

Eléments d'analyse de l'Obligation d'information en droit médical

Emmanuel Terrier

Maître de conférences de droit privé, Université de Perpignan CDCM, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Université Montpellier I.

Directeur du département IUT Carrières juridiques, Narbonne

Co-Directeur DU Droit et Santé, Montpellier I

S'il ressort des éléments d'études classiques de la responsabilité médicale, qu'en dépit d'une approche casuelle, la faute dans la technique de soins demeure difficile à déterminer en son essence, la faute dite d'humanisme ou de conscience se présente comme encore plus impalpable. Cet ensemble *d'erreurs de conduite* ou de *manquements* trouve en effet ses fondements dans l'idée d'une absence de considération du professionnel à l'égard du patient, dans des éléments qui ne relèvent pas à proprement parler d'une approche purement scientifique ni même essentiellement juridique. La notion de faute d'humanisme relève souvent de la seule conscience du médecin et de ce fait, ne se calque pas toujours sur le droit professionnel. La distinction peut d'ailleurs parfois paraître difficile, d'autant que la faute de conscience trouve son fondement textuel dans le Code de déontologie des médecins, code à forte connotation morale mais qui est consacré par le droit puisqu'il est désormais intégré au Code de la Santé publique¹. Toutefois, bien des éléments qui constitueraient une faute aux yeux du professionnel ne seraient pas perçus comme tels par le juge² tandis que des éléments sanctionnés par le droit ne sont pas forcément des éléments que le professionnel considérerait comme fautif. Comme en matière de faute déontologique, le manquement se réalise ici souvent de manière plus précise et plus raffinée qu'il ne le serait en droit pur. Ce n'est pas pour autant qu'il n'est pas sanctionné par la pratique prétorienne, le juge se faisant, là encore, une appréciation libre de ce manquement.

Le devoir d'humanisme, que Savatier³ qualifie de devoir "inhérent au ministère médical", est lié à une appréciation globale d'un comportement qui se détermine au regard du respect de la personne malade et de la *dignité* de celle-ci. L'idée se trouve affirmée sans ambiguïté par l'article 2 du Code de déontologie médicale⁴. Mais la notion dépasse largement

¹ CSP. Art. R. 4127-1 et s.

² J.-L. Lortat-Jacob: *un médecin peut être inattaquable en droit alors qu'il sait bien en son for intérieur qu'il aurait pu mieux faire*. Congrès de morale médicale, CNOM, 1966 p. 181 et s.

³ R. Savatier : *Au confluent de deux humanismes : Ententes et mésententes entre médecins et juristes*, in *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1959, p. 234 et s .

⁴ CSP. Art. R. 4127-2.

le cadre de la sphère déontologique puisque la notion du respect de dignité de la personne humaine a été introduite dans le Code civil par la première loi de Bioéthique du 29 juillet 1994⁵. Elle est aujourd'hui énoncée par l'article 16 du Code civil :

« *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* »

Ce principe de dignité trouve une valeur supra-législative, puisqu'il a été consacré par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 27 juillet 1994⁶ confirmée par une nouvelle décision du 16 juillet 1996⁷. Il sera mis en exergue à la fin des années 1990 comme fondement à une extension du champ des obligations pesant sur les professionnels médicaux de manière conséquente, servant de justificatif parfois un peu « fourre-tout » en droit de la Santé⁸. Mais, d'une manière très générale et abstraite, il faut y voir un ensemble de règles visant à donner au patient *la garantie d'un comportement irréprochable de la part de son médecin* lequel doit avoir *une attitude correcte et attentive envers son patient*. Autant d'éléments d'origine déontologique tels que la probité, le dévouement ou la moralité posés par l'art. 3 du Code de déontologie⁹. Il va de soi que l'ensemble des devoirs proposés par le Code de déontologie médicale est, en matière de faute d'humanisme, un référent incontournable.

Ceci d'autant plus, qu'au plan pratique, tout manquement de conscience ou d'humanisme va s'apprécier, plus encore que la notion de faute de science, *in abstracto* c'est à dire au regard d'un modèle : le praticien diligent placé dans les mêmes circonstances, celui qui respecte les devoirs posés par les règles de morale professionnelle.

Pour autant, une notion caractérise l'essentiel de ces devoirs : l'idée du *consentement* à l'acte médical. Cette idée, qui est un véritable pilier de la relation médicale¹⁰ englobe à lui seul l'essentiel des manquements aux devoirs d'humanismes sanctionnés par le droit. Il passe inmanquablement par un élément essentiel qui est le devoir d'informer le malade.

Le devoir d'information est originellement d'ordre purement disciplinaire, puisqu'on en trouve les prémisses dans les premières versions du Code de déontologie médicale en tant

⁵ L. n° 94-653 du 29 juillet 1994.

⁶ JO 29 juillet p. 11024 ; D. 1995, 237, note Mathieu. D. 1995, Somm. 299, note Favoreu ;

⁷ D. 1997, 69 note Mercuzot ; D. 1998, Somm. 147, obs. Renoux ; LPA 29 nov. 1996, note Mathieu.

⁸ V. *infra*.

⁹ CSP Art. R. 4127-3.

¹⁰ V. R. Saury et B. Hoerni, *Le consentement*, Masson, Paris 1996.

qu'exception au secret¹¹, mais très vite la notion d'information a conquis le domaine du droit, puis de l'action judiciaire, au point d'en devenir l'objet d'un contentieux spécifique et abondant. Ce qui fut l'objet d'une conquête ou du moins présenté comme telle dans l'élaboration des droits des patients, comporte aujourd'hui deux volets :

d'une part le droit pour le patient d'être informé, qui est le plus classique, puisque c'est celui qui était traditionnellement admis car lié à la notion de consentement à l'acte, d'autre part le droit, nouvellement acquis par le patient de s'informer lui-même, en ayant accès au dossier contenant toutes les informations sur sa santé. Contentons nous ici de présenter le problème, essentiel, du droit à être informé.

Corollaire immédiat de la notion de dignité, le consentement à l'acte médical est le pilier de la relation qui unit le professionnel médical à son patient. A l'instar de la notion de dignité, le consentement a connu une consécration légale par la première loi de bioéthique du 29 juillet 1994, l'article 16-3 du Code civil énonçant que :

« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

De fait, non seulement le consentement est nécessaire mais encore n'a-t-il de sens que s'il a été donné en connaissance de cause. Depuis fort longtemps, en effet, évoque-t-on l'idée d'un consentement « éclairé », l'éclairage ne pouvant être donné qu'à la lueur des informations que le praticien aura communiqué au patient. C'est la raison pour laquelle il a été affirmé que d'un simple devoir déontologique la dispensation de l'information devait devenir une obligation juridique. Il ressort à première vue des conséquences immédiates de la relation issue du contrat médical que le médecin est tenu d'informer le patient sur son état, sur son traitement ainsi que sur les risques liés à la thérapeutique envisagée.

Cette obligation d'information était traditionnellement considérée comme une obligation annexe à l'obligation de soins. Elle trouvait donc très classiquement son fondement dans les dispositions de l'article 1134 du Code civil et spécifiquement de son alinéa 3 :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...)

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

¹¹ V. à ce propos l'art. 16 du Règlement de déontologie médicale publié par la Confédération des syndicats médicaux français en 1936.

Le fondement juridique se trouve également dans les dispositions, plus spécifiques, de l'article 1135 de ce même Code :

« *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »

Il relève en effet tant des « suites » du contrat¹² de soins que de la nécessité d'exécuter ses obligations de bonne foi que de donner au patient l'information sur son état, sur l'évolution de celui-ci, sur la thérapeutique proposée, les protocoles de soins à envisager et les risques liés à ces derniers éléments¹³.

Il s'agit en quelque sorte de considérer qu'il pèse sur le professionnel de Santé, outre son obligation principale de soigner le malade, une obligation secondaire, associée à cette prestation de soins qui est de donner une information au patient.

Cette obligation, au demeurant, n'est pas l'apanage des seuls professionnels médicaux, mais de l'ensemble des prestataires de services. Toutefois, c'est dans le domaine de la Santé qu'elle a connu son développement le plus marquant.

Dès 1942, dans son célèbre arrêt Teyssier¹⁴, la Cour de cassation sanctionne, sur le fondement d'un manquement à ses engagements contractuels, le médecin qui ne donne pas une information à son patient.

L'évolution jurisprudentielle, depuis cette date, n'a cessé de la préciser et par là de l'alourdir. Le fondement initialement contractuel a même fait place à un fondement plus absolutiste et d'ordre public, puisque c'est en visant la notion de respect de dignité de la personne humaine que la Cour de cassation, dans une décision remarquable du 9 octobre 2001, a sanctionné un gynécologue qui n'avait pas correctement informé une patiente, -sur des faits remontant pourtant au début des années 1970-, sur les risques exceptionnels liés à son accouchement¹⁵.

La question du fondement contractuel ou d'ordre public aujourd'hui ne se pose plus réellement puisque la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de

¹² C. Mouly-Guillemard, *Retour sur l'article 1135 du Code civil*, LGDJ 2006, coll. Thèses, tome 460.

¹³ En matière de chirurgie esthétique cette information se trouve même alourdie par la nécessité d'informer sur les coûts des soins proposés comme des inconvénients pouvant résulter de l'intervention proposée (v. Cass. 1^{re} civ. 17 fév. 1998, D. 1998, IR p. 80 ; JCP 1998, I, 144, n° 20 obs. G. Viney ; Resp. civ. et Ass. 1998, comm. p. 166. V. également L. 6322-1 du CSP. Sur la chirurgie esthétique v. *infra*).

¹⁴ Cass. Req., 28 janvier 1942, D. 1942, Rec crit. 63.

¹⁵ Cass. 1^{re} civ. 9 octobre 2001, D. 2001, 3470, rapp. Sargos, note Thouvenin ; JCP 2002, II, 10045 note Cachard ; Gaz. Pal. 2001, 1818, note Guigue ; RTD civ. 2002, 176, note Libchaber. V. également B. Pitcho, *De l'indignité médicale face au temps*, JCP E. suppl. cahier des entreprises de Santé, 2002, p. 27.

Santé¹⁶ a doté l'obligation d'information d'une véritable autonomie textuelle aux termes de l'article L. 1111-2 du CSP.

Ce qui fut présenté comme une consécration légale découle d'une lente mais constante évolution dans son contenu (I) comme dans sa mise en œuvre (II).

I. Le contenu de l'obligation d'information

Reprenant les termes des Codes de déontologie¹⁷ la jurisprudence a, dès 1942, affirmé que l'information donnée au patient devait être « intelligible et loyale » quand bien même serait-elle simple et approximative¹⁸, les juridictions adoptant assez vite la formulation classique renvoyant à la nécessité de donner une information « loyale claire et appropriée »¹⁹.

Si ce contenu initial de l'obligation d'information n'a pas réellement évolué, il en va autrement du domaine auxquels cette information s'applique. En effet en se fondant sur un principe de bon sens, consacré par les règles déontologiques, il était admis que toute vérité n'est pas médicalement bonne à dire.

S'il faut donner une information encore faut-il que celle-ci ne soit pas néfaste au processus de soins ou tout simplement à la faculté qu'à le patient de l'entendre. Il incombe donc au professionnel de santé, en se fondant sur sa conscience comme sur son expérience professionnelle, de cerner ce qu'il lui semble utile de dire ou de taire. A ce titre l'on ne peut que constater la qualité de l'équilibre posé par l'article 35 du Code de déontologie médicale :

« Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.

Toutefois, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination. (...) »

¹⁶ L. n° 2002-303 préc.

¹⁷ CDM de 1947, Art. 24 2° ; CDM de 1955, Art. 34 ; CDM de 1979, Art. 42. Aujourd'hui (CDM de 1995) art. R. 4127-35 CSP.

¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 21 fév. 1961, JCP 61, II, 12139 note Savatier.

¹⁹ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1981, GP 1981, 2, Somm. 352 ; Jurisprudence constante V. par ex. Cass. 1^{re} civ. , 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 291 ; D. 1999, 145 note Porchy et *ibid.* Somm. p. 259, obs. D. Mazeaud ; J.C.P. 1998, II, 10179 concl. Sainte-Rose, note Sargos ; *ibid.* 1999, I, 147, n° 14 obs. Viney ; R.T.D. civ. 1999, 111, obs. Jourdain ; Petites affiches 5 mai 1999, note Noiville.

Et de fait, ainsi que le précise l'alinéa 2 de ce texte, c'est par une appréciation discrétionnaire qui renvoie à la seule conscience professionnelle du médecin que le règlement énonce ce qu'il convient que le praticien choisisse ce qu'il peut ou non révéler au patient.

L'idée initiale énoncée par la jurisprudence était de rester dans un dialogue thérapeutique qui ne fût pas délétère au processus de soins, le médecin était donc tenu de donner les renseignements que le patient "était en droit d'entendre pour choisir entre l'acceptation et le refus de la thérapeutique proposée"²⁰. Mais rapidement, l'information médicale a du être confrontée à la notion de *risques* pesant sur la thérapeutique proposée. Et plus les progrès devaient emporter des chances de guérison, plus les risques inhérents à l'acte thérapeutique entrepris devaient poser des difficultés sur le champ de l'obligation d'information.

C'est la raison pour laquelle le domaine de l'information sur les risques médicaux a connu une extension considérable. La première étape jurisprudentielle a été d'admettre que le professionnel de santé devait, certes, informer de la thérapie et des risques corrélatifs à la maladie et aux soins, mais qu'il pouvait s'en tenir aux risques "normalement prévisibles"²¹. L'idée n'avait rien d'inconnu pour le juriste, la notion d'imprévisibilité renvoyant à l'idée d'une force majeure, laquelle est, par principe, exonératrice de responsabilité. A l'impossibilité de prévoir un risque, nul professionnel médical n'est tenu, il n'y a là aucune spécificité qui mérite alors que l'on s'y attarde. Pourtant sous jacente à cette question s'est rapidement posée l'idée de la fréquence du risque. Fallait-il informer d'un risque ne se réalisant que de manière fort rare voire exceptionnelle ? C'est une question à laquelle les juridictions s'accordaient à reconnaître que seul le risque fréquent devait faire l'objet de l'information médicale. Ainsi, était-il habituel d'admettre qu'un risque dont la probabilité de survenance est inférieur à 2 % devait être jugé insuffisant²².

A partir du milieu des années 1990 les choses ont pourtant évolué.

Une série d'arrêts initiés par la première chambre civile de la Cour de cassation a fait peser sur le professionnel un devoir élargi d'information et tout particulièrement au regard de cette notion de risque thérapeutique.

²⁰ Cass. 1^{re} civ. 21 fév. 1961, préc.

²¹ Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, D. 1980, IR 179.

²² Cass. 1^{re} civ. 20 mars 1894, Juridisque Lamy, n° 82-16.926 ; Cass. 1^{re} civ. 5 mars 1991, Juridisque Lamy, n°89-12.276.

Une première décision rendue le 14 octobre 1997²³ impose médecin une information claire et appropriée *sur tous les risques* inhérents à l'acte médical, mettant l'accent sur le risque grave. L'arrêt en soi pouvait passer inaperçu s'il n'avait pour effet d'introduire un critère quantitatif, par la notion de *gravité*, là où ne pesait jusqu'alors qu'un critère quantitatif, à savoir la fréquence ou non de la survenance du risque envisagé. Très rapidement la Cour de cassation est allée au-delà, combinant tout à la fois le critère de fréquence à celui de gravité : une importante décision du 7 octobre 1998²⁴ énonce qu' « *hormis le cas d'urgence ou d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et aux soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement* »²⁵.

Cette nouvelle exigence jurisprudentielle a bouleversé le rapport juridique de l'obligation d'information. Sans évoquer le danger évident qu'il y aurait, en pratique, à annoncer la survenance éventuelle d'un choc sceptique à tout patient désireux de se faire poser une couronne dentaire ou devant subir une appendicectomie, il convient de remarquer que les conséquences juridiques furent considérables. Il devenait impérieux de prévoir une information pesant sur l'ensemble des conséquences liées à toute intervention, et par là d'engager la responsabilité de tout professionnel qui ne s'y conformerait pas.

Peu de temps après, la Cour de cassation a poursuivi le mouvement amorcé, en appliquant rétroactivement les principes dégagés par les juges en 1998 à des faits antérieurs. L'arrêt de la première chambre civile du 9 octobre 2001²⁶ fait une application classique de la rétroactivité des arrêts de jurisprudence²⁷, en appliquant cette exigence d'information de tous les risques graves mais exceptionnels à des faits déroulés en 1974. Ce faisant elle fait peser sur tout praticien exerçant avant 1998 le risque d'un contentieux. Devant l'inquiétude des médecins, comme devant la hausse sensible des primes d'assurance professionnelle ... le législateur a décidé d'intervenir.

²³ Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, D. 1997, I.R. p. 236; R.T.D. civ. 1998, p. 100, obs. Mestre; J.C.P. 1997, I, n° 4068 obs. Viney.

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 291 préc.

²⁵ Dans le même sens : Cass. 1^{re} civ., 17 mai 2000, J.C.P. 2001, II, 10462 note E. Savatier.

²⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 octobre 2001, préc.

²⁷ V. par ex. sur cette question G. Canivet et N. Molfessis, JCP 2004, I, 189.

L'article L. 1111-2 du CSP, issu de la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé²⁸, tente de clarifier la situation quant au domaine de l'information médicale :

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

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen. »

Il convient de s'arrêter un peu sur ce texte d'importance. La loi tente tout à la fois de fixer les évolutions jurisprudentielles considérées comme favorables à la consécration des

²⁸ L. n° 2002-303 du 4 mars 2002.

droits du patient et de tenter de bloquer les avancées considérées comme néfastes aux professionnels. Equilibre délicat amenant à la rédaction d'un texte parfois confus.

Le premier alinéa du texte rappelle l'étendue de l'information : celle-ci doit porter sur les différentes investigations, traitements ou actions qui sont proposées, sur leur utilité, sur leur urgence éventuelle... ce qui cadre avec les décisions traditionnelles en ce domaine.

Toutefois un problème se pose très vite avec la détermination de la notion de « risque » : la loi énonce en effet que l'information doit désormais porter "*sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles*". A lire cet alinéa rapidement il en ressortirait que le professionnel est tenu d'informer d'un risque fréquent ou grave pour peu qu'il soit normalement prévisible. Or telle ne doit pas être la bonne lecture de ce texte, en effet, au regard de la rédaction globale de ce texte, il apparaît que l'information est désormais donnée :

- pour les risques fréquents d'une part. il s'agit, au regard de la loi, des risques se réalisant avec fréquence mais qui au plan de leur conséquences sont sans gravité : les risques bénins et se produisent régulièrement (où l'on retrouve ici le critère quantitatif).
- pour les risques graves, c'est à dire ceux qui engendrent des conséquences dommageables lourdes, mais auxquels la loi ne demande que d'être normalement prévisibles. L'on constate alors que pour ceux ci, le critère de fréquence n'apparaît plus, la seule référence étant la prévisibilité par le professionnel de la survenance de tels risques.

Force est d'admettre que si le législateur tendait à limiter l'extension jurisprudentielle sur les risques exceptionnels, il n'a pas atteint son objectif, car les risques exceptionnels (c'est à dire ceux qui ne se réalisent qu'avec un très faible pourcentage) ne sont pas visés par le texte. Le critère de prévisibilité, auparavant évoqué par la jurisprudence est indépendant de toute exceptionnalité qui n'est, lui, qu'un aspect quantitatif. De ce fait et ainsi qu'il fut justement remarqué, ce n'est pas parce qu'un risque est d'une très rare fréquence qu'un praticien consciencieux ne peut pas le prévoir²⁹. Le risque de voir la responsabilité d'un professionnel de santé engagée sur l'absence d'information liée à la survenance d'un risque exceptionnel se pose donc aujourd'hui avec la même acuité qu'elle se posait avant la loi du 4 mars 2002. D'autant que la jurisprudence n'a apporté aucune précision concernant ce point

²⁹ V. sur ces questions Y. Lambert-Faivre, *Les droits des malades, usagers du système de santé*, D. 2002, chron. p. 1291 (commentaire de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002)

spécifique, les juges refusant-ils tout au plus de sanctionner le médecin lorsque celui-ci n'a pas informé des risques "totalement imprévisibles", ce qui renvoie très classiquement à l'exonération de responsabilité fondée sur la force majeure³⁰.

Les autres alinéas du textes, renvoient eux à la mise en œuvre de l'obligation d'information, selon un processus rédactionnel identique, tendant tout à la fois à la consécration comme à la cristallisation des jurisprudences passées.

II. La mise en œuvre de l'obligation d'information

La mise en œuvre de l'obligation d'information, telle qu'elle relève aujourd'hui des dispositions de la loi du 4 mars 2002 impose d'évoquer la charge de l'information et ses moyens de preuve avant d'envisager l'engagement de la responsabilité qui en découle.

A. La charge de l'information

La première question qui doit être abordée tend à se demander sur quelle personne pèse la charge de l'information médicale.

La question a un temps posé quelques difficultés assez vite résolues toutefois³¹ et qui fait désormais l'objet d'une consécration législative : l'alinéa 2 de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique affirme que l'information incombe "à tout professionnel de santé". Il résulte de ce texte que chaque intervenant, doit, dans le domaine qui est le sien avoir le souci d'informer. L'obligation est générale et ne vise pas que le seul professionnel médical. Elle le concerne certes, au premier chef, qu'il s'agisse du généraliste comme de n'importe quel spécialiste. Mais elle s'impose plus généralement à tout professionnel de santé agissant dans son domaine, soins infirmiers, kinésithérapie ou ostéopathie, *etc.* Cette approche large confirme une jurisprudence déjà énoncée par la Cour de cassation³² selon laquelle il avait été énoncé que chaque intervenant doit avoir le souci d'informer dans le domaine qui est le sien et indépendamment de l'information qui peut être donnée par les autres professionnels. Ce

³⁰ V. par ex. Cass 1^{re} civ., 18 déc. 2002, JCP E, suppl. cahier des entreprises de Santé, 2003, p. 2, note E. Terrier.

³¹ Cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1984, Bull. civ. I, 177, 178 ; Jurislique Lamy n° 82-15.433.

³² Cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1984, préc.

devoir concerne aussi bien le prescripteur que l'exécutant³³, nul ne pouvant s'exonérer de son obligation d'information en se fondant sur le devoir pensant sur les autres professionnels, y compris lors d'un travail en équipe : chacun, dans cette hypothèse est tenu d'informer dans le domaine qui est le sien. Cette obligation d'information qui est à la fois commune mais également « saucissonnée » pourrait paraître étrange, mais elle n'est qu'une application des dispositions de l'article 64 du Code de déontologie³⁴ :

« Lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés ; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade ».

Au demeurant, cet engagement général de chaque praticien à l'égard du patient n'est que la conséquence du renversement légistique opéré par la loi du 4 mars 2002 : là où pesait une obligation, pour le patient, la loi a consacré un principe de droit pour le malade, qui amène aujourd'hui l'ensemble des professionnels en relation avec lui à être les débiteurs de la garantie de ces droits. Il est donc tout à fait normal, au regard du texte de l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique, que chaque intervenant se trouve être personnellement débiteur de l'obligation d'information indépendamment de tout autre.

Se pose ensuite, et par voie de conséquence, le problème de la détermination du récipiendaire de l'information. La question pourrait trouver une réponse simple et immédiate, à savoir qu'il s'agit, bien évidemment, d'informer le patient lui-même, si cette réponse ne devait pas être élargie à des spécificités qu'il convient de préciser.

Certes, c'est à la lecture même des articles 34, 35, et 36 du Code de déontologie médicale³⁵ que le patient se place comme l'interlocuteur privilégié du professionnel, ce que confirme au demeurant le Code de la Santé publique, puisque les articles L. 1111-1 à L. 1111-9 sont exclusivement consacrés à l'information de l'utilisateur du système de santé. Toutefois, au sein même de ces textes, plusieurs hypothèses se présentent et tend à préciser certains éléments.

Lorsque l'information doit être donnée à un *mineur*, c'est, par principe et par application de l'article 371-1 du Code civil, le représentant de l'autorité parentale ou le tuteur qui recevra l'information médicale. Le principe, au demeurant, ne fait pas obstacle à ce que

³³ Cass. 1^{ère} civ 14 oct 1997, JCP 97, II, 22942; V. également Rennes, 7 avril 1999, Jurisdata n° 041261.

³⁴ CSP, Art. R. 4127-64.

³⁵ CSP, Art. R. 4127-34, . R. 4127-35, CSP, Art. R. 4127-36

l'enfant soit également récipiendaire de l'information communément donnée à l'enfant et au(x) représentant(s) de l'autorité parentale. Toutefois, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 offre la possibilité à l'enfant de recevoir lui-même l'information, afin de consentir lui-même à l'acte à la condition que l'acte médical dont il est question soit *nécessaire à la sauvegarde de sa santé*. Cette faculté, qui ressort des dispositions de l'article L. 1111-5 du Code de la Santé publique, a pu apparaître comme sonnante le glas de la toute puissance parentale en matière de Santé³⁶, elle se pose, à tout le moins, comme plaçant le patient, quel qu'il soit, au cœur de sa relation médicale. Il va de soi que le mineur concerné doit être d'une part apte à exprimer sa volonté, ce qui suppose, comme préalable évident à cela, qu'il soit capable de discernement. La condition est cependant suffisamment large puisqu'aucune limite d'âge n'est posée par le texte, pas plus qu'il n'est déterminé d'actes médicaux ou thérapeutiques auxquels ce texte est restreint. L'on doit certes songer que les dispositions de ce texte visaient, de manière tacite, l'hypothèse de l'interruption volontaire de grossesse demandée par une jeune femme mineure, mais à défaut de précision il serait tout aussi applicable à la demande de modification esthétique ou au soins conventionnel.

Par ailleurs et en corollaire de ce premier point, L'art. L.1111-5 du Code de la Santé publique prévoit l'hypothèse où l'enfant demande le respect du secret vis à vis de ses parents. Il est évident que si l'acte s'impose pour la sauvegarde de la santé de l'enfant et que celui-ci persiste dans son refus d'informer les parents, le médecin peut non seulement se dispenser d'obtenir le consentement des parents, mais encore leur taire la mise en œuvre d'un traitement ou d'une intervention quelconque. Il incombe seulement à l'enfant concerné de se faire accompagner par une personne majeure de son choix.

Les dispositions de ce texte, qui concernent le mineur, incapable par nature, sont des mesures d'exceptions et de ce fait s'interprètent strictement. A ce titre, elles ne sont pas transposables à *l'incapable majeur*. Toutefois, les modifications apportées par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 sur les majeurs protégés, permettent aux termes des dispositions des articles 447, 457-1 et suivants du Code civil, d'associer la personne protégée à la décision médicale, et par là à lui offrir la possibilité d'en recevoir l'information. L'article 459 du Code civil, précise en effet que la personne protégée prend seule les décisions relative à sa personne. La décision de santé est par conséquent, et même si le texte ne le précise pas, au

³⁶ Kimmel-Alcover, l'autorité parentale à l'épreuve de la santé des mineurs, chronique d'un déclin annoncé, RDSS, 2005, p. 265 ; F. Dekewer-Defossez, l'autorité parentale à l'épreuve de la loi Kouchner, RGDM 2004, n° 12, p. 99.

centre de ce dispositif et l'information doit être donnée à la personne elle-même. Ce n'est que dans l'hypothèse où la personne sous tutelle ou curatelle ne peut pas prendre seule une décision « éclairée », qu'un représentant peut être désigné pour s'occuper de la protection personnelle de la personne protégée. Ce « tuteur à la personne » sera donc, dans cette hypothèse mais dans celle-ci seulement, associé à la personne protégée pour recevoir avec elle l'information du professionnel de Santé. Il participera de fait à la prise de décision. Néanmoins, le représentant de la personne placée en protection juridique trouve son pouvoir décisionnel limité en ce qu'il ne pourra prendre de décision concernant une atteinte grave à l'intégrité corporelle de la personne protégée, -hors le cas d'urgence- qu'avec l'accord du juge des tutelles ou du conseil de famille³⁷. Il s'agit là de tout acte chirurgical mais également thérapeutique lourd. L'ensemble de ces dispositions ne visent toutefois pas les hypothèses spécifiques dans lesquelles le Code de la Santé publique ou le Code de l'action sociale et des familles prévoient l'intervention d'un représentant légal, hypothèses dans lesquelles alors seule ce représentant légal devient l'interlocuteur du professionnel ou de l'établissement de santé³⁸.

Enfin, la loi Kouchner instaure la possibilité au patient de désigner une "personne de confiance" comme interlocuteur du médecin dans le dialogue thérapeutique. Cette disposition, fort originale, découle de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique. Le statut juridique de la personne de confiance a pu poser problème³⁹ car celle-ci se trouve tantôt associée à la personne, ce qui instaure la possibilité d'un dialogue triangulaire, tantôt représentante de la personne pour en recevoir l'information, tout particulièrement dans l'hypothèse où cette dernière serait hors d'état de recevoir l'information. La loi précise qu'il faut que la personne de confiance ait été désignée, au préalable et par écrit, par le malade que ce soit à titre temporaire ou à titre permanent. Son rôle se trouve aujourd'hui renforcé par la loi sur la fin de vie du 25 avril 2005⁴⁰.

Se pose en suite le problème lié aux modalités de la transmission de l'information. Traditionnellement on admet que l'information soit délivrée au cours d'une discussion entre le médecin et son malade. C'est là la base de ce que l'on nomme dialogue thérapeutique. Une fois encore on retrouve la recherche de l'équilibre entre l'annonce de la vérité et la volonté de

³⁷ C. civ. Art. 459 *in fine*.

³⁸ C. civ. Art. 459-1

³⁹ V. C. Esper, *La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ?* RGDM 2003, n° 11, p. 81.

⁴⁰ L. n° 2005-370 du 22 avril 2005. CSP, Art. L. 1110-5 *in fine*.

ne pas donner une information qui serait néfaste à la relation thérapeutique. C'est aujourd'hui expressément que l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique renvoie au respect des règles professionnelles et, de fait, à la formule équilibrée de l'article 35 du Code de déontologie médicale. Cet équilibre entre ce qui peut être dit et ce qui doit être dit pose en lui-même toute la mesure qui doit être au cœur de cet échange entre le Professionnel de santé et son patient. Cela doit s'inscrire dans un dialogue où le praticien appréciera en conscience ce qu'il doit dire ou non, la loi mettant l'accent sur la nécessité d'un véritable dialogue. Mais il est toutefois des cas où la loi impose le recueil du consentement par écrit, pour certains actes médicaux présentant un certain particularisme ou une certaine gravité. L'information dès lors peut également être attachée à ce formalisme. Ainsi en sera-t-il par exemple de l'acte d'interruption volontaire de grossesse⁴¹, du projet parental entrepris par assistance médicale à la procréation⁴², des expérimentations biomédicales⁴³ ...

Mais par principe, le recours à l'écrit n'est pas posé de manière générale, tout au contraire, les juridictions n'hésitant pas à poser la transmission de l'information au cours d'une discussion comme étant la règle⁴⁴.

La loi aujourd'hui confirme ce principe, puisque l'article L. 1111-2 al 3 énonce que l'information doit être délivrée « au cours d'un entretien individuel ». Cette exigence, parfaitement compréhensible si l'on regarde la finalité de l'obligation d'information, pose néanmoins des difficultés en ce qui concerne la preuve de l'accomplissement de cette obligation, elle-même devenue un véritable enjeu devant les juridictions.

Le problème de la preuve de l'exécution de l'obligation, est devenu, également, un moyen d'accroître la responsabilité liée au défaut d'information comme il en a été de son contenu. Pendant plusieurs décennies, les juges ont fait une application classique des principes communs en matière de preuve juridique, et estime, par application de l'article 1315 du Code civil, que c'était au patient de prouver le défaut d'exécution de l'obligation d'information⁴⁵. En pratique toutefois, c'était là faire peser un bien lourd fardeau au patient qui s'estimait victime d'un manquement de son professionnel, car apporter la preuve d'un fait négatif, à savoir que l'on n'avait pas reçu l'information, relevait d'une véritable prouesse : l'apport d'une preuve d'un fait négatif est quasiment impossible. C'est la raison pour laquelle

⁴¹ CSP, Art. L. 2212-4 et 5.

⁴² CSP, Art. L. 2141-3, la loi précisant même la remise d'une information détaillée remise aux membres du couple notamment sur les possibilités de devenir de leur embryon.

⁴³ CSP art. L. 1131-1

⁴⁴ Par ex. Cass. 1^{re} civ, 4 avril 1995, D 95, IR 120

⁴⁵ Ainsi, par ex.. Cass. 1^{re} civ. 29 mai 1959, D.59, p. 53 note R. Savatier.

la Cour de cassation dans le célèbre arrêt du 25 février 1997⁴⁶ a opéré un revirement affirmant qu'il incombait au professionnel de prouver qu'il a bien rempli son obligation d'information, en se fondant cette fois-ci sur les dispositions de l'article 1315 en son alinéa second.

Ce renversement de la charge de la preuve, bien que fort décrié par la pratique, a connu une consécration législative puisqu'il est désormais inscrit dans le dernier alinéa de l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Le texte de loi n'a cependant pas modifié la jurisprudence traditionnelle quant au moyen de preuve, puisque celle-ci peut toujours se faire par tout moyen qu'il s'agisse de témoignages, de commencements de preuve par écrit...⁴⁷

L'on ne peut néanmoins que constater toute l'ambiguïté qu'il y aurait à avoir recours à des témoignages pour prouver un entretien qui, par nature, est protégé par les dispositions pénales du secret médical⁴⁸ tout comme il serait délicat d'apporter des éléments de preuve tels qu'enregistrements ou documents écrits autre qu'une déclaration signée du patient. C'est la raison pour laquelle, en dépit de cette souplesse posée par le dernier alinéa de l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique, l'écrit semble demeurer nécessaire, pour ne pas dire indispensable au professionnel de santé. Mais aussi nécessaire qu'il soit à des fins probatoires, l'écrit ne doit en aucune manière dispenser le professionnel de donner les informations à la personne concernée *au cours d'un entretien individuel*. Ainsi le dit la loi, afin de parer à tout risque d'engagement de responsabilité...

B. l'engagement de la responsabilité

Le contentieux lié à l'obligation d'information du professionnel de santé est l'un des plus intéressants qui soit en matière médicale, peut être en ce qu'il en a constitué en son domaine le fer de lance, mais également en raison de sa complexité. A ce titre, sa mise en œuvre est fort symptomatique, car s'il paraît de prime abord assez simple d'engager une action en justice contre le professionnel en son fondement, une étude un peu détaillée révèle assez vite quelques difficultés.

Le principe d'engagement de la responsabilité du professionnel de santé en raison d'un défaut d'information semble découler, par principe, de tout manquement au respect de ce devoir. Les hypothèses classiques d'exonération sont *l'urgence*, *l'impossibilité* ou la *volonté*

⁴⁶ Cass. 1^{re} civ, 25 fév. 1997, D. 1997, Somm 319, obs. Penneau ; RTD civ 1997, 434; GP 27-29 avril 97, rapp. Sargos, note Guigue.

⁴⁷ Voir dès avant la loi du 4 mars 2002 : Cass. 1^{re} civ. , 22 sept. 1981 D. 82, IR 274, ; Cass. 1^{re} civ, 14 oct 1997, JCP 97, II, 22942.

⁴⁸ C. Pén, Art. L. 226-13.

de la personne d'être tenue dans l'ignorance. Ainsi en est-il généralement des hypothèses classiques de responsabilité civile, ainsi devait-il en être dans l'hypothèse de la responsabilité médicale au vu même des décisions de justice⁴⁹. La notion d'urgence, posée par l'article 16-3 du Code civil est un élément classique d'exonération en matière médicale, la volonté du patient, renvoie aux droits de la personne mais trouve également ses fondements dans la notion de conscience posée par le Code de déontologie. L'impossibilité doit s'entendre de manière matérielle, hypothèse assez improbable –mais qui reviendrait à un examen concret des conditions de l'exercice dans le cas considéré (situation de médecine de catastrophe, absence de conscience de la personne et absence d'un proche au moment de l'acte...). Ces situations se recoupent toutefois avec la notion d'urgence. L'impossibilité peut également couvrir la situation liée à un aspect psychologique, à savoir l'impossibilité, compte tenu de l'état de la personne ou de sa faiblesse morale, de lui donner une information qu'elle serait à même de pouvoir entendre. L'on retrouve alors un cas proche de la notion de conscience précédemment évoquée et d'appréciation discrétionnaire de ce que le praticien peut ou ne peut pas dire. Aujourd'hui l'ensemble de ces éléments ont été repris dans les dispositions des alinéas 4 et 6 de l'article L. 1111-2 du Code de la Santé publique, et semblent ainsi être les seuls éléments dispensant le professionnel de santé de son obligation.

Toutefois, il est essentiel de rappeler que l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel de santé demeure liée à l'existence d'un préjudice autonome : *la perte d'une chance*. Il s'agit d'un préjudice spécifique qui doit être entendu comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable⁵⁰ ce qui s'apprécie en matière médicale comme la perte de la faculté dont dispose le patient de pouvoir choisir, au vu de ce qui lui a été dit, entre se soigner ou pas. Largement prônée par la doctrine, la soumission à la reconnaissance d'un préjudice de « perte d'une chance » a été confirmée par la jurisprudence aussi bien de l'ordre administratif⁵¹ que de l'ordre judiciaire⁵². Cette condition est aujourd'hui le vecteur le plus effectif permettant au professionnel de s'exonérer de cette responsabilité.

L'effectivité de cette perte de chance a cependant été soumise aux avatars de la notion de refus de soins à laquelle elle est intimement liée. En effet, comment reconnaître la notion de

⁴⁹ Cass. 1^{re} civ. 7 oct 1998, JCP 1998, II, 10 179. Le même principe étant au demeurant repris dans le cadre de l'hospitalisation publique par le Conseil d'Etat : C.E. 5 janv. 2000 « Consorts Telle », D. 2000, IR 28.

⁵⁰ Cass. 1^{re} civ, 21 nov. 2006, D. 2006, IR 3013 ; JCP 2007, II, 10181, note ferrière ; RDC 2007, 266, obs. D. Mazeaud. V sur cette notion en matière médicale G. Mémeteau, Gaz. Pal. 1997, 2, Doctr. 1367.

⁵¹ C.E. 15 janvier 2001, D. 2001, 2924, note D. Dendoncker.

⁵² Cass. 1^{re} civ. 7 déc. 2004, resp. civ. et Ass. n° 2, fév. 2005, Comm. 60, note Radé.

perte de chance, si l'on ne reconnaît pas en amont de ce choix la faculté initiale, pour le patient, de se soigner ou pas ? C'est la raison pour laquelle l'idée de perte de chance fut largement réintroduite dans les décisions de justice par le refus de la reconnaissance de la notion « d'exception thérapeutique ». Il a longtemps été admis que le professionnel pouvait s'exonérer de son obligation d'information en démontrant l'absence de perte de chance, dès lors que l'absence d'une alternative de se soigner ou pas, du fait que l'intervention envisagée était médicalement nécessaire. Une importante décision du 18 juillet 2000⁵³ est revenue sur ce mode d'exonération de responsabilité en refusant de maintenir cette exception thérapeutique, que l'intervention soit, ou non, de toutes façons, nécessaire.

Le raisonnement était pourtant fort logique : il n'y avait pas à sanctionner de l'absence d'une perte de chance lorsque celle-ci n'existait pas. Ne pas admettre cette évidence, fut mal ressenti par les professionnels de santé tandis que les juridictions administratives, de leur côté mettaient à mal le principe même du refus de soins, lorsque celui-ci est lié à la survie de la personne⁵⁴. C'est la raison pour laquelle, un arrêt fort intéressant de la Cour d'appel de Paris du 4 mars 2005⁵⁵ est revenu sur le principe et semble aujourd'hui réintroduire l'exonération par l'exception thérapeutique. Dans l'affaire visée, la Cour a refusé d'engager la responsabilité liée au défaut d'information en se fondant sur le fait que la patiente, qui avait déjà subi des interventions similaires, n'aurait pas, *même informée*, refusé l'intervention. Par une telle annonce, les juges du fond ont certes prêté au patient des intentions qu'il n'aurait peut-être pas eues. Mais l'approche faite par les juges prend une dimension particulièrement pertinente au regard de la réaffirmation par le législateur soucieux de la fin de vie, qui consacre avec fermeté le droit au refus de soins comme il en ressort des dispositions des articles L. 1111-4 et L.1111-11 du Code de la Santé publique issu de la loi sur la fin de vie⁵⁶. La reconnaissance de « l'exception thérapeutique » comme mode d'exonération semble désormais être le principal, sinon le plus effectif, des freins à l'admission extensive de l'obligation d'information.

La question de l'information se pose aujourd'hui également par le droit qu'a le patient non plus seulement de recevoir l'information concernant sa santé, mais également d'y accéder

⁵³ Cass. 1^{re} civ. ,18 juill. 2000, D. 2000, IR. 217 ; Gaz. Pal. 2000, 2, 2451 obs. Bonneau.

⁵⁴ V. les célèbres décisions rendues propos du refus de soins demandé par les témoins de Jéhovah : V. TA Lille, ord. réf., 25 août 2002, JCP 2003, II, 10098, note L. Lambert-Garrel, A. Flasaquier, B. Pitcho et F. Violla et surtout CE ord., 16 août 2002, *Feuillatey*, D. 2002, IR 25-81, obs. M.-F. M. ; AJDA 2002, 723. ; Gaz. Pal. 15 17 sept. 2002, p. 9, obs. J.-F. Pansier ; LPA, n° 61, 26 mars 2003, obs. C. Clément.

⁵⁵ Paris, 4 mars 2005, D. 2005, 2131 commentaire E. Terrier.

⁵⁶ L. n° 2005-370 du 22 avril 2005

directement. C'est là un droit nouvellement acquis, qui méritera d'être examiné dans une analyse ultérieure.