

2016-2017

THÈSE

pour le

DIPLÔME D'ÉTAT DE DOCTEUR EN MÉDECINE

Qualification en médecine générale

**L'information du patient :
la preuve de l'information
et la réparation du défaut
d'information**

Etude rétrospective et analyse de la jurisprudence

RACHED Hadrien

Né le 27 avril 1990 à Paris (75004)

Sous la direction de Mme le Professeur Clotilde ROUGÉ-MAILLART

Membres du jury

M. le Professeur GARNIER François	Président
Mme le Professeur ROUGÉ-MAILLART Clotilde	Directeur
M. le Professeur BAUFRETON Christophe	Membre
Mme le Professeur VIGNON-BARRAULT Aline	Membre

Soutenue publiquement le :
Mardi 13 juin 2017



UFR SANTÉ

ENGAGEMENT DE NON PLAGIAT

Je, soussigné, RACHED Hadrien,
déclare être pleinement conscient que le plagiat de documents ou d'une
partie d'un document publiée sur toutes formes de support, y compris l'internet,
constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.
En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées
pour écrire ce rapport ou mémoire.

signé par l'étudiant le **07 mai 2017**

LISTE DES ENSEIGNANTS DE L'UFR SANTÉ D'ANGERS

Directeur de l'UFR : Pr Isabelle RICHARD

Directeur adjoint de l'UFR et directeur du département de pharmacie : Pr Frédéric LAGARCE

Directeur du département de médecine : Pr Nicolas LEROLLE

PROFESSEURS DES UNIVERSITÉS

ABRAHAM Pierre	Physiologie	Médecine
ASFAR Pierre	Réanimation	Médecine
AUBE Christophe	Radiologie et imagerie médicale	Médecine
AUDRAN Maurice	Rhumatologie	Médecine
AZZOUIZI Abdel Rahmène	Urologie	Médecine
BARON-HAURY Céline	Médecine générale	Médecine
BARTHELAIX Annick	Biologie cellulaire	Médecine
BATAILLE François-Régis	Hématologie ; transfusion	Médecine
BAUFRETON Christophe	Chirurgie thoracique et cardiovasculaire	Médecine
BEAUCHET Olivier	Gériatrie et biologie du vieillissement	Médecine
BENOIT Jean-Pierre	Pharmacotechnie	Pharmacie
BEYDON Laurent	Anesthésiologie-réanimation	Médecine
BIZOT Pascal	Chirurgie orthopédique et traumatologique	Médecine
BONNEAU Dominique	Génétique	Médecine
BOUCHARA Jean-Philippe	Parasitologie et mycologie	Médecine
BRIET Marie	Pharmacologie	Médecine
CAILLIEZ Eric	Médecine générale	Médecine
CALES Paul	Gastroentérologie ; hépatologie	Médecine
CAMPONE Mario	Cancérologie ; radiothérapie	Médecine
CAROLI-BOSC François-Xavier	Gastroentérologie ; hépatologie	Médecine
CHABASSE Dominique	Parasitologie et mycologie	Médecine
CHAPPARD Daniel	Cytologie et histologie	Médecine
CONNAN Laurent	Médecine générale	Médecine
COUTANT Régis	Pédiatrie	Médecine
COUTURIER Olivier	Biophysique et médecine nucléaire	Médecine
CUSTAUD Marc-Antoine	Physiologie	Médecine
DARSONVAL Vincent	Chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique	Médecine
DE BRUX Jean-Louis	Chirurgie thoracique et cardiovasculaire	Médecine
DESCAMPS Philippe	Gynécologie-obstétrique	Médecine
DIQUET Bertrand	Pharmacologie	Médecine
DUVAL Olivier	Chimie thérapeutique	Pharmacie
DUVERGER Philippe	Pédopsychiatrie	Médecine
ENON Bernard	Chirurgie vasculaire ; médecine vasculaire	Médecine
EVEILLARD Mathieu	Bactériologie-virologie	Pharmacie
FANELLO Serge	Épidémiologie ; économie de la santé et prévention	Médecine
FAURE Sébastien	Pharmacologie physiologie	Pharmacie
FOURNIER Henri-Dominique	Anatomie	Médecine
FURBER Alain	Cardiologie	Médecine
GAGNADOUX Frédéric	Pneumologie	Médecine
GARNIER François	Médecine générale	Médecine
GARRE Jean-Bernard	Psychiatrie d'adultes	Médecine
GOHIER Bénédicte	Psychiatrie d'adultes	Médecine
GRANRY Jean-Claude	Anesthésiologie-réanimation	Médecine
GUARDIOLA Philippe	Hématologie ; transfusion	Médecine
GUILET David	Chimie analytique	Pharmacie

HAMY Antoine	Chirurgie générale	Médecine
HUEZ Jean-François	Médecine générale	Médecine
HUNAULT-BERGER Mathilde	Hématologie ; transfusion	Médecine
IFRAH Norbert	Hématologie ; transfusion	Médecine
JARDEL Alain	Physiologie	Pharmacie
JEANNIN Pascale	Immunologie	Médecine
JOLY-GUILLOU Marie-Laure	Bactériologie-virologie ; hygiène hospitalière	Médecine
LACCOURREYE Laurent	Oto-rhino-laryngologie	Médecine
LAGARCE Frédéric	Biopharmacie	Pharmacie
LARCHER Gérald	Biochimie et biologie moléculaires	Pharmacie
LASOCKI Sigismond	Anesthésiologie-réanimation	Médecine
LAUMONIER Frédéric	Chirurgie infantile	Médecine
LEFTHERIOTIS Georges	Physiologie	Médecine
LEGRAND Erick	Rhumatologie	Médecine
LERMITE Emilie	Chirurgie générale	Médecine
LEROLLE Nicolas	Réanimation	Médecine
LUNEL-FABIANI Françoise	Bactériologie-virologie ; hygiène hospitalière	Médecine
MARCHAIS Véronique	Bactériologie-virologie	Pharmacie
MARTIN Ludovic	Dermato-vénérérologie	Médecine
MENEI Philippe	Neurochirurgie	Médecine
MERCAT Alain	Réanimation	Médecine
MERCIER Philippe	Anatomie	Médecine
MILEA Dan	Ophtalmologie	Médecine
PAPON Nicolas	Parasitologie mycologie	Pharmacie
PASSIRANI Catherine	Chimie générale	Pharmacie
PELLIER Isabelle	Pédiatrie	Médecine
PICHARD Éric	Maladies infectieuses ; maladies tropicales	Médecine
PICQUET Jean	Chirurgie vasculaire ; médecine vasculaire	Médecine
PODEVIN Guillaume	Chirurgie infantile	Médecine
PROCACCIO Vincent	Génétique	Médecine
PRUNIER Fabrice	Cardiologie	Médecine
REYNIER Pascal	Biochimie et biologie moléculaire	Médecine
RICHARD Isabelle	Médecine physique et de réadaptation	Médecine
RICHOMME Pascal	Pharmacognosie	Pharmacie
RODIEN Patrice	Endocrinologie, diabète et maladies métaboliques	Médecine
ROHMER Vincent	Endocrinologie, diabète et maladies métaboliques	Médecine
ROQUELAURE Yves	Médecine et santé au travail	Médecine
ROUGE-MAILLART Clotilde	Médecine légale et droit de la santé	Médecine
ROUSSEAU Audrey	Anatomie et cytologie pathologiques	Médecine
ROUSSEAU Pascal	Chirurgie plastique, reconstructrice et esthétique	Médecine
ROUSSELET M.-Christine	Anatomie et cytologie pathologiques	Médecine
ROY Pierre-Marie	Thérapeutique ; médecine d'urgence	Médecine
SAINT-ANDRE Jean-Paul	Anatomie et cytologie pathologiques	Médecine
SAULNIER Patrick	Biophysique pharmaceutique et biostatistique	Pharmacie
SENTILHES Loïc	Gynécologie-obstétrique	Médecine
SERAPHIN Denis	Chimie organique	Pharmacie
SUBRA Jean-François	Néphrologie	Médecine
UGO Valérie	Hématologie ; transfusion	Médecine
URBAN Thierry	Pneumologie	Médecine
VENIER Marie-Claire	Pharmacotechnie	Pharmacie
VERNY Christophe	Neurologie	Médecine
WILLOTEAUX Serge	Radiologie et imagerie médicale	Médecine
ZAHAR Jean-Ralph	Bactériologie-virologie ; hygiène hospitalière	Médecine
ZANDECKI Marc	Hématologie ; transfusion	Médecine

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

ANNAIX Véronique	Biochimie et biologie moléculaires	Pharmacie
ANNWEILER Cédric	Gériatrie et biologie du vieillissement	Médecine
AUGUSTO Jean-François	Néphrologie	Médecine
BAGLIN Isabelle	Pharmacochimie	Pharmacie
BASTIAT Guillaume	Biophysique et biostatistique	Pharmacie
BEAUVILLAIN Céline	Immunologie	Médecine
BELIZNA Cristina	Médecine interne	Médecine
BELLANGER William	Médecine générale	Médecine
BENOIT Jacqueline	Pharmacologie et pharmacocinétique	Pharmacie
BIGOT Pierre	Urologie	Médecine
BLANCHET Odile	Hématologie ; transfusion	Médecine
BOISARD Séverine	Chimie analytique	Pharmacie
BOURSIER Jérôme	Gastroentérologie ; hépatologie	Médecine
CAPITAIN Olivier	Cancérologie ; radiothérapie	Médecine
CASSEREAU Julien	Neurologie	Médecine
CHEVAILLER Alain	Immunologie	Médecine
CHEVALIER Sylvie	Biologie cellulaire	Médecine
CLERE Nicolas	Pharmacologie	Pharmacie
CRONIER Patrick	Chirurgie orthopédique et traumatologique	Médecine
DE CASABIANCA Catherine	Médecine générale	Médecine
DERBRE Séverine	Pharmacognosie	Pharmacie
DESHAYES Caroline	Bactériologie virologie	Pharmacie
DINOMAIS Mickaël	Médecine physique et de réadaptation	Médecine
DUCANCELLE Alexandra	Bactériologie-virologie ; hygiène hospitalière	Médecine
FERRE Marc	Biologie moléculaire	Médecine
FLEURY Maxime	Immunologie	Pharmacie
FORTRAT Jacques-Olivier	Physiologie	Médecine
HELESBEUX Jean-Jacques	Chimie organique	Pharmacie
HINDRE François	Biophysique	Médecine
JEANGUILLAUME Christian	Biophysique et médecine nucléaire	Médecine
JOUSSET-THULLIER Nathalie	Médecine légale et droit de la santé	Médecine
KEMPF Marie	Bactériologie-virologie ; hygiène hospitalière	Médecine
LACOEUILLE Franck	Biophysique et médecine nucléaire	Médecine
LANDREAU Anne	Botanique	Pharmacie
LE RAY-RICHOMME Anne-Marie	Valorisation des substances naturelles	Pharmacie
LEPELTIER Elise	Chimie générale Nanovectorisation	Pharmacie
LETOURNEL Franck	Biologie cellulaire	Médecine
LIBOUBAN Hélène	Histologie	Médecine
MALLET Sabine	Chimie Analytique et bromatologie	Pharmacie
MAROT Agnès	Parasitologie et mycologie médicale	Pharmacie
MAY-PANLOUP Pascale	Biologie et médecine du développement et de la reproduction	Médecine
MESLIER Nicole	Physiologie	Médecine
MOUILLIE Jean-Marc	Philosophie	Médecine
NAIL BILLAUD Sandrine	Immunologie	Pharmacie
PAPON Xavier	Anatomie	Médecine
PASCO-PAPON Anne	Radiologie et imagerie médicale	Médecine
PECH Brigitte	Pharmacotechnie	Pharmacie
PENCHAUD Anne-Laurence	Sociologie	Médecine
PETIT Audrey	Médecine et santé au travail	Médecine
PIHET Marc	Parasitologie et mycologie	Médecine
PRUNIER Delphine	Biochimie et biologie moléculaire	Médecine
RIOU Jérémie	Biostatistique	Pharmacie
ROGER Emilie	Pharmacotechnie	Pharmacie
SCHINKOWITZ Andréas	Pharmacognosie	Pharmacie
SIMARD Gilles	Biochimie et biologie moléculaire	Médecine

TANGUY-SCHMIDT Aline	Hématologie ; transfusion	Médecine
TRICAUD Anne	Biologie cellulaire	Pharmacie
TURCANT Alain	Pharmacologie	Médecine

AUTRES ENSEIGNANTS

AMIARD Stéphane	Informatique	Médecine
AUTRET Erwan	Anglais	Médecine
BRUNOIS-DEBU Isabelle	Anglais	Pharmacie
CAVAILLON Pascal	Pharmacie Industrielle	Pharmacie
CHIKH Yamina	Économie-Gestion	Médecine
FISBACH Martine	Anglais	Médecine
LAFFILHE Jean-Louis	Officine	Pharmacie
LETERTRE Elisabeth	Coordination ingénierie de formation	Médecine
O'SULLIVAN Kayleigh	Anglais	Médecine

REMERCIEMENTS

Au président du Jury,

Monsieur le Professeur François GARNIER,

Vous me faites l'honneur de présider cette thèse. Je vous remercie pour votre implication dans la formation des internes en médecine générale. Recevez l'assurance de ma gratitude et de mon profond respect.

A ma directrice de thèse,

Madame le Professeur Clotilde ROUGÉ-MAILLART,

Vous m'avez fait l'honneur de diriger mon travail. Je vous remercie pour votre soutien, votre disponibilité et la bienveillance que vous m'avez portée durant les différentes étapes qui ont jalonnées cette thèse. Je vous suis également reconnaissant de m'avoir offert l'opportunité de découvrir la discipline de médecine légale et de profiter de vos enseignements. Veuillez trouver ici l'expression de mon profond respect.

Aux membres du Jury,

Monsieur le Professeur Christophe BAUFRETON,

Vous me faites l'honneur de participer à mon jury de thèse. Votre expertise en éthique enrichira indéniablement mon travail. Recevez l'assurance de ma gratitude et de mon profond respect.

Madame le Professeur Aline VIGON-BARRAULT,

Vous me faites l'honneur de participer à mon jury de thèse. Votre savoir juridique est indispensable à mon travail. Recevez l'assurance de ma gratitude et de mon profond respect.

REMERCIEMENTS

A Madame le Docteur Elise DUGLEUX,

Je vous remercie pour la base solide que vous m'avez fournie. Cet article n'aurait jamais pu voir le jour sans le travail acharné que vous avez réalisé au cours de votre thèse. Recevez l'assurance de ma gratitude et de mon profond respect.

A Monsieur le Professeur Serge FANELLO,

Je vous remercie pour l'aide indispensable que m'avez apporté. Sans vous, ce travail n'aurait pas eu le même impact scientifique. Recevez l'assurance de ma gratitude et de mon profond respect.

A l'ensemble des équipes médicales et paramédicales qui ont participé à ma formation.

Au service de Médecine légale du CHU d'ANGERS,

Pour votre accueil chaleureux. C'est avec un grand plaisir et une impatience non feinte que j'attends de vous rejoindre.

A tous mes co-internes.

REMERCIEMENTS

A mes parents,

Ce travail vous est dédié. Tout au long de ma vie, vous m'avez toujours soutenu de manière indéfectible. Vous avez su me donner toutes les chances pour réussir et m'inculquer les valeurs qui m'ont permis de devenir l'homme que je suis. Trouvez dans la réalisation de ce travail, l'aboutissement de vos efforts ainsi que l'expression de mon amour pour vous.

A mon frère Alexandre,

Pour ta bienveillance et l'amour que tu me portes. Tu es un exemple que je m'efforce de suivre et par ce présent travail je tiens à te montrer ma gratitude.

A Ophélie,

Pour ta présence à mes côtés et le bonheur que tu m'apportes au quotidien. Merci de savoir passer outre mon caractère ombrageux.

A mes amis,

Vous vous reconnaîtrez. Pour tous les bons moments ensemble, passés mais surtout à venir.

LISTE DES ABREVIATIONS

ANAES Agence Nationale d'accréditation et d'évaluation en santé

PLAN

LISTE DES ABREVIATIONS	
RESUME I	3
RESUME II.....	4
I. LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT.....	5
A. INTRODUCTION	5
B. MATERIEL ET METHODES	8
C. RESULTATS.....	10
D. DISCUSSION.....	15
E. CONCLUSION	23
II. LE PREJUDICE D'IMPREPARATION.....	25
A. INTRODUCTION	25
B. L'EMERGENCE D'UN PREJUDICE MORAL.....	29
C. CLARIFICATION DE LA NATURE DE CE PREJUDICE MORAL.....	33
D. DE NOUVELLES AVANCEES SUR LES MODALITES DE REPARATION DE CE NOUVEAU PREJUDICE.....	38
E. CONCLUSION	42
BIBLIOGRAPHIE.....	43
A. LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT.....	43
B. LE PREJUDICE D'IMPREPARATION.....	44
LISTE DES TABLEAUX	47
TABLE DES MATIERES.....	48

PRESENTATION DE LA THÈSE

L'information du patient par son médecin sur son état de santé ainsi que sur les soins et les investigations qu'il propose est un devoir ancien puisant ses origines dans la déontologie médicale.

Cependant, les juristes et législateurs se sont emparés de ce sujet et ont modifié de manière importante tous les aspects la composant. Ainsi, la preuve et la réparation de cette information ont connu des changements qui ont transformé de manière durable le colloque singulier.

Dans un premier article, nous nous proposons d'étudier la preuve de l'information au travers d'une étude qualitative et rétrospective. Dans un second temps, au travers d'un second article nous allons étudier la doctrine juridique, médicale et la jurisprudence afin de faire l'état des lieux de la réparation pour défaut d'information ayant abouti récemment à la création d'un nouveau préjudice dit « d'impréparation ».

Ces deux articles ont pour vocation de tirer les enseignements nécessaires afin d'améliorer la compréhension entre le monde médical et judiciaire afin de faire bénéficier au patient d'une information de qualité, condition *sine qua non* à une prise en charge effective.

LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT

Hadrien RACHED¹, Elise DUGLEUX¹, Clotilde ROUGÉ-MAILLART^{1,2,3}

¹ UNAM université Angers, service de médecine légale, CHU 4 rue Larrey, 49933 Angers cedex 09 France

² UPRES EA 4337, centre de recherche juridique et politique Jean Bodin, UFR de droit, Université d'Angers France

³ GEROM UPRES EA 4658 IRIS-IBS institut de biologie en santé CHU Angers 49933 Angers cedex 09 France

Article accepté par la Revue de Chirurgie Orthopédique et Traumatologique.

LE PREJUDICE D'IMPREPARATION

Hadrien RACHED¹, Clotilde ROUGÉ-MAILLART^{1,2,3}, Lucile MONTET⁴

¹ UNAM université Angers, service de médecine légale, CHU 4 rue Larrey, 49933 Angers cedex 09 France

² UPRES EA 4337, centre de recherche juridique et politique Jean Bodin, UFR de droit, Université d'Angers France

³ GEROM UPRES EA 4658 IRIS-IBS institut de biologie en santé CHU Angers 49933 Angers cedex 09 France

⁴ Attachée de direction au Pôle Santé ORELIANCE à Saran

Article soumis à Médecine & droit.

RESUME I

LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT

INTRODUCTION

L'arrêt du 25 février 1997 de la Cour de cassation a imposé au médecin de prouver la réalité de l'information délivrée à son patient, renversant ainsi plus d'un demi-siècle de jurisprudence. En octobre 1997, les juges ont précisé que la preuve pouvait être apportée par « *tous moyens* », y compris par des présomptions. Aucune hiérarchie dans les moyens de preuve n'a été définie par les jurisprudences et la loi.

MATERIEL ET METHODES

Nous avons mené une étude qualitative et rétrospective s'étendant entre janvier 2010 et décembre 2015 sur le site LexisNexis®. 201 décisions de justice relatives à un défaut d'information ont été retenues et analysées afin d'étudier les profils des praticiens impliqués et les moyens de preuve apportés.

RESULTATS

201 praticiens ont été mis en cause pour défaut d'information parmi lesquels 156 chirurgiens et 45 orthopédistes. 92 praticiens basaient leur défense sur un moyen de preuve unique ; 40 sur un faisceau d'arguments. 101 chirurgiens sont condamnés, contre 26 praticiens exerçant une spécialité médicale.

CONCLUSION

Les chirurgiens sont plus à risque d'être mis en cause pour défaut d'information et principalement les chirurgiens orthopédistes. Ils ne sont cependant pas plus condamnés ($p = 0,49$). L'exercice libéral apparaît également comme un facteur de risque de condamnation pour défaut d'information.

Aucun moyen de preuve unique n'a plus de force probante qu'un autre ; c'est la multiplicité des moyens de preuves qui permet de prouver la bonne exécution de la délivrance de l'information ($p = 1,1 \times 10^{-5}$).

RESUME II

LE PREJUDICE D'IMPREPARATION

La réparation du défaut d'information concernant un acte de soin a connu de nombreuses mutations depuis le XXe siècle. D'un principe de réparation intégrale du dommage jusqu'aux années 90, les juges sont passés à un principe de réparation incomplète, voire nulle dans certains cas, en se fondant sur le principe de la perte de chance.

Cependant, la logique indemnitaire et la volonté d'expansion des droits individuels qui caractérisent le droit positif contemporain, ainsi que le desideratum de rendre effectif les lois promouvant le devoir d'information, ont poussé la jurisprudence à affirmer l'existence d'un nouveau préjudice dit « d'impréparation ».

La nature de ce préjudice et ses modalités ont été le sujet de nombreuses controverses que la jurisprudence récente tente, avec une certaine précaution, de clarifier.

I. LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT

A. INTRODUCTION

La relation entre le médecin et son patient est en pleine mutation depuis la moitié du XXe siècle. En témoigne l'évolution du droit à l'information du patient.

Si ce droit nous semble aujourd'hui faire partie intégrante de la relation médecin-patient, il est le fruit d'un long cheminement déontologique, législatif et jurisprudentiel.

L'obligation qui consiste pour le médecin à informer son patient est un devoir ancien qui puise ses origines dans les règles du code civil mais également dans le code professionnel ; les articles 35 et 41 du code de déontologie médicale de 1995 font mention de ce devoir de manière univoque (1).

Traditionnellement, la Cour de cassation considérait que, lorsque le patient estimait ne pas avoir été informé par son médecin, la charge de la preuve de cette non information lui incombaît.

Cette position jurisprudentielle reposait sur l'article 1353 alinéa 1 du code civil. En effet, dans le cadre d'un litige contractuel, sur ces bases juridiques, il incombe au demandeur d'apporter la preuve de la non réalisation de l'obligation contractuelle : le patient estimant que le médecin n'avait pas rempli son obligation contractuelle d'information devait apporter la preuve de cette absence d'information.

Mais le 25 février 1997, dans un fameux arrêt Hédreul, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure va rendre une décision majeure en termes de preuve du défaut d'information. Elle va poser le principe que, dans le cadre spécifique de l'information du patient, il appartient désormais au professionnel de santé de prouver la bonne exécution de son devoir d'information (2), se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 1353 du code civil.

Le Conseil d'Etat, la plus haute juridiction de l'ordre administratif, va s'aligner sur cette décision civile trois ans plus tard dans un arrêt Telle (3).

Très peu de temps après cet arrêt, le 14 octobre 1997, la Cour de cassation va poursuivre la construction de sa jurisprudence. Réaffirmant que la charge de la preuve du défaut d'information appartient bien au médecin, elle va en préciser les modalités de preuve. Elle va ainsi admettre que la preuve de l'information peut être apportée par tous les moyens (4). Les juges suprêmes vont même établir que cette preuve pourra émaner de présomption de faits qui, comme le précise l'article 1353 ancien du code civil (article 1382 nouveau), sont « *abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que de présomptions graves, précises et concordantes* ». Les juges estiment donc qu'ils pourront déduire des éléments du dossier médical que l'information a bien été apportée.

Ces avancées jurisprudentielles vont connaître une consécration législative avec l'adoption de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. L'information qui était jusqu'ici un devoir médical devient un véritable droit du patient.

Ce socle législatif définit clairement les modalités de la délivrance de l'information reprenant la ligne jurisprudentielle antérieure.

Cependant, malgré la clarification de ce droit à l'information au travers d'une assise légale, la question du meilleur moyen de preuve à fournir par le praticien devant une instance reste toujours une source d'inquiétude.

De nombreuses recommandations ont été rédigées dans la littérature spécialisée afin de répondre à cette interrogation, témoignant ainsi d'une crainte grandissante au sein du corps médical sur une judiciarisation de la relation médecin-patient.

Parmi ces recommandations, certaines, parfois émanant de l'ordre des médecins, ont promu l'information écrite et donc le formalisme qui lui est associé comme « la reine des preuves » (5-10).

Aucun texte de loi ne stipulant clairement une hiérarchie dans les moyens de délivrance de l'information pouvant être utilisés, nous nous proposons au travers de notre étude de déterminer les moyens de preuves retenus par les magistrats comme signe d'une information correctement délivrée et d'individualiser le plus à même d'avoir force probante lors d'un contentieux pour défaut d'information.

B. MATERIEL ET METHODES

Nous avons mené une étude qualitative et rétrospective de décisions de justice s'étendant sur une période de janvier 2010 à décembre 2015. La période d'inclusion intéresse l'année du rendu des décisions et non l'année de dépôt des litiges. La date de janvier 2010 n'a pas été fixée arbitrairement, en effet, antérieurement à cette date, les moyens de preuve présentés n'étaient pas systématiquement versés aux décisions de justice.

Il s'agit d'une consultation des décisions de justice au travers de l'étude du site LexisNexis®, un site ayant pour vocation de référencer de manière exhaustive les jurisprudences des Cours administratives et civiles. LexisNexis® présente par ailleurs la caractéristique de contenir un abstract rédigé par un juriste pour chaque décision de justice permettant une double lecture de la décision.

Nous avons effectué une recherche simple avec les mots-clés « information », « médicale » et « patient ».

917 documents ont été répertoriés au terme des deux recherches. Nous avons écarté toutes les décisions de justice qui n'avaient pas trait à la recherche de la responsabilité médicale pour défaut d'information (au nombre de 691). Nous avons par ailleurs écarté toutes les décisions pénales (au nombre de 25), le défaut d'information ne constituant pas une infraction pénale.

201 décisions de justice restaient à étudier : 179 décisions de la Cour d'appel, 14 arrêts de la Cour de cassation auquel on ajoute 5 décisions de la Cour administrative d'appel et 3 décisions du Conseil d'Etat. L'ensemble de ces données est compilé dans le diagramme de flux (figure 1).

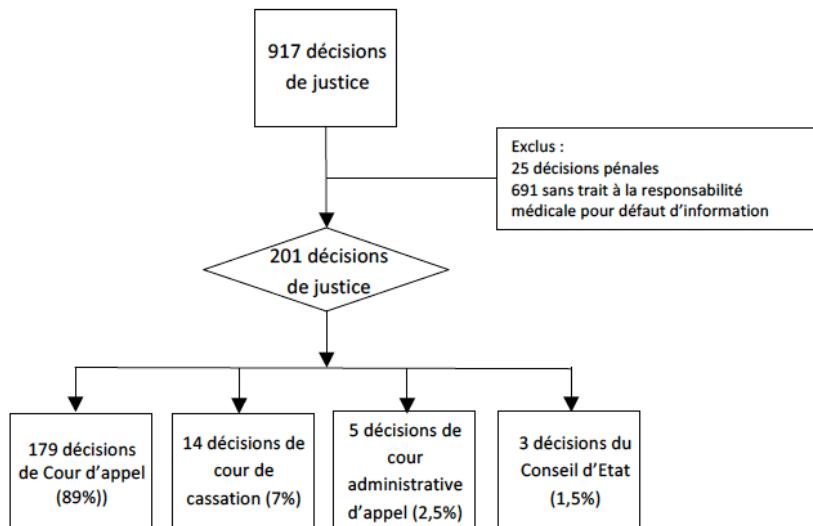


Figure 1 : Diagramme de flux sur la sélection des dossiers.

Pour chacun des dossiers sélectionnés, nous avons compilé :

- Le contenu de l'information dont il est fait grief au praticien,
- Les modes de preuve qui sont présentés par les praticiens pour leur défense,
- La condamnation ou non du praticien,
- La spécialité des praticiens mis en cause,
- La date de la décision rendue par la juridiction.

Pour toutes les variables qualitatives, les comparaisons des groupes ont été effectuées avec le test du χ^2 . Le seuil de significativité a été fixé à 0,05.

Pour le calcul des écarts types des différents pourcentages (erreur standard), nous avons utilisé la formule : erreur standard $\sigma = \sqrt{(pq/N-1)}$.

Nous avons comparé la démographie médicale des praticiens mis en cause à celle de l'atlas de démographie médicale de 2016 proposé par le conseil de l'ordre des médecins et qui a été considéré comme l'effectif théorique.

C. RESULTATS

I. A propos du nombre de dossiers défendus par année civile.

La répartition des dossiers en fonction des années civiles est compilée dans la Figure 2.

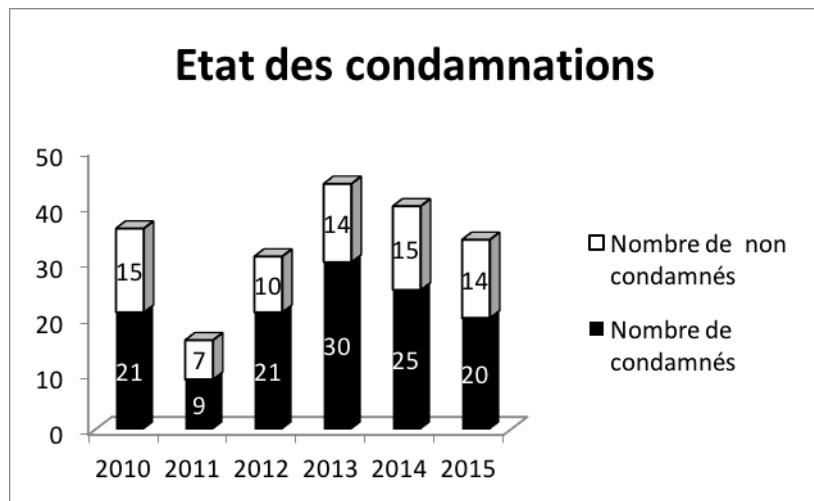


Figure 2 : Etat des condamnations par années civiles.

II. A propos du contenu de l'information litigieuse.

Dans 190 dossiers ($94 \pm 1,7\%$) le patient fait grief au praticien de ne pas l'avoir informé sur les risques inhérents à un acte de soin. Dans 8 dossiers ($4 \pm 1,3\%$), le patient fait grief au praticien de ne pas l'avoir informé des autres solutions possibles. Les 3 autres dossiers sont en lien avec l'information relatives à un refus de soin et au pronostic.

III. A propos du mode d'exercice des praticiens mis en cause.

Parmi les 201 décisions, 193 décisions étaient relatives à du contentieux relevant de l'ordre judiciaire et donc de l'exercice libéral ($96 \pm 1,3\%$), tandis que 8 relevaient de l'ordre administratif et donc de l'exercice public ($4 \pm 1,3\%$).

Selon l'atlas de démographie médicale de 2016 proposé par le conseil de l'ordre des médecins, il y aurait 198144 praticiens en activité régulière parmi lesquels 43,9 %

exercent en libéral.

Il existe une différence significative entre le groupe des libéraux de notre cohorte et les libéraux de la population générale, les libéraux de notre cohorte représentant plus du double attendu.

IV. A propos de la spécialité des praticiens mis en cause.

201 praticiens ont été mis en cause au terme de notre recherche.

Sur ces 201 praticiens, 45 exerçaient dans des spécialités dites médicales ($22 \pm 3\%$).

Le reste de la cohorte, soit 156 praticiens, étaient représentés par des chirurgiens ($78 \pm 3\%$). Nous avons assimilé les dentistes aux stomatologues par soucis de clarté.

Les chirurgiens orthopédistes mis en cause pour défaut d'information étaient au nombre de 45, soit $29 \pm 3,6\%$ des praticiens exerçant une spécialité chirurgicale

Cette répartition est présentée dans le Tableau I.

Spécialités chirurgicales	156	Spécialités médicales	45
Chirurgie vasculaire et thoracique	5	Radiologie	4
Stomatologie	15	Médecine générale	9
Obstétrique	18	Rhumatologie	3
Neurochirurgie	7	Oncologie	4
Chirurgie orthopédique	45	Anesthésie	11
Urologie	11	Dermatologie	2
ORL	13	Cardiologie	3
Chirurgie plastique	17	Hépato-gastro-entérologie	4
Chirurgie viscérale	12	Médecine d'urgence	2
Ophtalmologie	9	Psychiatrie	3
Chirurgie sans autre précision	4		

Tableau I : Répartition des praticiens en fonction de leur spécialité.

Selon l'atlas de démographie médicale de 2016 proposé par le conseil de l'ordre des médecins, il y aurait 24194 praticiens exerçant une spécialité chirurgicale (12,2 %) dont 3063 chirurgiens orthopédistes (soit 12 % de l'ensemble des chirurgiens en exercice et 1,5% de l'ensemble des praticiens en exercice).

Il existe une différence significative entre le groupe des chirurgiens de notre cohorte et les chirurgiens de la population générale.

V. A propos des condamnations.

101 ($65 \pm 3,8$ %) chirurgiens sont condamnés, contre 26 ($58 \pm 7,4$ %) praticiens exerçant une spécialité médicale. Il n'est pas mis en évidence de différence statistiquement significative entre ces deux groupes avec un odds ratio de 1.339916 IC 95% [0.6393982; 2.7753764] (Test du X^2 : $p = 0,49$).

Les orthopédistes condamnés, au nombre de 25, représentaient $25 \pm 4,3$ % de l'ensemble des chirurgiens condamnés.

$55 \pm 7,5$ % des orthopédistes mis en cause étaient condamnés pour défaut d'information.

L'ensemble de ces données sont compilées dans la figure 3.

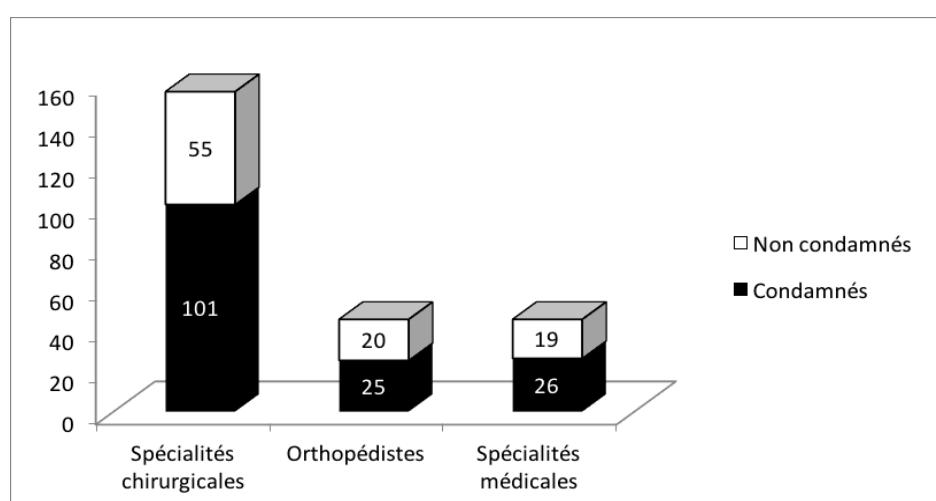


Figure 3 : Etat des condamnations en fonction de la spécialité.

VI. A propos des moyens de preuves apportés devant les juridictions.

Dans 17 dossiers, il n'y avait pas de précision dans le jugement sur le moyen de preuve employé. Seule 1 affaire sur ces 17 n'aboutit pas à une condamnation.

Dans 20 dossiers, aucun moyen de preuve n'a été présenté devant les juridictions.

L'intégralité de ces cas aboutit à une condamnation pour défaut d'information.

Dans 1 dossier, le défaut d'information n'a pas été discuté puisque la responsabilité a été retenue sur le défaut de prise en charge médicale.

Dans 3 cas, une faute technique du praticien autre que le défaut d'information a été mis en évidence et en conséquence, le patient a reçu la réparation de l'entier dommage en lien avec la faute technique, le défaut d'information ne pouvant se surajouter à cette condamnation.

Dans 5 cas, il n'est pas retenu de défaut d'information car les risques qui se sont réalisés et ont été à l'origine d'un dommage corporel étaient rares et non prévisibles.

Dans 1 cas, le praticien ayant fait un mauvais diagnostic, un défaut d'information ne peut lui être reproché en conséquence.

Dans 2 cas, le lien entre le dommage et le défaut d'information n'est pas établi, le défaut d'information ne peut être retenu.

Dans 20 cas, le défaut d'information est avéré mais n'est pas condamné au motif que le préjudice dit de perte de chance n'est pas invocable.

Dans le reste des dossiers présentés, 92 praticiens basaient leur preuve d'une bonne délivrance de l'information sur un moyen unique, les autres, 40 praticiens, basaient leur défense sur plusieurs faisceaux de preuve.

Parmi les 92 praticiens usant d'un mode de preuve unique, 74 ont été condamnés (soit $80 \pm 4,2\%$) parmi lesquels :

- 50 praticiens ayant présenté un moyen de preuve unique se basent sur l'écrit.
40 ont été condamnés ($80 \pm 5,7\%$).

- 24 praticiens basent leur défense sur des allégations orales uniques. 19 ont été condamnés ($79 \pm 8,5\%$).
- 16 praticiens se basent sur des présomptions pour former leur défense. 14 parmi les 16 ont été condamnés ($87,5 \pm 8,5\%$).
- 2 praticiens ne présentent comme moyen que des preuves testimoniales. 1 dossier sur les 2 a abouti à une condamnation (50%).

Sur les 40 praticiens basant leur défense sur un faisceau de preuves, 16 praticiens ont été condamnés (soit $40 \pm 7,8\%$).

Ces observations sont présentées dans la Figure 4.

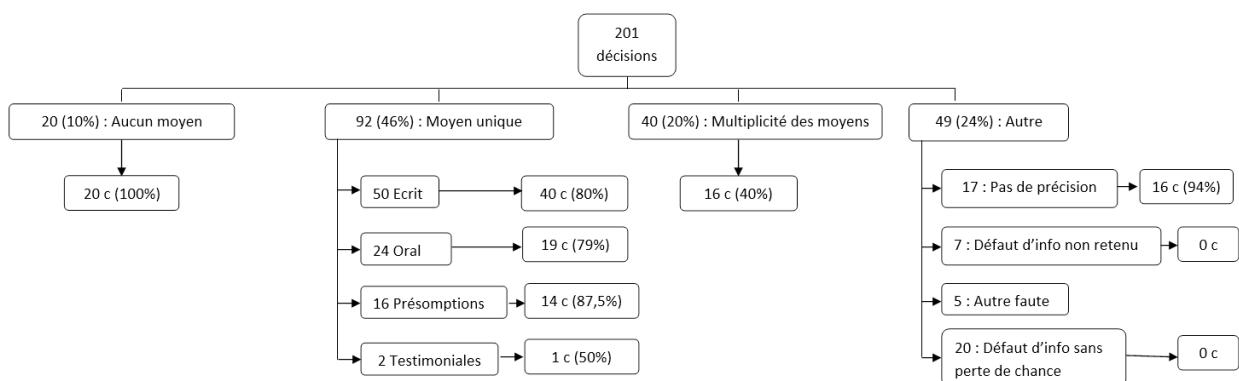


Figure 4 : Diagramme de flux concernant les décisions de justice (abréviations c : condamnés, info : information).

Nous avons mis en évidence une différence statistiquement significative entre les praticiens usant d'un mode de preuve unique et ceux utilisant plusieurs moyens de preuve avec un odds ratio de 0,165 IC 95% [0,07 ; 0,4] (Test du χ^2 : $p = 1,1 \times 10^{-5}$).

D. DISCUSSION

I. Interprétation des résultats

Au travers de cette étude, nous pouvons observer que les dossiers pour lesquels le praticien propose plusieurs moyens de preuve à sa défense aboutissent moins souvent à une condamnation que les dossiers pour lesquels un seul et unique moyen de preuve, peu importe sa nature, a été apporté. Ce résultat est statistiquement significatif ($p = 1,1 \times 10^{-5}$).

Nous constatons également que les praticiens exerçant une activité chirurgicale représentent la majorité des praticiens mis en cause pour manquement à leur devoir d'information et sont significativement plus représentés que dans la population des chirurgiens recensés dans l'atlas de démographie médicale proposé par le conseil de l'ordre des médecins.

Pour autant, s'il semble exister une tendance montrant que les chirurgiens sont plus condamnés que les médecins, cette différence n'est pas statistiquement significative au terme de notre étude ($p = 0,49$).

L'activité chirurgicale peut être donc perçue comme à risque de mise en cause pour défaut d'information mais pas comme à risque de condamnation pour ce motif.

Les chirurgiens orthopédistes sont moins condamnés pour défaut d'information que l'ensemble de l'effectif des praticiens exerçant une spécialité chirurgicale. Pour autant, leur représentativité importante dans la cohorte des chirurgiens mis en cause pour défaut d'information ($29 \pm 3,6\%$ des chirurgiens mis en cause), est bien supérieure à leur représentativité dans la démographie générale des chirurgiens (12 % des chirurgiens en exercice). Ceci montre à quel point ils sont à risque de plainte pour défaut d'information. Cette représentativité importante des orthopédistes mis en cause peut être expliquée par le nombre d'actes qu'ils réalisent, bien supérieur aux

autres spécialités chirurgicales et au fait que les indications de chirurgie orthopédique sont de plus en plus large comme le montre par exemple le rapport annuel de la MACSF® de 2016 (11). La chirurgie orthopédique étant par ailleurs une spécialité essentiellement à visée fonctionnelle, nous pouvons supposer que le patient soit plus enclin à témoigner son « mécontentement » au travers d'une action en justice que pour la réalisation d'actes à caractères vitaux.

L'exercice libéral apparaît également comme un facteur de risque de condamnation pour défaut d'information, eu égard à la surreprésentation des décisions de justice civiles sur les décisions administratives.

A l'exception de l'année 2011 qui comporte moins de dossiers de contentieux relatifs au défaut d'information, il existe une répartition assez équilibrée des dossiers défendus par année civile. Cette observation irait à l'encontre d'un « fantasme » de judiciarisation de la relation médecin patient provoqué par l'inversion de la charge de la preuve.

Confirmant les jurisprudences antérieures, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a fixé l'étendue du contenu de l'information devant être délivré par le médecin à son patient. Il en résulte que l'information doit porter sur le diagnostic et le pronostic, les investigations et les traitements proposés, leur utilité, leur urgence, les conséquences prévisibles en cas de refus et les autres solutions possibles ainsi que sur les risques fréquents et graves normalement prévisibles.

Nous pouvons pourtant remarquer que les dossiers relatifs au défaut d'information concernent principalement l'information sur les risques inhérents à un acte de soin. Cette information, est donc le point le plus controversé et le plus à risque d'amener à une procédure contentieuse.

II. Limites et biais de l'étude

L'équation booléenne employée pour parvenir à la sélection des dossiers, bien que faite pour être la plus précise possible, a pu entraîner un biais de sélection en écartant certains dossiers qui auraient pu être inclus dans l'étude. Néanmoins, sur les 917 dossiers obtenus à partir de la recherche, seulement 201 sont retenus, montrant que l'équation utilisée permettait un quadrillage laissant peu de place à l'omission de certains dossiers.

La surreprésentation des décisions de justice civiles sur les décisions administratives peut laisser supposer que les bases de données de LexisNexis® ne soit pas en définitive exhaustives et donc qu'elles aient pu également entraîner un biais de sélection des dossiers, en excluant des décisions administratives.

Il peut nous être également opposé un biais d'interprétation des décisions de justice, néanmoins le site LexisNexis® en proposant un abstract rédigé par un juriste ne prenant pas part à l'étude permet de rejeter cette éventualité.

Par ailleurs, si on objective une répartition homogène du nombre de dossiers défendus par année civile, l'année d'étude d'une affaire devant une juridiction ne permet pas de juger véritablement d'une dynamique de judiciarisation ou non de la relation médecin-patient car de fait, le parcours judiciaire peut conduire ces conflits devant la justice des années après leur initiation.

En outre, nous n'avons pas fait de comparaison avec les décisions de justice antérieure à la jurisprudence de 1997, afin d'évaluer si l'inversion de la charge de la preuve n'a pas augmenté le nombre de litiges relatifs au défaut d'information.

Un autre biais vient du fait que l'atlas de démographie médicale de 2016 proposé par le conseil de l'ordre fait état et de 10,3 % ayant une activité mixte. Nous n'avons pas intégré l'exercice mixte dans notre comparaison, nous avons donc probablement minoré la part de l'activité libérale dans la population générale et donc majoré le facteur de risque que représente ce mode d'exercice.

Enfin, si nous avons montré la supériorité de la multiplicité des moyens de preuve face à l'emploi d'un unique moyen, nous n'avons pas réalisé d'étude dans le bloc des moyens de preuves multiples permettant d'identifier une association supérieure aux autres ou en comparant chaque association relativement aux moyens de preuve unique.

III. Réflexion sur l'information du patient

L'inversion de la charge de preuve qui a été considérée comme un revirement jurisprudentiel majeur, et a été appréhendé avec émoi par la communauté médicale, n'a pas en réalité bouleversé les décisions de justice.

Ainsi, une étude portant sur les décisions de justice antérieure à la jurisprudence de la Cour de cassation du 25 février 1997 montrait que, dans seulement 1 cas sur 20, le patient, (période où il lui incombait la charge de la preuve) se trouvait dans la difficulté d'exposer une preuve de défaut d'information (12). Il apparaît également illusoire de penser que le praticien mis en cause pour défaut d'information avant 1997 allait rester passif durant la procédure contentieuse, laissant au seul patient la charge d'apporter les éléments en faveur de sa non information, ce d'autant que pour ce type de litiges, l'avis d'un expert est bien souvent demandé.

C'est ainsi que les Professeurs Ghestin et Goubeaux explicitent en une phrase la portée mineure de cette inversion de la charge de la preuve : « *Dès lors que les juges ont pu se forger une conviction à l'égard des allégations des parties, il est sans intérêt*

de rechercher sur qui pesait la charge de la preuve » (13).

Les législateurs ont légitimement pensé qu'il était plus aisé d'apporter la preuve d'un fait positif que celle d'un fait négatif (14), cette position s'inscrivant dans l'évolution actuelle du droit, marquée par une plus grande exigence à l'égard des professionnels, en faveur d'une protection accrue des « consommateurs ». Nous comprenons à la lecture de notre exposé, que ce changement reste en réalité d'ordre symbolique.

La complexité de la délivrance de l'information du patient concernant les risques inhérents à un acte médical transparaît à la lecture de cette étude.

L'article R.4127-35 du code de la santé publique stipule que cette information se doit d'être circonstanciée et adaptée au patient qui la reçoit. Elle ne peut en conséquence s'envisager que dans le cadre d'un échange oral pendant lequel le praticien pourra adapter son discours à son interlocuteur.

Le support écrit tient une place secondaire dans le processus d'information du patient. Les juges veulent ainsi éviter l'écueil qui consisterait, pour le praticien, à ne faire reposer la preuve de l'information que sur un écrit signé par le patient.

L'information doit rester une information orale, délivrée au cours d'une consultation. C'est le seul moyen de délivrer une information adaptée au patient qui lui permettra de consentir de « manière éclairée » comme le préconise la loi (15).

Au travers d'un formalisme trop important, le praticien pourrait faire perdre la dimension humaine de la relation médecin-patient.

En effet, ces documents écrits, rédigés pour la plupart par des colloques de praticiens ou par les sociétés savantes, peuvent avoir l'effet « pervers » d'entraîner une désinformation du patient au regard de leur nature par essence impersonnelle, « opaque » et « rigide » (14).

Il est indéniable que l'information écrite présente un intérêt important, mais elle ne peut se concevoir que dans la globalité d'une consultation, au moment opportun, et

ayant pour but final d'offrir un moment de réflexion au patient et de parachever l'effort d'information initié lors de l'entretien oral individuel adapté à l'interlocuteur (15).

La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé avait précisé que des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation (L'ANAES a été, avec d'autres commission, regroupée au sein de la Haute autorité de Santé en 2014).

Dans ses recommandations de mars 2000, l'ANAES indique que l'information peut prendre toute les formes mais doit répondre à certains critères :

- Être hiérarchisée et reposer sur des données validées.
- Présenter les bénéfices attendus des soins envisagés avant leurs inconvénients et risques éventuels, et préciser les risques graves y compris exceptionnels, c'est à dire ceux qui mettent en jeu le pronostic vital ou altèrent une fonction vitale.
- Être compréhensible avec la nécessité de s'assurer de la compréhension de l'information.
- L'information orale est primordiale, le document écrit constitue qu'un complément de cette information.

Par ailleurs, la disparité entre le jugement et la plainte initiale du patient que nous avons pu observer au cours de l'étude de certains dossiers, soulève la question de la perception de la qualité de l'information reçue. Ainsi, dans un article publié en 2006, C. DUMONTIER montrait au travers d'une étude prospective que la concordance entre l'information donnée par le chirurgien et celle retenue par le patient variait de 15 à 50 % et mettait ainsi en évidence la difficulté d'obtenir un consentement

véritablement éclairé (16). L'utilisation de plusieurs moyens d'information devrait pouvoir diminuer la subjectivité liée au patient.

Enfin, nous comprenons également que la preuve de la délivrance de cette information, lorsqu'elle est exigée, n'est pas plus aisée. En effet, lorsqu'un patient invoque, à l'appui de son action en justice, un défaut d'information de la part du praticien, il revient à ce dernier de prouver une obligation essentiellement orale dans le cadre d'une procédure judiciaire essentiellement écrite.

Or, l'expérience de la gestion contentieuse nous permet d'affirmer que si cette preuve peut être apportée par « *tous moyens* », il n'existe en définitive aucun mode de preuve parfait et incontestable.

Le juge du fond a un pouvoir souverain d'appréciation sur l'ensemble des éléments de présomption que chaque partie présente à l'appui de ses prétentions. La meilleure des preuves reste donc la multiplicité des preuves ; c'est-à-dire des éléments convergents permettant au juge de se forger de son intime conviction :

- Allégations orales.
- Mention dans le dossier patient du ou des entretiens d'information.
- Courrier adressé à un confrère participant à la prise en charge, synthétisant l'information délivrée (dicté de préférence en présence du patient).
- Attestation d'information signée par le patient.
- Témoignages éventuels.

Voir le patient comme un éventuel plaideur risque d'écartier le praticien de l'objectif principe de l'information, à savoir donner au patient les « clefs » indispensables lui permettant de prendre une décision éclairée à la lumière de cette information.

Le meilleur moyen d'éviter un contentieux judiciaire et surtout de parvenir à obtenir l'adhésion du patient aux soins reste de forger avec lui une relation basée sur la loyauté qui s'inscrira dans une continuité du soin.

L'évolution de la relation médecin-patient en un modèle délibératif nécessite l'instauration d'un dialogue sur les décisions thérapeutiques, aboutissant à des décisions prises conjointement, partagées à la lumière de l'information délivrée.

Virginie Abellard nous rappelle que le patient n'est plus l'être passif obéissant aveuglement, mais est devenu un véritable partenaire dans la lutte contre la maladie.

La société lui impose un rôle toujours plus important dans les décisions médicales le concernant. Ce rôle parfois lourd à endosser permet de comprendre la nécessité d'une information de qualité.

Pour la reprendre, les décisions du praticien sur la santé de ses patients peuvent avoir des conséquences considérables sur sa vie future, les lois visant à promouvoir l'obligation d'information ne sont qu'une réponse légitime permettant de restaurer une équité dans le colloque singulier (17).

E. CONCLUSION

Au terme de cette étude, aucun moyen de preuve pris isolément n'est jugé meilleur qu'un autre comme preuve d'une bonne délivrance d'une information au patient. C'est bien l'addition des moyens de preuve qui semble avoir le plus de force probante, et ainsi permettre d'éviter une condamnation pour défaut d'information. La preuve écrite, fortement plébiscitée par la doctrine médicale et juridique, ne tient qu'une place restreinte et ne prend sa dimension informative qu'à l'aune des autres moyens d'information mis à la disposition du praticien.

L'exercice chirurgical n'est pas un facteur de risque statistiquement démontré de condamnation pour défaut d'information.

L'exercice libéral est à risque de condamnation pour défaut d'information.

L'information sur les risques d'un acte de soin reste le point de l'information le plus à risque de procédure contentieuse.

Cependant, il convient de modérer les conclusions de notre étude.

En effet, par un arrêt du 7 février 1990, la première chambre a jugé que, pour sanctionner le défaut d'information, il fallait se placer sur la perte de chance. C'est-à-dire que le praticien, en manquant à son obligation d'information, a uniquement fait perdre une chance au patient de refuser l'acte médical et donc le dommage qui en résultait. Le médecin ne sera donc condamné qu'à indemniser la perte de chance et non l'entier dommage.

Dans un nouvel arrêt du 4 février 2003, la première Chambre Civile entérine que si le praticien pouvait prouver que le patient même dûment informé n'aurait pu se soustraire à l'acte médical au vu de l'impériosité de ce dernier, la perte de chance ne pouvait être invoquée.

Ainsi, lorsqu'un acte médical était considéré comme indispensable, un défaut d'information même prouvé n'entraînait aucune condamnation.

Ce principe a prévalu pendant une grande partie du XXe siècle. Cependant ce principe

ne satisfaisait pas pleinement la doctrine, car de fait, le défaut d'information n'était pas systématiquement condamné et donc indemnisé.

C'est en cela que se dessina une mouvance doctrinale à la recherche d'une meilleure indemnisation des patients qui va aboutir à la création d'un nouveau préjudice, dit préjudice d'impréparation, indépendant de la perte de chance.

Nous avons pu remarquer que les cas où le défaut d'information était avéré mais n'aboutissant pas à une condamnation ont fortement diminué au cours des différentes années civiles avec l'apparition progressive de la demande de réparation de ce nouveau préjudice indépendant de la perte de chance.

Une nouvelle étude, à distance de la création de ce nouveau préjudice, nous parait nécessaire pour évaluer ses répercussions sur les condamnations pour défaut d'information.

II. LE PREJUDICE D'IMPREPARATION

A. INTRODUCTION

Dans le cadre d'un litige entre un patient et un praticien, et en l'absence de faute technique avérée, les professionnels du droit se sont, dans une logique indemnitaire qui caractérise le droit contemporain, tournés vers le défaut d'information afin de réparer les dommages corporels des patients. Pourtant, les juristes et législateurs s'efforcent de modifier depuis la moitié du XXe siècle tous les aspects relatifs à la réparation du défaut d'information. Celle-ci a en effet subi de nombreuses évolutions jurisprudentielles accordant plus ou moins d'indemnisation au patient en cas de défaut d'information.

Au travers du célèbre arrêt Teyssier du 28 janvier 1942 (1), la jurisprudence civile consacrait l'obligation de conseil et d'information et reconnaissait son manquement comme faute dans le contrat établi entre le praticien et son patient.

L'arrêt Teyssier avait posé le principe d'une réparation de l'entier dommage. Dans cette affaire, une jeune fille avait dû subir les graves conséquences d'une gangrène survenue dans les suites d'une intervention chirurgicale. Elle reprochait au chirurgien de ne pas l'avoir informée du risque infectieux de cette intervention. Les juges avaient reconnu le défaut d'information et condamné le chirurgien à indemniser l'entier dommage, estimant que si le chirurgien avait recherché le consentement du patient avant d'opérer, le dommage ne se serait pas produit et que ce manquement était à l'origine de l'entièreté du dommage. Au regard du lien de causalité, condition indispensable pour engager la responsabilité, les juges retenaient la théorie de l'équivalence des conditions : sans la faute le dommage ne se serait pas produit, la faute étant donc bien à l'origine du dommage. Ainsi, tous les facteurs ayant contribué à la survenance du dommage doivent être pris en compte.

Cette jurisprudence a été maintenue durant de nombreuses années. Ainsi dans un arrêt Michel du 11 février 1986 (2) le juge civil retenait que « *le manque d'information, qui n'avait pas permis aux parents de prendre une décision éclairée et de motiver un refus éventuel [...] alors que la survenance du dommage dont il était demandé réparation constituait la réalisation du risque qui aurait dû être signalé [...], avait été la cause exclusive du dommage et que la responsabilité des deux médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice subi*

Toutefois, après une période de stabilité jurisprudentielle d'environ un demi-siècle, le principe de réparation intégrale pour défaut d'information par un professionnel de santé va être remis en cause.

Il est clair que les juges en charge de ces contentieux se sont vu opposer un lien de causalité très distendu pour ne pas dire inexistant entre le dommage corporel et le défaut d'information, en effet le dommage résulte de la complication de l'acte technique et non du défaut d'information.

C'est donc par un arrêt du 7 février 1990 dit arrêt Jugnet (3), que la première chambre a jugé, que pour sanctionner le manquement au devoir d'information, il fallait se placer sur le fondement de la perte de chance. En d'autres termes, en manquant à son obligation d'information, le médecin a uniquement fait perdre au patient une chance de refuser l'acte médical et donc le dommage consécutif. S'il n'est pas certain que l'information délivrée aurait empêché la survenance du dommage, il est certain que le fait générateur a fait perdre une chance au patient d'éviter le dommage. Nous pouvons néanmoins apporter une nuance à cette solution, car comme le soulignait la chambre criminelle de la Cour de cassation du 09 octobre 1975 « *l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition de la possibilité d'un évènement favorable (...) encore que, par définition, la réalisation*

d'une chance ne soit jamais certaine ». Dans le cadre de la perte de chance il existe donc une incertitude sur ce qui serait advenu sans le fait dommageable. Mais la nature de la perte de chance n'est pas le sujet de ce présent article.

Le défaut d'information n'avait donc pas de lien de causalité direct avec le dommage corporel résultant de l'acte médical. En somme, la réparation du préjudice de perte de chance occasionné ne pouvait en aucun cas être équivalente à la réparation de l'entier dommage. La réparation de la perte de chance correspondait donc à une « *fraction* » de l'entier dommage et qui était laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond en charge de l'affaire. La Cour de cassation venait par ce moyen de remédier à l'insuffisance du lien causal et limitait également la sévérité de la jurisprudence antérieure.

Dans un nouvel arrêt du 4 février 2003 (4), la première Chambre civile poursuit la construction de sa jurisprudence en matière de responsabilité pour défaut d'information. En effet, cet arrêt énonce que si le médecin pouvait prouver que le patient même dûment informé ne pouvait se soustraire à l'acte médical au vu de son caractère indispensable, la perte de chance ne pouvait être invoquée. De fait, comment faire valoir que le défaut d'information sur les risques de l'acte médical a fait perdre une chance d'éviter le dommage réalisé, alors que cette chance n'existe pas eu égard à l'impossibilité de se soustraire l'acte de soin, même en pleine possession de l'information ? La Haute Cour judiciaire retenait ainsi la même solution que celle affirmée par le Conseil d'Etat quelques années plus tôt en 2000 (5).

La Cour de cassation avait posé deux principes : un défaut d'information sur le risque qui s'était réalisé ne peut conduire qu'à l'indemnisation de la perte de chance d'avoir pu se soustraire au risque ; et cette perte de chance ne pouvait être retenue que si l'acte médical proposé n'était pas considéré comme indispensable.

Ainsi, dans un cas où les juges estimaient que le patient même averti n'aurait pas

refusé l'acte, le dommage n'était pas indemnisé, bien que le défaut d'information soit avéré en l'espèce.

Les juridictions du fond ont tenté de revenir sur une possible indemnisation de l'entier dommage suite à un défaut d'information, mais les juges souverains réaffirment clairement en 2004 que dès lors qu'un défaut d'information sur le risque est prouvé, la réparation ne peut porter que sur la perte de chance et non sur l'entier dommage.

Ainsi en 2004, un patient dont un acte de soin lui avait causé un préjudice sur lequel il n'avait pas été informé préalablement du risque potentiel, ne se voyait plus indemniser sur le fondement de la perte de chance, si l'acte en question lui était indispensable.

D'une réparation de la totalité d'un préjudice subi du fait d'un défaut d'information, nous étions passés à une réparation inexisteante dans certains cas. L'obligation d'information ordonnée par les lois n'était pas appliquée par les juridictions de manière satisfaisante, pour ne pas dire parfois inappliquée.

C'est dans ce contexte qu'en 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation rendait un arrêt faisant office de revirement jurisprudentiel et qui consacrait l'émergence d'un préjudice moral (B) dont la nature s'est clarifiée (C) et dont les modalités de réparation ont été récemment précisées (D).

B. L'EMERGENCE D'UN PREJUDICE MORAL

La première chambre civile dans un arrêt de 2007 (6) a cassé la décision de juges du fond qui avaient retenu un préjudice s'apparentant à un préjudice moral plutôt que de se fonder sur la classique perte de chance, celle-ci ne pouvant être invoquée dans l'affaire dont ils avaient la charge. La Haute Cour refusait donc d'entendre le débat qui animait les juges du fond et la doctrine, qui cherchaient à améliorer l'indemnisation pour défaut d'information. La Cour de cassation essayait peut être de résister à la « dérive » indemnitaire qui imprègne le droit positif contemporain et qui est sujette à la réprobation d'une partie de la doctrine (7). Pourtant, en 2010, cette même chambre opéra un revirement jurisprudentiel bouleversant les modalités de réparation du défaut d'information (8). Pour ce qui est du présent cas, un patient ayant subi une adénomectomie prostatique à la suite de laquelle il était devenu impuissant, engagea la responsabilité du chirurgien au motif que ce dernier n'avait pas rempli son devoir d'information sur les troubles érectiles pouvant découler de cette opération, demandant réparation du préjudice de perte de chance consécutif à ce défaut d'information. Le caractère indispensable de cette opération fut mis en évidence à l'issue des débats, et les juges du fond statuèrent qu'en conséquence aucune perte de chance ne pouvait être invoquée, cette position s'inscrivant dans la ligne jurisprudentielle classique.

Néanmoins, le patient s'est pourvu en cassation et obtenu réparation en invoquant les articles 16 et 16-3 (9) du code civil, articles visant à protéger la dignité de la personne humaine. Si en l'espèce le demandeur admettait la nécessité de cette opération, le chirurgien en se soustrayant à son devoir d'information a conduit à la violation d'une information légalement due (sur la base de ces articles) à l'origine d'un préjudice moral.

Cet arrêt est riche de deux enseignements. D'une part, cet arrêt opère un revirement important puisque, au regard des articles visés, la responsabilité médicale pour défaut

d'information est désormais sanctionnée sur le terrain délictuel, alors qu'elle était sanctionnée sur le terrain contractuel depuis l'arrêt Mercier de 1936 (rappelons que cet arrêt MERCIER de 1936 avait organisé la relation médecin patient sur la base d'un contrat afin de permettre l'indemnisation du requérant).

Ce changement pourrait paraître capital, mais avec l'harmonisation des délais de prescription de la responsabilité médicale, mis en place par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (10) (étendue à l'ensemble de la responsabilité civile par la loi du 17 juin 2008 (11)), la distinction entre une faute délictuelle et contractuelle n'avait plus de véritable intérêt, ce d'autant que, le praticien est tenu par les mêmes obligations quel que soit la responsabilité engagée (les juristes contemporains parlent d'une responsabilité transversale et *sui generis*, dépassant la dualité délictuelle/contractuelle et civile/administrative depuis la promulgation de cette loi).

En outre, cet arrêt était à l'origine de l'émergence d'un droit fondamental à l'information sanctionné sur le principe d'un préjudice moral et posait également le principe que le défaut d'information doit conduire à une réparation alors même qu'aucune alternative thérapeutique n'était envisageable.

Cette décision répondait à une demande ancienne de la doctrine qui souhaitait que tout manquement au devoir d'information soit une source de responsabilité indemnitaire, restaurant l'effectivité de l'obligation légale d'information.

Comme le soulignait Laurent NEYRET, l'émergence de ce nouveau préjudice amènerait à la création d'un dispositif qu'il qualifie de « *triple détente* ». Dans un premier temps, la réparation de l'entier dommage, si une faute technique était mise en évidence. Dans un deuxième temps, la réparation de la perte de chance, si aucune faute n'avait été mise en évidence mais qu'il existait un défaut d'information ayant fait perdre une possibilité au patient de se soustraire à l'acte médical. Dans un troisième temps, enfin, la réparation du préjudice moral d'impréparation, si la perte de chance ne

pouvait être prétendue du fait que le patient n'avait pas d'autres choix que d'accepter l'acte de soin proposé (12). Ce préjudice moral ayant plus une vocation « consolatoire » que véritablement réparatrice.

Néanmoins, en se basant sur des articles relatifs aux libertés fondamentales, cet arrêt de 2010 consacrait un préjudice moral autonome vis-à-vis d'un éventuel dommage finalement subi. Ce caractère autonome relevé par une partie de la doctrine a donné matière à réflexion (13). Ce caractère autonome permettait de s'affranchir du classique triptyque de la responsabilité civile, puisqu'il ne serait pas nécessaire de rapporter la preuve du « choc » subi, car le seul fait de prouver l'existence de la faute d'information serait à l'origine d'un préjudice que le juge serait contraint de réparer. Pour autant, au-delà de l'avancée dans le domaine de l'information des soignés, l'arrêt allait plus loin, il changeait expressément la relation médecin-patient. Le médecin risquait de se voir condamné à indemniser tous les patients non informés quand bien même ceux-ci n'auraient subi aucun préjudice corporel, mais se seraient sentis lésés par l'absence d'information des risques potentiels. Cette agitation autour de l'existence d'un droit subjectif à l'information, et non plus seulement d'un devoir incomitant au médecin, avait été mis en évidence dans un précédent article de 2011 (14).

Le risque de ce nouveau préjudice était d'instiller des craintes au sein du corps médical et de faire preuve d'une sévérité trop importante à son encontre.

Par ailleurs, n'étant pas fait mention de la perte de chance dans cet arrêt, il était possible de comprendre que l'apparition de ce nouveau droit fondamental à l'information se substituait à cette notion et que le patient, en conséquence, ne pouvait plus se prévaloir du préjudice de perte de chance. A noter que la solution d'une réparation d'un préjudice purement moral ne peut nécessairement aboutir qu'à une indemnisation moins importante que l'indemnisation de la perte de chance qui regroupe plusieurs chefs de préjudice de différentes natures. Cette solution ne serait

pas une avancée pour les victimes, et irait à l'encontre de la logique indemnitaire contemporaine.

C. CLARIFICATION DE LA NATURE DE CE PREJUDICE MORAL

La Cour de cassation avait donc pris le parti de créer un nouveau droit subjectif. Dans un article de 1999 (15) nous proposions une autre façon d'appréhender ce préjudice et évoquions un préjudice accessoire au dommage corporel, dit préjudice « d'impréparation » qui se qualifierait à l'aune du dommage corporel. Ce type de préjudice paraissant moins artificiel que celui créé par la Haute Cour. En effet, comme le précisait Nathalie JOUSSET dans un article de 2009 (16), un préjudice moral autonome serait difficilement individualisable dans le cas où un préjudice corporel avait lieu, ce préjudice moral se confondant avec les autres préjudices moraux découlant du dommage corporel. Par ailleurs dans le cas où aucun préjudice corporel n'avait eu lieu, retenir l'existence d'un préjudice moral autonome serait en quelque sorte spéculatif, car si l'on compare ce préjudice autonome à d'autres que sont le droit à la vie privée ou à l'image, on remarque très vite que le dommage est bien la résultante certes de l'atteinte au droit mais bien évidemment des conséquences délétères de cette atteinte sur la personne.

Ainsi, le premier avocat général à la Cour de cassation, sensible à la question de l'évolution jurisprudentielle de la notion du préjudice d'impréparation, venait souligner qu'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 2012 « *semble annoncer les limites indispensables à apporter à l'interprétation radicale qui a pu être faite de l'arrêt du 3 juin 2010* » (17). Il ressort de cet arrêt que le droit à l'information doit nécessairement être attaché au corps du patient, ainsi aucune indemnisation n'est possible en cas d'absence de réalisation du préjudice corporel. En effet, les juges de la Cour de cassation rejetaient l'existence d'un préjudice résultant de la perte de chance mais mentionnaient au contraire « *que s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée*

de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle ». Le préjudice indemnisé par les juges résultait donc d'un préjudice moral. La Haute Cour par cet arrêt donne le caractère de droit subjectif au préjudice d'impréparation mais, paradoxalement, vient porter une limite à son champ d'application, l'atteinte devant être « *accessoire à l'intégrité physique* ».

Le Conseil d'Etat a quant à lui été également amené à mettre en évidence ce préjudice d'impréparation (18). Il le fit dans une affaire concernant un homme atteint d'une tumeur rectale. Il ne faisait nul doute qu'une intervention chirurgicale était nécessaire. Suite à cette intervention le patient présenta un abcès périnéal et une fistule. Une seconde intervention due dès lors être organisée afin de stabiliser son état de santé. L'homme en question, a recherché la responsabilité du centre hospitalier régional et universitaire en cause. Toutefois, les juges du fond ont rejeté sa requête. Dès lors, formant un pourvoi en cassation, le patient obtint réparation. Le Conseil d'Etat considère en effet « *qu'indépendamment de la perte de chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* ». Cet arrêt est extrêmement didactique à l'image de l'ensemble de la jurisprudence administrative par ailleurs. En effet, il définit clairement le préjudice d'impréparation, l'isole de la notion de perte de chance et enfin précise sans qu'il y ait lieu à en débattre que l'impréparation ne peut être reconnue qu'à la condition que le risque se soit effectivement réalisé. Le juge administratif reconnaît comme la Cour de cassation un nouveau fondement d'indemnisation mais se montre moins ambitieux que les juges civils en 2010, en posant les limites dès l'affirmation du préjudice. Du côté administratif donc, si la volonté fut celle de rejoindre la Cour de cassation sur

l'obstination vers une meilleure indemnisation des patients victimes d'un défaut d'information, rien ne traduit une ambition de reconnaître un droit subjectif.

Une clarification de la nature de ce préjudice semblait indispensable pour le juge civil et c'est dans un arrêt de 2014 (19) que la Haute Cour met fin, du moins en partie, aux questionnements sur la nature de ce préjudice.

Dans cette affaire, un médecin généraliste avait prescrit à sa patiente des injections d'un vaccin contre l'hépatite B. Un diagnostic de sclérose latérale amyotrophique va être posé à distance des injections vaccinales. La patiente va entamer une procédure judiciaire contre son médecin, imputant cette maladie aux doses vaccinales reçues et reprochant à son médecin de ne pas avoir assuré son obligation d'information concernant les risques inhérents à ces injections.

Les juges du fond ne vont pas accéder aux demandes de la requérante. Elle va se pourvoir en cassation en se basant sur la jurisprudence de la Cour de cassation du 3 juin 2010. La Haute Cour va rejeter son pourvoi. Elle va ainsi énoncer que « *le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque* », permet d'obtenir une réparation indemnitaire. Or, les données actuelles de la science ne permettaient pas de retenir un lien de causalité direct et certain entre les vaccins prescrits et la sclérose latérale amyotrophique présentée par la demanderesse. Sachant qu'un praticien, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation du 26 septembre 2012, n'est pas tenu d'informer sur un risque inexistant, le praticien en question n'avait donc pas manqué à son obligation d'information.

L'arrêt du 23 janvier 2014 est d'une importance capitale puisqu'il permet une clarification de la nature du préjudice. Cet arrêt rejette la théorie d'un droit autonome par rapport à la réalisation du risque et opte pour la qualification d'un préjudice

d'impréparation, nécessairement attaché à la survenance d'un dommage corporel.

La Cour de cassation tente par cet arrêt de limiter les « dérives » qui auraient pu découler de l'arrêt de 2010 en subordonnant la réparation du préjudice d'impréparation à la réalité d'un dommage corporel, maintenant la réparation de ce préjudice sous les conditions de la responsabilité médicale indemnitaire. Certes cette solution retenue ne répond pas à la demande initiale de la doctrine, car tous les manquements à l'information ne seront pas source d'une responsabilité indemnitaire. Néanmoins, cette soumission à la réalité d'un dommage corporel permettra d'évaluer bien plus aisément ce préjudice à l'aune de la gravité du dommage corporel. La Cour de cassation par cette clarification sur la nature de ce préjudice s'aligne donc sur la décision du Conseil d'Etat suscités.

Se pose toujours la question de l'étendue de ce préjudice d'impréparation. L'arrêt évoque en effet un « *défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque* ». Si ce préjudice répare bien le « choc » moral subi par le patient qui n'a pas pu se préparer psychologiquement à la réalité d'un dommage corporel, il est également possible d'envisager la réparation de préjudices proprement patrimoniaux. La Cour de cassation par ce présent arrêt élargi possiblement la nature de ce préjudice, et se faisant le rend éventuellement source d'une plus large réparation.

Enfin, Un autre enseignement peut aussi être retiré de cet arrêt, puisque tout indique que ce préjudice d'impréparation est bien distinct du préjudice de perte chance.

Le patient victime d'un défaut d'information peut donc faire valoir un préjudice de perte de chance, ce qui n'était pas une évidence à la lecture de l'arrêt de 2010 pour reprendre Patrice JOURDAIN (20).

Cependant, l'arrêt de 2014 laisse planer un doute quant à une hiérarchie de l'indemnisation pour défaut d'information, il est clairement énoncé « *qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques*

inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques ». On peut donc comprendre à la lecture de l'arrêt qu'un cumul avec la perte de chance est envisageable (21). Si ce cumul est possible au sein de l'ordre judiciaire, cela ne créerait pas de différence notable de traitement entre une procédure civile et une procédure administrative, le Conseil d'Etat ayant probablement opté pour une position analogue à la Cour de cassation dans sa décision de 2012 en employant une formule très proche.

D. DE NOUVELLES AVANCEES SUR LES MODALITES DE REPARATION DE CE NOUVEAU PREJUDICE

Si la nature du préjudice d'impréparation avait été en partie clarifiée par l'arrêt de 2014, les modalités de réparation de ce jeune préjudice ne sont pas encore précisément fixées.

La Cour de cassation dans une décision du 15 juin 2016 (22), commence à circonscrire les conditions de réparation de ce préjudice. Elle affirme qu'une requête explicite du demandeur est impérative pour prétendre à l'indemnisation de ce préjudice d'impréparation.

En l'espèce, suite à une arthroplastie totale de hanche, une patiente présente une inégalité de longueur des membres inférieurs. Une nouvelle intervention chirurgicale est programmée pour pallier cette inégalité. Cette deuxième intervention n'obtient pas les résultats attendus puisqu'un raccourcissement du membre persiste et que l'intervention se solde également d'un enraissement de la hanche.

La patiente entame une procédure demandant réparation du préjudice de perte de chance consécutif à un défaut d'information. Cette perte de chance n'est pas retenue par les juges du fond, qui se basant sur la ligne jurisprudentielle classique, affirment que même dûment avertie des risques, la plaignante n'aurait pas pu soustraire à l'intervention à la vue de son caractère impérieux.

Un pourvoi en cassation est formé, invoquant la jurisprudence récente de 2014 et demandant la réparation d'un préjudice d'impréparation indépendant de la perte de chance qui selon l'expression de la Cour de Cassation « *ne peut être laissé sans réparation* ».

Le pourvoi est rejeté. La Cour de cassation, qui, rappelons-le ne rejuge pas les faits, mais juge uniquement la bonne application du droit, explique que la patiente s'est contentée de demander la réparation du préjudice de perte de chance sans solliciter l'indemnisation d'un préjudice d'impréparation et qu'en conséquence les juges du fond

n'avaient pas à statuer *ultra-petita*, c'est-à-dire sur une demande sur laquelle ils n'avaient pas été saisi. Cet arrêt se positionne sur la ligne jurisprudentielle classique de la Haute Cour, qui n'accepte pas que l'on invoque de nouveaux moyens devant elle. Cet arrêt « démythifie » un peu plus ce préjudice en affirmant sa soumission à la stricte application de la responsabilité civile.

Un autre arrêt du Conseil d'État va constituer une évolution importante sur la question de l'indemnisation du préjudice d'impréparation en cas de défaut d'information.

Dans cet arrêt du 16 juin 2016, la Haute Cour administrative tient pour acquis que lorsqu'un risque lié à un acte de soin se réalise, et que le patient n'a pas été convenablement informé de ce celui-ci, la souffrance morale éprouvée, qui découle de la non préparation à ce risque, doit être présumée.

Le Conseil d'État va casser une partie d'un arrêt rendu par les juges du fond en 2014. Pour ce qui est du présent cas, un patient avait dans les suites d'une coloscopie présenté une perforation colique pour laquelle il entama une procédure contentieuse, demandant réparation au titre de la perte de chance et du préjudice d'impréparation. Les juges du fond ont refusé l'indemnisation du patient aux motifs que d'une part l'intervention était impérieuse et qu'elle n'avait pas en conséquence fait perdre une chance de se soustraire à la coloscopie, et d'autre part, que le demandeur ne rapportait pas de preuves en faveur d'un éventuel préjudice d'impréparation.

C'est le deuxième motif qui va être cassé, le Conseil d'Etat rappelant que « *s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée* ».

Cet arrêt a bien une portée majeure. La difficulté pour le demandeur de prouver la réalité de cette souffrance morale était indéniable. Désormais, La charge de la preuve

de la souffrance morale n'incombe plus au patient, puisque celle-ci est présumée. Cet arrêt marque un rapprochement entre les juridictions civiles et administrative, la Cour de cassation ayant déjà opté pour cette solution au travers de sa formule « *que le juge ne peut laisser sans réparation* ». Dorénavant, au sein des deux ordres, le demandeur qui a subi un dommage corporel est certain d'accéder à une indemnisation en cas de défaut d'information, sur le volet du préjudice d'impréparation, tout du moins concernant la souffrance morale.

Comme le précisait très justement Nicolas BRUNET, cette présomption peut être difficilement renversée. Il paraît en effet encore plus difficile pour le médecin de rapporter la preuve de l'absence de souffrance morale de son patient, qu'il ne l'était pour le patient de prouver la réalité de cette souffrance morale (23).

Une autre leçon importante à retirer de cet arrêt du Conseil d'état, tient au fait que la nature à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale du préjudice d'impréparation est avérée, puisque cet arrêt divise bien ce préjudice en une partie morale et une autre relative aux « *dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident* » qui sont par définition des postes de préjudice de nature patrimoniale.

Un dernier arrêt de la Cour de cassation, en date du 25 janvier de 2017 (24), vient également apporter des éléments fondamentaux sur les modalités de réparation de ce préjudice. Dans cette affaire, une patiente ayant présenté une hémiplégie dans les suites d'une artériographie, intenta une procédure contentieuse, demandant réparation du préjudice de perte de chance et du préjudice d'impréparation. La Cour d'appel en charge de l'affaire avait accepté l'indemnisation des deux chefs de préjudices. Les médecins formèrent un pourvoi en cassation, soulevant que les juges du fond avaient violé le droit à une réparation intégrale, en réparant deux fois le même dommage, le préjudice de perte de chance intégrant déjà le préjudice d'impréparation. Le pourvoi fut rejeté au motif que la Cour de cassation affirme que

ces deux préjudices sont distincts l'un de l'autre et donc qu'il convenait ainsi de les réparer tous les deux.

Cet arrêt vient donc confirmer l'hypothèse formulée plus haut sur un cumul possible entre le préjudice de perte de chance et le préjudice d'impréparation. Le Conseil d'Etat n'a pas encore à ce jour été saisi d'une telle demande.

E. CONCLUSION

La valeur qu'accorde la justice à l'information du patient au travers d'un continual mûrissement jurisprudentiel est le révélateur de l'importance que tient cet acte dans la relation entre le médecin et son patient.

La réparation de l'entier dommage pour défaut d'information était d'une sévérité incontestable envers le médecin et souffrait de la difficulté à prouver le lien de causalité. Le principe de la perte de chance comportait quant à lui des critères d'exclusion trop restrictifs, limitant l'accès à une indemnisation pour certains patients victimes d'un défaut d'information patent.

Le système actuel, obtenu après plusieurs décennies de débat, semble répondre, du moins en partie aux exigences des lois voulant rendre efficient le défaut d'information sans pour autant indemniser tous les défauts d'information. Il peut également rassurer le corps médical car la subordination du préjudice d'impréparation à la survenance d'un dommage corporel inféode ce nouveau préjudice au droit commun.

Néanmoins, la notion de cumul avec la perte de chance, qui est une possibilité au sein des juridictions administratives, est au regard des actuelles décisions, avéré au sein de l'ordre judicaire. Cette différence qui persiste encore entre les deux juridictions est le reflet du caractère inachevé de ce préjudice.

BIBLIOGRAPHIE

A. LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT

1. Code de déontologie médicale - Article 35 ; Code de déontologie médicale- Article 41 ; Bacache M. L'obligation d'information du médecin. Médecine & Droit. 2005 ;2005(70) :3-9.
2. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 25 février 1997, 94-19.685, Publié au bulletin.
3. Conseil d'Etat, Section, du 5 janvier 2000, 181899, publié au recueil Lebon.
4. Cour de cassation, Chambre civile 1, du 14 octobre 1997, 95-19.609, Publié au bulletin.
5. Paley-Vincent C. Accident de parcours.... In Annales de dermatologie et de vénérérologie (Vol. 137, No. 4, pp. 257-259). Elsevier Masson.
6. P. Sargos. Les modes de preuve de l'information donnée au patient, Jurisanté Actualités, n° 26, juin 1999.
7. Sargos P. Le devoir d'information des médecins dans la jurisprudence de la cour de cassation. In Elsevier Masson ; 1998. p. 668-73.
8. Alméras J. Responsabilité Médicale : La Preuve De L'Information Du Patient. CONCOURS Med. 1997 ;119 :2099-101.
9. Sicot C. A PROPOS DE LA NOUVELLE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION II. Concours Med. 1997 ;119(37):2827-30.
10. Dubois O. Information du malade, la preuve est désormais à la charge du médecin. Bull L'ordre Médecins. 1997 ;4.
11. <https://www.macsf-exerciceprofessionnel.fr/Rapport-annuel-sur-le-risque-en-sante/Risque-des-professions-de-sante/Cliniques/Chirurgie-orthopedique-et-traumatologique>
12. A-M DUGUET, Communication au 42eme Congres de médecine légale et de médecine sociale, lille, 9-11 septembre 1998.
13. Ghestin J, Goubeaux G. Traité de droit civil, Introduction générale, t. 1. Paris, lgdj, 2e éd. 1983;(7):6.
14. Rougé-Maillart C, Tuech JJ, Pessaux P, Riche P, Penneau M. L'information du patient : bilan à l'aube du XXIe siècle. Presse Médicale. 2001 ;30(2) :68-72.
15. Sustersic M, Meneau A, Dremont R, Bosson J. Fiches d'information patient : quelle méthodologie ? Rev Prat Med Gen. 2007 ;21(790/791) :1167.

16. Ghrea M, Dumontier C, Sautet A, Hervé C. Difficultés du transfert d'information en vue d'un consentement éclairé : Étude expérimentale chez 21 patients. *Rev Chir Orthopédique Réparatrice Appar Mot.* 2006 ;92(1) :7-18.
17. Abellard V. L'évolution de l'obligation d'information, vers une remise en cause de la nature de la relation médecin-patient. *Droit Déontologie Soin.* 2005 ;5(1) :91118.

B. LE PREJUDICE D'IMPREPARATION

1. Req, 28 janvier 1942.
2. Civ. 1^{ère}, 11 février 1986, n°84-10.845, Bull. civ, *Recueil Dalloz*, 1994, p.65, obs P. Terneyre et P. Bon.
3. Civ. 1^{ère}, 7 février 1990, n°88-14.797, Bull. civ, *RTD civ.*, 1992, p. 109, obs. P. Jourdain.
4. Civ. 1^{ère}, 4 février 2003, n°00-15.572, Bull. civ, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 600, obs. J. Penneau.
5. CE, Sect, 5 janvier 2000, n°181899, Rec. Lebon, *RFDA*, 2000, p. 65, obs. P. Bon ; *RDSS*, 2000, p. 357, obs. L. Dubois.
6. Civ. 1^{ère}, 6 décembre 2007, n°06-19.301, Bull. civ, *RTD civ.*, 2008, p. 3030, obs P. Jourdain; *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1302 obs J. Penneau.
7. Crédeville (A-E.), "Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions, Non à la dérive des préjudices", *Recueil Dalloz*, 2008; 1914 ; Borghetti (J.-S.), "Manquement du médecin à son devoir d'information : quel préjudice réparable?", *RDC* 2008, p. 769 ; Le Tourneau (Ph.), "Droit de la responsabilité et des contrats", *Dalloz action*, 2010, n° 1306.
8. Civ. 1^{ère}, 3 juin 2010, n°09-13.591, Bull. civ, *Recueil Dalloz*, 2010, p.1522, obs. P. Sargos.
9. C. civ., art. 16 et 16-3.
10. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.
11. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.
12. Neyret (L.), "La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels", *Recueil Dalloz*, 2008, p. 804.
13. Hocquet-Berg S. Les sanctions du défaut d'information Gaz Pal 1998;253:12.
14. Rougé-Maillart C, Visseaux G, Gaudin A, Jousset N. Un revirement

jurisprudentiel important en matière de responsabilité médicale pour défaut d'information. Rev Médecine Légale. 2011;2(1):22-7.

15. Rougé-Maillart C, Penneau M. Consentement et information du patient. Rev Stomatol Chir Maxillofac. 1999;100(2):88-94.

16. Jousset N, Rouge-Maillart C, Penneau M. Le préjudice moral né du défaut d'information du patient. Médecine Droit. 2009;2009(97):111-4.

17. Bernard de la Gatinais (L.), "Obligation d'information du médecin : la clarification", Recueil Dalloz, 2014, p. 584.

18. CE, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 10 octobre 2012, 350426, Rec. Lebon, AJDA, 2012, p. 2231, obs. C. Lantero ; RDSS, 2013, p.92, obs. D. Cristol.

19. Civ. 1ère, 23 janvier 2014, n°12-22.123, Bull. civ, RTD civ., 2014, p.379, obs. P. Jourdain.

20. Jourdain (P.), "Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence" *RTD civ.*, 2014, p. 379.

21. Arhab-Girardin F. Le préjudice né du défaut d'information médicale: l'infléchissement de la Cour de cassation, note sous Cour de cassation Première Chambre civile, 23 janvier 2014. Revue de droit sanitaire et social. 2014;(2):295-306.

22 . Civ. 1ère, 15 juin 2016, n°15-11.339, Inédit.

23. Brunet N. Défaut d'information préalable: présomption de la souffrance morale et préjudice d'impréparation. Médecine Droit. 2017.

24. Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2017, n°15-27.898, Bull. civ, *Dalloz actualité*, 2017, obs. N. Kilgus.

LISTE DES FIGURES

Figure 1 : Diagramme de flux sur la sélection des dossiers.	9
Figure 2 : Etat des condamnations par années civiles.	10
Figure 3 : Etat des condamnations en fonction de la spécialité.	12
Figure 4 : Diagramme de flux concernant les décisions de justice (abréviations c : condamnés, info : information).	14

LISTE DES TABLEAUX

Tableau I : Répartition des praticiens en fonction de leur spécialité.11

TABLE DES MATIERES

LISTE DES ABREVIATIONS	
RESUME I	3
RESUME II.....	4
I. LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT.....	5
A. INTRODUCTION	5
B. MATERIEL ET METHODES	8
C. RESULTATS.....	10
D. DISCUSSION.....	15
E. CONCLUSION.....	23
II. LE PREJUDICE D'IMPREPARATION.....	25
A. INTRODUCTION	25
B. L'EMERGENCE D'UN PREJUDICE MORAL	29
C. CLARIFICATION DE LA NATURE DE CE PREJUDICE MORAL.....	33
D. DE NOUVELLES AVANCEES SUR LES MODALITES DE REPARATION DE CE NOUVEAU PREJUDICE.....	38
E. CONCLUSION.....	42
BIBLIOGRAPHIE.....	43
A. LA PREUVE DE L'INFORMATION DU PATIENT.....	43
B. LE PREJUDICE D'IMPREPARATION.....	44
LISTE DES TABLEAUX	47
TABLE DES MATIERES.....	48

RÉSUMÉ ABSTRACT

RÉSUMÉ

RACHED Hadrien

La preuve de l'information du patient - *The proof of the patient information*

Introduction : L'arrêt du 25 février 1997 de la Cour de cassation a imposé au médecin de prouver la réalité de l'information délivrée à son patient, renversant ainsi plus d'un demi-siècle de jurisprudence. En octobre 1997, les juges ont précisé que la preuve pouvait être apportée par « tous moyens », y compris par des présomptions. Aucune hiérarchie dans les moyens de preuve n'a été définie par les jurisprudences et la loi.

Matériel et Méthodes : Nous avons mené une étude qualitative rétrospective s'étendant entre janvier 2010 et décembre 2015 sur le site LexisNexis®. 201 décisions de Justice relatives à un défaut d'information ont été retenues et analysées afin d'étudier les profils des praticiens impliqués et les moyens de preuve apportés.

Résultats : 201 praticiens ont été mis en cause pour défaut d'information parmi lesquels 156 chirurgiens et 45 orthopédistes. 92 médecins basent leur défense sur un moyen de preuve unique ; 40 sur un faisceau d'arguments. 101 chirurgiens sont condamnés, contre 26 praticiens exerçant une spécialité médicale.

Conclusion : Les chirurgiens sont plus à risque d'être mis en cause pour défaut d'information et principalement les chirurgiens orthopédistes. Ils ne sont cependant pas plus condamnés ($p = 0,48$). L'exercice libéral apparaît également comme un facteur de risque de condamnation pour défaut d'information. Aucun moyen de preuve unique n'a plus de force probante qu'un autre ; c'est la multiplicité des moyens de preuves qui permet de prouver la bonne exécution de la délivrance de l'information ($p = 1,1 \times 10^{-5}$).

Mots-clés : Responsabilité médicale, Information, Preuve, Décisions de justice

Introduction: The decision of February 25, 1997 adopted by the French Supreme Court obliged doctors to prove the reality of information given to patients, reversing more than half a century of case law. The decision of October 24, 1997 states that practitioners may show proof of the proper implementation of their duty of information by "all means" in their possession, including presumptions of fact. However, no hierarchy in respect of means of evidence has been clearly defined by case law or legislation relating to patient information.

Material and methods : We conducted a retrospective qualitative study spanning a period from January 2010 to December 2015, studying 201 legal decisions obtained through a search on the LexisNexis® website. We attempted to define the best means of evidence that may be presented in a legal dispute as evidence of proper implementation of the duty of information.

Results : Since 2010, 201 practitioners have been subject to legal proceedings for lack of information, among them 156 surgeons. 45 orthopedists were subject to legal proceedings.

92 doctors base their defense on a single means of evidence; while 40 others opt for a body of clinical arguments. 101 (65 ± 3,8 %) surgeons were found guilty, compared to 26 (58 ± 7,4 %) practitioners practicing a medical specialty. 25 orthopedists were convicted, representing 25 ± 4,3 % of all convicted surgeons.

Conclusion: This study shows that surgeons are, as a class, more at risk of being subject to legal proceedings. They are not condemned however more ($p = 0,48$).

The fact of having a private practice also appears as a risk factor in convictions for lack of information. This study also shows that no single means of evidence has more probative value than another, rather it is the multiplicity and addition of further means of evidence provided that is able to prove proper implementation in the delivery of information ($p = 1,1 \times 10^{-5}$).

Keywords : Medical responsibility, Information, Proof, Legal decisions

Le préjudice d'impréparation - *The harm of unpreparedness*

La réparation du défaut d'information concernant un acte de soin a connu de nombreuses mutations depuis le XXe siècle. D'un principe de réparation intégrale du dommage jusqu'aux années 90, les juges sont passés à un principe de réparation incomplète, voire nulle dans certains cas, en se fondant sur le principe de la perte de chance.

Cependant, la logique indemnitaire et la volonté d'expansion des droits individuels qui caractérisent le droit positif contemporain, ainsi que le desideratum de rendre effectif les lois promouvant le devoir d'information, ont poussé la jurisprudence à affirmer l'existence d'un nouveau préjudice dit « d'impréparation ».

La nature de ce préjudice et ses modalités ont été le sujet de nombreuses controverses que la jurisprudence récente tente, avec une certaine précaution, de clarifier.

Mots-clés : préjudice d'impréparation, information, responsabilité médicale

Compensation for a failure to inform in respect of an act of care has undergone many changes since the 20th century. From a principle of full compensation of damage until the 1990s, judges moved to a principle of incomplete compensation, or in some cases zero compensation, based on the principle of loss of opportunity.

However, the compensation logic and the desire to expand individual rights that characterize contemporary positive law, as well as the will to give full effect to laws promoting the duty of information, prompted jurisprudence to confirm the existence of a new prejudice known as "unpreparedness".

The nature of this prejudice and its formalities were the subject of much controversy, which jurisprudence recently attempted, with a degree of precaution, to clarify.

Keywords : unpreparedness, lack of information, medical responsibility