supra* des arrêts *Hédreul* et *Epoux Telle*, V. M. Harrichaux, La preuve de l'information médicale, RD sanit. soc. 1998, p. 68, ainsi que l'intéressante note de J. Penneau sous CA Angers, 11 sept. 1998, D. 1999, Jur. p. 46 .

(24) F. Chabas, L'obligation d'information médicale en danger, JCP 2000, I, n° 212, spéc. n° 5.

(25) La loi du 4 mars 2002 a ainsi inscrit à l'art. L. 1111-2 du code de la santé publique la nécessité que l'information médicale soit délivrée « au cours d'un entretien individuel ».

(26) V. par exemple Cass. 1re civ., 14 oct. 1997, Guyomar, JCP 1997, II, n° 22942, rapp. P. Sargos ; Dr. et patrimoine 1998, p. 71, obs. F. Chabas ; RD sanit. soc. 1998, p. 68, note M. Harichaux, et p. 62, obs. L. Dubouis : patiente exerçant la profession de laborantine dans l'établissement hospitalier où a eu lieu la coelioscopie, ayant eu plusieurs entretiens avec son médecin, et ayant fait montre d'hésitations et d'anxiété à la veille de l'opération ; V. aussi CA Dijon, 25 janv. 2000, *SARL Clinique Val fleuri c/ Mlle Benmedjahed*, JCP 2000, IV, n° 2631: le fait que la patiente reconnaisse que le choix entre les traitements lui a été offert atteste qu'elle ne peut soutenir qu'on ne lui a présenté que l'aspect négatif de la technique initialement proposée, sans lui faire valoir ses avantages et inconvénients, et notamment celui d'éviter l'accident qui s'est produit.

(27) V. par exemple pour le juge administratif, CE, 16 déc. 1964, *Dlle le Bré*, Rec., tables, p. 1008 ; CE, 12 juin 1970, *Dame Nercam*, Rec. p. 406 ; CE, 9 avr 1986, *Ciesla*, Rec. p. 85 ; CE, 1er mars 1989, *Gélineau*, Rec. p. 65. Pour le juge civil, Cass. 1re civ., 20 janv 1987, Bull. civ. I, n° 19 ; 19 avr 1988, JCP 1988, IV, n° 221.

(28) Note préc., spéc. p. 656.

(29) Concl. D. Chauvaux sur CE, Sect., 5 janv. 2000, *Consorts Telle*, préc. p. 643.

(30) V. en ce sens C. Noiville (note sous Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, Petites affiches, 5 mai 1999, p. 5) qui montre les divergences d'appréciation jurisprudentielles quant à la notion de risque « exceptionnel » et le manque de fiabilité des statistiques pour apprécier les chances de production d'un risque.

(31) Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, JCP 1998, II, n° 10179, concl. J. Sainte-Rose et note P. Sargos ; RTD civ. 1999, p. 111, obs. P. Jourdain ; Petites affiches, 5 mai 1999, p. 5, note C. Noiville.

(32) CE, Sect., 5 janv. 2000, *Epoux Telle*, et *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Guilbot*, préc.

(33) Cette approche rejoint celle du juge judiciaire puisque le conseiller Sargos a proposé de les définir comme ceux « de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiquement graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales » (*in* Rapport sous Cass. 1re civ., 14 oct. 1997, *Guyomar*, préc. Définition reprise dans son article sur L'obligation d'informer le patient, Petites affiches, 22 sept. 1999, n° 189, p. 9).

(34) V. en particulier le nombre de risques non signalés, parce qu'exceptionnels, dont la réalisation est dorénavant synonyme de responsabilité pour défaut d'information fautif devant

le juge administratif : CE, 17 mai 2000, *Canas*, JCP 2001, II, n° 10462, note E. Savatier : pour des risques non signalés de stérilité et de troubles sexuels graves ; CE, 16 juin 2000, *Mlle Bonelli*, req. n° 191428, paralysie du bras droit faisant suite à une arthrodèse ; CE, 19 avr. 2000, *Galvao Freire*, req. n° 177019, invalidité partielle consécutive à l'opération d'une hernie discale ; CA Nîmes, 1re ch., 5 oct. 2000, *Delbos c/ Riera*, JCP 2001, IV, n° 2226.

(35) V. en ce sens les réticences exprimées dans le Rapport du Conseil d'Etat pour 1998, *op. cit.* p. 307.

(36) *In* La puissance et la fragilité, Paris, Flammarion, 1972, spéc. p. 104.

(37) Principe rappelé dans Cass. 1re civ., 17 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 67 ; JCP 1998, I, n° 144, obs. G. Viney ; RTD civ. 1998, p. 681, obs. P. Jourdain, chirurgien esthétique n'ayant pas informé sa patiente qu'il pourrait être amené à pratiquer des incisions plus importantes que celles qu'il lui avait annoncées.

(38) CE, 15 mars 1996, *Mlle Durand*, Rec. p. 85 ; Petites affiches, 16 sept. 1996, p. 6, note C. Clément.

(39) Pour reprendre la formule de la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 17 nov. 1969, Bull. civ. I, n° 347).

(40) Cass. 1re civ., 22 sept. 1981, JCP 1981, IV, n° 384, obs. A. Dorsner-Dolivet ; et plus récemment CA Paris, 3 déc. 1999, *Delerm*, cité par L. Dubouis dans sa note précitée sous l'arrêt *Consorts Telle*, RD sanit. soc. 2000, p. 357 et s., spéc. p. 364.

(41) V. CAA Bordeaux, 11 juin 1991, *Consorts Guignard*, Rec., tables, p. 1185.

(42) Cass. 1re civ., 18 juill. 2000, *Mme Meiffren c/ Espagno*, Bull. civ. I, n° 227 ; Petites affiches 2000, n° 220, p. 10, note J.-F. Barbière.

(43) CE, 6 déc. 1978, *Giral*, Rec., tables, p. 935 ; 10 janv. 1979, *Epoux Tarrabia et Centre hospitalier de Lourdes*, RD sanit. soc. 1979, p. 511, note P. Solers-Couteaux.

(44) CE, Sect., 5 janv. 2000, *op. cit.*

(45) V. les Réflexions du Conseil d'Etat sur le Droit de la santé, Rapport public pour 1998, EDCE 1998, n° 49, p. 227 et s., spéc. p. 306.

(46) Cass. 1re civ., 23 mai 2000, *D. c/ M.*, JCP 2000, II, n° 10342, rapp. P. Sargos ; D. 2000, Somm. p. 470, obs. P. Jourdain .

(47) V. CA Versailles, 10 juin 1999, *Bamberger*, où des appréciations divergentes ont été émises sur l'état d'anxiété d'une patiente à qui l'on avait caché le risque d'hémiplégie lié à une artériographie.

(48) En ce sens, C. Guettier, L'obligation d'information des patients par le médecin, *op. cit.*, spéc. p. 6.

(49) CAA Paris, 12 nov. 1999, *Consorts H.*, RFDA 2000, p. 179 ; AJDA 2000, p. 235, chron. J. Saint-Guilhem .

(50) CE, Ass., 9 avr. 1993, *D.*, n° 138653, Rec. p. 110, concl. H. Legal ; RFDA 1993, p. 583, concl. ; D. 1994, Somm. p. 63, obs. P. Bon et P. Terneyre ; JCP 1993, II, n° 22110, note C. Debouy ; Rev. adm. 1993, p. 561, note P. Fraissseix ; G., n° 138652, AJDA 1993, p. 344, chron. C. Maugué et L. Touvet .

(51) CAA Paris, 22 févr. 2000, *Mme Lion*, RFDA 2000, p. 687.

(52) CE, 27 févr. 2002, RFDA 2002, p. 451 .

(53) M. Deguergue, Droits des malades et qualité du système de santé, *op. cit.*, spéc. p. 511.

(54) Cass. 1re civ., 7 févr. 1990, *Hérard*, Bull. civ. I, n° 39.

(55) En ce sens J.-F. Barbièri, Défaut d'information et reponsabilité médicale : les principes de droit privé, Petites affiches, 4 janv. 1995, p. 16 et s., spéc. p. 19.

(56) V., pour des illustrations récentes, Cass. 1re civ., 29 juin 1999, JCP 1999, II, n° 10138, rapp. P. Sargos ; D. 1999, Somm. p. 395, obs. J. Penneau ; D. 1999, Jur. p. 559, note D. Thouvenin ; Cass. 1re civ., 20 juin 2000, *Hédreul*, Bull. civ. I, n° 193 ; RD sanit. soc. 2000, p. 729, obs. L. Dubouis ; D. 2000, Somm. p. 471, obs. P. Jourdain .

(57) V. pour exemple CE, 2 déc. 1977, *Dame Rossier*, Rec. p. 485, défaut d'information et perte d'une chance d'éviter une cécité totale suite à une intervention; et en matière médicale *lato sensu* : CE, 19 déc. 1984, *Boehrer*, Rec. p. 433, concl. B. Stirn ; Quot. jur., 4 mai 1985, p. 8, note M. Deyra : erreur de diagnostic ayant privé la requérante d'une chance de limiter l'incapacité permanente dont elle souffrait. Sur ces aspects, cf. C. Eldine, La théorie de la perte d'une chance sanitaire devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, RD sanit. soc. 1983, p. 48.

(58) M. Deguergue, La perte de chance en droit administratif, in G. Koubi et G.-J. Guglielmi (dir.), L'égalité des chances, La Découverte, 2000, p. 197 et s., spéc. p. 198.

(59) I. Vacarie, La perte d'une chance, RRJ 1987, p. 920.

(60) Cass. 1re civ., 7 oct. 1998, *R. c/ M. et alii*, JCP 1998, II, n° 10179, note P. Sargos.

(61) Cass. 1re civ., 29 juin 1999, préc. V. pour confirmation : Cass. 1re civ., 18 juill. 2000, *S. c/ Dame Pouly*, JCP 2000, IV, n° 2587; Resp. civ. et assur., déc. 2000, n° 373.

(62) Concl. sur CE, Sect., 5 janv. 2000, *Consorts Telle*, *op. cit.*, spéc. p. 647-648.

(63) Cf. CE, 17 févr. 1988, *Centre hospitalier régional Nancy* ; CAA Lyon, 3 oct. 1996, *Assistance publique de Marseille*, Rec., tables, p. 1153 ; *contra* cependant CAA Nancy, 9 juill. 1991, *Mme Devresse et autres*, Rec., tables, p. 1185, réparation partielle eu égard aux risques de complications en l'absence d'intervention.

(64) V. en ce sens l'arrêt CE, Sect., 5 janv. 2000, *Consorts Telle*, qui indemnise la perte de chance liée au défaut d'information, puis recherche si les préjudices corporels, professionnels et autres, peuvent être indemnisés sur le fondement de la faute dans la réalisation de l'intervention, ou du risque dans le cadre de la jurisprudence *Bianchi* (CE, Ass., 9 avr. 1993, Rec. p. 126, concl. S. Daël).

(65) CA Angers, 11 sept. 1998, D. 1999, Jur. p. 46, note J. Penneau .

(66) Cass. 1re civ., 20 juin 2000, Bull. civ. I, n° 193 ; RD sanit. soc. 2000, p. 729, obs. L. Dubouis.

(67) Concl. préc. sur CE, Sect., 5 janv. 2000, RFDA 2000, spéc. p. 649.

(68) V. CE, 15 janv. 2001, *Courrech* , Dr. adm., avr. 2001, n° 107, obs. C. Esper, où le Conseil d'Etat constate que l'état de santé du patient « nécessitait de manière vitale » l'intervention litigieuse (consistant à désosbtruer les coronaires), laquelle ne comportait pas d'alternative thérapeutique moins risquée.

(69) CE, 27 févr. 2002, *Assistance publique de Marseille*, RFDA 2002, p. 451 , s'agissant d'une transfusion, non indispensable, ayant causé la contamination du patient et à laquelle il aurait

d'évidence renoncé s'il avait été informé des risques.

(70) J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*. t. 2 : Le fait juridique, Armand Colin, 2001, n° 138.

(71) En ce sens F. Chabas (*in* L'obligation médicale d'information en danger, JCP 2000, I, n° 212, spéc. n° 18) reprenant les propos de B. Rajbaut, *Le rôle de la volonté en matière médicale*, thèse dactyl., Paris XII, p. 294 et s. V. aussi les propositions de J. Penneau, *Les fautes médicales*, *Resp. civ. et assur.*, juill. 1999, n° hors série « Droit de la responsabilité médicale-dernières évolutions », p. 9.

(72) Outre la jurisprudence déjà citée, V. CAA Lyon, 4 avr. 2000, *Stransky*, RFDA 2000, p. 1384 : défaut d'information du risque d'incontinence définitive que comporte une intervention d'adénomectomie de la prostate ; CE, 6 mars 2000, *Marchesi*, req. n° 181614, pour le risque non signalé d'invalidité consécutive à une arthrodèse vertébrale.

(73) D. Truchet, *La décision médicale et le droit*, *op. cit.*, spéc. p. 612.