

Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome ?

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome ?. L'Actualité juridique. Droit administratif, Dalloz, 2010. hal-01694170

HAL Id: hal-01694170

<https://hal.uca.fr/hal-01694170>

Submitted on 26 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Vers la reconnaissance du défaut d'information comme chef de préjudice autonome ?

Cour de cassation, 1^{re} Civ., 3 juin 2010, M. Seurt c/ Piechaud, n°09-13.591

Attendu qu'ayant subi, le 20 avril 2001, une adénomectomie prostatique, M. X... qui s'est plaint d'impuissance après cette intervention, a recherché la responsabilité de M. Y..., urologue, qui l'avait pratiquée ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux premières branches :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir débouté de ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que le médecin, tenu de suivre son patient aussitôt qu'il l'a opéré, doit être diligent et prudent dans l'exécution de cette obligation, dont il ne peut se décharger; qu'ainsi, viole ladite obligation le médecin qui se désintéresse du sort de son patient au point de ne le recevoir en consultation qu'un mois après l'avoir opéré, sauf à ce qu'il eut été convenu avec ce dernier que, durant ce délai de latence, il serait substitué par un autre médecin dans l'exécution de son obligation de suivi post-opératoire ; qu'en l'espèce, après avoir relevé que M. Y... n'a reçu en consultation M. X... que le 25 mai 2001, soit plus d'un mois après avoir pratiqué sur lui une adénomectomie prostatique, et en jugeant néanmoins que ce médecin n'avait pas failli à son obligation de suivi post-opératoire au prétexte qu'un autre urologue avait "vu" son patient, sans constater qu'il avait été convenu avec M. X... que son obligation de suivre ce dernier serait exécutée par cet autre urologue, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil ;

2°/ que seul le fait du créancier constituant une force majeure exonère totalement le débiteur défaillant ; qu'en l'espèce, en écartant la faute de M. Y... consistant à avoir violé son obligation de suivi post-opératoire au motif que M. X... n'avait pas pris rendez-vous avec lui à l'issue de la seconde consultation en date du 16 juillet 2001, soit trois mois après l'intervention chirurgicale, sans caractériser le comportement imprévisible et irrésistible de M. X... qui aurait interdit son suivi par M. Y... aussitôt après l'opération, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1148 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... n'avait pas été laissé sans surveillance postopératoire, que le suivi avait été conforme aux données acquises de la science, que le praticien avait reçu le patient à deux reprises et prévu de le revoir une troisième fois, ce qui n'avait pas été possible en raison de la négligence de M. X..., la cour d'appel a pu en déduire l'absence de manquement fautif dans le suivi postopératoire ; que les griefs ne sont pas fondés;

Mais sur la troisième branche du moyen :

Vu les articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ;

Attendu que pour écarter toute responsabilité de M. Y... envers M. X..., l'arrêt, après avoir constaté le manquement du premier à son devoir d'information, retient qu'il n'existait pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale, qu'il est peu probable que M. X..., dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de l'intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves ;

En quoi la cour d'appel a violé, par refus d'application, les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition rejetant la demande en paiement d'une indemnité au titre du manquement au devoir d'information, l'arrêt rendu le 9 avril 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties

dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Note :

Par un arrêt du 3 juin 2010, la Cour de cassation opère un lien entre défaut d'information, violation du consentement et atteinte à la dignité, et crée un préjudice autonome de la perte de chance. Qualifiée d'historique (P. Sargos, « Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information - A propos de Cass. 1re civ., déc., 28 janv. 2010, n° 09-10.992, Mme Mimoun c/ CPAM de L'Indre; M Serpeau; Société Assurances générales de France, Cass. 1re civ., arrêt, 3 juin 2010, n° 09-13.591, Seurt c/ Piechaud, *D.* 2010, n° 24, p.1522) et annonçant peut-être une rupture avec le régime antérieur de la perte de chance, cette jurisprudence pourrait tout à fait avoir une influence sur les juridictions administratives dans le contentieux de la responsabilité hospitalière, la question des convergences et divergences de la responsabilité médicale dans l'ordre judiciaire et dans l'ordre administratif étant récurrente en la matière (F. Alt-Maes, « L'information médicale du malade au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RDSS* 1994, p. 381 ; C. Clement, « L'obligation d'information médicale : les divergences des juges administratif et civil », *LPA*, 9 juin 1999, n°14, p.12 ; S. Dendocker, « L'information médicale face au dualisme juridictionnel », *Dr. Adm.*, janv-fevr. 2001, n°319, p.68).

Un patient souffrant d'impuissance à la suite d'une adénomectomie prostatique a recherché la responsabilité de son urologue, en lui reprochant d'avoir failli à son obligation de suivi postopératoire et manqué à son devoir d'information quant aux risques inhérents à cette intervention.

La cour d'appel de Bordeaux l'a débouté de ses demandes, tant sur le moyen du **suivi** qu'elle a considéré comme « *conforme aux données acquises de la science* », que sur le moyen du **défaut d'information**, qu'elle a retenu mais considéré comme sans incidence sur la décision de recourir à l'intervention en l'absence d'alternative thérapeutique : « *aussi il est peu probable que monsieur X..., dûment averti des risques de troubles érectibles qu'il encourait du fait de cette intervention, aurait renoncé à celle-ci et continué à porter une sonde vésicale* » (CA Bordeaux, 9 avr. 2008, n° de rôle : 07/01638). Classiquement et conformément à une jurisprudence établie, la Cour d'appel a donc jugé que le défaut d'information n'avait pas fait perdre de chance au patient de se soustraire à un risque qui s'est finalement réalisé.

La Haute juridiction casse l'arrêt sur ce deuxième point, et retient la responsabilité délictuelle de l'urologue en raison d'un manquement à son devoir d'information, lequel est autonome de toute perte de chance.

En matière de responsabilité médicale, on observe que l'impulsion jurisprudentielle vient très fréquemment du juge judiciaire qui est ensuite rejoint par le juge administratif. Depuis la loi du 4 mars 2002 qui a considérablement unifié les deux régimes de responsabilité (R. Reveau, « L'évolution du droit relatif à l'information médicale : l'élaboration d'un régime comme de responsabilité civile et administrative », *Dr. Adm.*, juin 2002, pp. 5-10), le dialogue semble devoir s'accélérer et il n'est pas exclu, au regard notamment d'une logique civiliste s'émancipant du régime purement contractuel de la relation médicale, que la reconnaissance du défaut d'information constitue bientôt devant le juge administratif, un chef de préjudice autonome et indemnisable en tant que tel.

Du fondement de la nécessité du consentement (I) semble découler la nature de la sanction du défaut d'information (II).

I) Fondements de la nécessité du consentement chez le juge judiciaire et le juge administratif.

Depuis l'arrêt *Mercier* de 1936 (Cass., civ., 20 mai 1936, *Mercier*, DP 1936, 1, p. 88), la relation entre un professionnel de santé et son patient est invariablement qualifiée de contractuelle par les juridictions civiles. Dès lors, et conformément aux fondamentaux du droit des obligations qui fait du consentement l'une des conditions de validité du contrat (art. 1108 du code civil), le consentement à l'acte médical peut être considéré comme un élément nécessaire de cette relation contractuelle spécifique.

A l'hôpital public en revanche, le patient est un usager du service public et se trouve dans une relation « fonctionnelle » dans la mesure où il est en droit d'attendre un fonctionnement normal du service. Il n'y a entre lui et le praticien, aucune relation juridique, sauf faute personnelle grave et détachable du service qui, pour être reconnue, doit être particulièrement inexcusable (Par ex. CE, 18 décembre 1953, *Fresnais*, Rec. p. 568).

Avec l'arrêt *Teyssier* de 1942, la Cour de cassation a ajouté un important degré de contrôle du recueil du consentement au-delà du modèle contractuel, en se basant sur le respect de la personne humaine : « *violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, le médecin commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs médicaux (...) qui constitue une faute personnelle* » (Cass, 28 janvier 1942, *Teyssier.*, *Gaz. Pal.* 17 avril 1942, p. 177).

Parce qu'il n'y a pas qu'un simple contrat mais un acte médical, sont logiquement venues se greffer aux considérations purement contractuelles ayant trait au consentement du patient des considérations relatives au respect de la dignité et de la primauté de la personne. La loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain a consacré ces principes, désormais inscrits aux articles 16, 16-1 et 16-3 du code civil. En 2001, la cour de cassation a considéré que le devoir du médecin d'informer son patient des risques encourus trouvait son fondement « *dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* » (Cass., 1^{re} civ., 9 octobre 2001, D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin).

Bien qu'également proclamé par le droit international (Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948), par le droit européen (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950), par le droit communautaire (Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000), par le juge constitutionnel (CC, n° 94-343/344 DC, 27 juill. 1994 Loi « bioéthique », Rec., 1994, p. 100), par le Conseil d'Etat (CE, Ass., 27 oct. 1995, n° 136727, *Commune Morsang-sur-Orge et Ville Aix-en-Provence* Rec. CE 1995, p. 372) et par la Cour de Cassation (Cass., 1^{re} civ., 9 octobre 2001, D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin), le principe de dignité est extrêmement difficile à manier juridiquement du fait de son contenu subjectif variable, et a pu à ce titre être critiqué (B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », D. 1996, chron. p. 282 et V. Saint-James, « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », D. 1997, chron. p. 61.)

En matière médicale, si l'ensemble des droits des malades et patients repose *in fine* sur la notion de dignité (Rapport du Conseil économique et social, *Les droits de la personne malade*, 1996, p. 9.) d'ailleurs rappelée à l'article L. 1110-2 du code de la santé publique : « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* », on a pu se demander si celle-ci n'était pas superflue (R. Andorno, « La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique ? », *Rev. Gen. de Droit Médical*, 2005, n° 16, p. 95-102). Et il est au moins vrai que dans la mesure où le consentement – en tant que droit du patient – est consacré bien au-delà du lien contractuel, la référence à une atteinte à la dignité dans le cas d'un défaut d'information peut paraître surabondant.

Peut-être était-ce que, bien que consacré, le recueil du consentement et sa faute pendante, le défaut d'information, n'étaient pas jusqu'alors véritablement sanctionnés, ou du moins, pas de manière autonome. Car en effet le consentement à l'acte médical est consacré. Mais pas aussi solennellement ni avec autant d'éclat que le principe de dignité avec lequel il peut paraître stratégique de l'habiller.

De plus, il a fallu attendre le décret du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale pour que soit proclamé à l'article 36: « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas* » (article R. 4127-36 du code de la santé publique). La même année, la Charte du patient hospitalisé, adoptée par voie de circulaire, se faisait une timide place dans les établissements de santé, à défaut de se faire une bonne place dans l'ordonnancement juridique (Circ. DHOS/E1/DGS/SD1B/SD1C/SD4A/2006/90, 2 mars 2006, relative aux droits des personnes hospitalisées et comportant une charte de la personne hospitalisée : BO santé 15 mai 2006, n° 4. Cette circulaire succède à une circulaire du 20 septembre 1974 à laquelle était annexée la Charte du malade hospitalisé qui n'avait guère fait de remous voir J.-M. Lemoyne de Forges, « De la politique d'humanisation des hôpitaux à la charte du malade hospitalisé », *RTD sanit. soc.* 1975, p. 283.), et proclamait qu'« *un acte médical ne peut être pratiqué qu'avec le consentement libre et éclairé du patient* ». En 2002, le législateur a finalement posé l'obligation à l'article L. 1111-4 du code de la santé publique aux termes duquel « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ».

Les bases normatives sont donc relativement récentes, mais désormais suffisamment solides pour permettre d'exercer un contrôle étendu sur l'exigence du consentement du patient aux soins. Ainsi, la nécessité du consentement consacrée à l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, associée à un socle principal lui-même très fort (la juridiction civile l'a auréolé du principe de dignité, tandis que le juge administratif a considéré qu'il constituait une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CE, 16 août 2002, Mme Feuillatay, n°249552)), a toutes les raisons de trouver une application concrète dans le contentieux de la responsabilité médicale. On note cependant qu'en ce qui concerne l'applicabilité du code de la santé publique tel qu'issu de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002, les faits doivent être postérieurs au 5 septembre 2001, date fixée par l'article 101 de la loi

II) Le défaut d'information : de l'indemnisation de la « perte de chance » à celle du « préjudice moral ».

Par comparaison au défaut de consentement, le défaut d'information est beaucoup plus sinon exclusivement soulevé devant les juridictions alors qu'il ne fait aucun doute que l'information est un préalable indispensable au recueil du consentement, et qu'une

information exhaustive, portant notamment sur les risques, est l'accessoire d'un consentement éclairé.

Cela s'explique en ce que la *violation du consentement* en tant que telle n'existe pas, ou heureusement de façon parfaitement anecdotique ou dans le cadre d'exceptions légalement prévues (notamment lorsque le pronostic vital est engagé, qu'il y a urgence, que le patient refuse d'être informé, ou encore lorsque la question de l'hospitalisation sans consentement pour raisons psychiatriques est en jeu : J.-B. Thierry, « Consentement et soins psychiatriques », dans F. Vialla (dir), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ 2009, pp. 139-146). En revanche, le *défaut de recueil de consentement* est souvent révélé par le défaut d'information. Car si le fait de consentir à un acte de soins ne vaut pas nécessairement consentement à ses risques, celui de consentir à un acte de soins en ayant été informé des risques, participe d'un consentement « éclairé ».

Ainsi, si aux termes d'une position jurisprudentielle jusqu'alors unanime, le défaut d'information n'est sanctionné que lorsque les conséquences dommageables de l'acte auraient pu être évitées (A), il peut manifestement être également sanctionné pour avoir causé un préjudice moral du fait d'une atteinte au consentement (B).

A) De la perte de chance.

Le devoir d'information est une obligation déontologique donc réglementaire (Article 35 du Code de déontologie médicale repris à l'article R. 4127-35 du code de la santé publique), autant que légale (Article L. 1111-2 du code de la santé publique). Jusqu'à l'arrêt du 3 juin 2010, le défaut d'information ou de recueil de consentement était fautif, mais ne constituait pas un préjudice autonome. Pour certains, l'explication réside dans les réminiscences d'un paternalisme médical (F. Chaltiel, « Devoir d'information du patient et responsabilité hospitalière », *RDP*, 2002, p.1168), visant finalement à minimiser la faute et au terme duquel le patient est trop ignorant ou trop infantilisé (N. Albert, « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA* 2003, p. 353) pour savoir ce qui est bon pour lui (G. Croize, « L'obtention du consentement », dans F. Vialla (dir), *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ 2009, p.130.) Pour illustration, la Cour de cassation exigeait en 1961 de l'information qu'elle soit « *simple, approximative, intelligible et loyale* » (Cass., 1^{re} Civ., 21 février 1961, Bull. 1961, I, n°115), c'est-à-dire en définitive, limitée à ce qu'un patient ignorant est susceptible de comprendre et excluant nécessairement les risques exceptionnels. Le contenu du défaut d'information a par la suite beaucoup varié. En 1995, l'article 35 du code de déontologie médicale exigeait que l'information soit « *claire, loyale et appropriée* » (Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale), ce que relayait la Cour de cassation en 1997 (Cass. 1^{re} civ., 14 octobre 1997, n° 95-19.609, JCP G 1997, II, n°22942, Obs. P. Sargos).

On sait, grâce à une jurisprudence bien établie depuis une décennie, que l'information doit porter sur tous les actes et tous les risques, y compris graves, y compris exceptionnels. La Cour de cassation s'est prononcée en 1998 à l'occasion d'« *une complication très rare* » (Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1998, Clinique du Parc : Bull. civ. 1998, I, n° 287) et a rapidement été rejointe par le Conseil d'Etat à propos de risques évalués à 1% (CE, sect., 5 janv. 2000, n° 181899, AP-HP, Consorts Telle., Rec., p. 5). Concomitamment et suivant la même chronologie, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat renversaient la charge de la preuve en la faisant peser sur le professionnel ou l'établissement de santé (Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997,

Hedreuil c/ Cousin, n°94-19685, Bull. civ. 1997, I, n° 75 et CE, sect., 5 janv. 2000, Consorts Telle, préc.)

Malgré les critiques de juristes (F. Chabas, « L'obligation médicale d'information en danger », *JCP G* 2000, p. 459), relayant des craintes de praticiens (JOAN, 2e séance 2 oct. 2001, p. 5330 ; JOAN, 1^{re} séance 3 oct. 2001, p. 5406 ; JOAN, 2^e séance 3 oct. 2001, p. 5439), la loi du 4 mars 2002 a codifié la jurisprudence, en inscrivant à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique un contenu exhaustif pour l'obligation d'information. Ainsi aux termes de la loi, l'information doit porter sur tous les actes médicaux (« investigations, traitements ou actions de prévention »), leur justification (« utilité » et « urgence éventuelle »), leurs conséquences (y compris en cas de refus), leurs alternatives, et leurs « risques fréquents ou graves normalement prévisibles », y compris les risques apparaissant postérieurement à l'acte de soin stricto sensu (M. Marichaux, « Les droits à l'information et consentement de l' « usager du système de santé » après la loi n°202-303 du 4 mars 2002 », *RDSS* 2002, p. 673). On notera cependant que la loi n'évoque pas les risques « exceptionnels », et se situe à un niveau d'exigence moindre que celui des juges.

Il faut relever qu'avant l'arrêt *Telle* de 2000, si les exigences en matière d'information étaient moindres, le défaut d'information était sévèrement sanctionné par le juge administratif qui, lorsqu'il le considérait comme constitué, estimait qu'il ouvrait droit à indemnisation à hauteur de l'intégralité du préjudice (CE, 2 décembre 1977, Dame Rossier, Rec., p. 485 ; CE, 29 octobre 1980, Marty, Rec., T., p. 874). La position du juge civil oscillait entre réparation intégrale (Cass. 1^{re} Civ., 11 février 1986, Bull. I, n°24.) et réparation fractionnée du préjudice (Cass. 1^{re} Civ., 18 mars 1969, Marcotorchino. c. Karoubi, Bull. I., n°117), jusqu'à un arrêt du 7 février 1990 où la Cour de cassation a finalement opté pour la théorie de la perte de chance (Cass. Civ., 7 février 1990, n°88-14797, Bull. I., n°39).

Le défaut d'information n'est ainsi sanctionné par le juge administratif, et n'était jusqu'au 3 juin 2010 sanctionné par le juge judiciaire, qu'au regard de la perte de chance de refuser l'acte et de se soustraire à un risque qui s'est finalement réalisé, et le préjudice n'est réparé qu'à hauteur d'une fraction du dommage corporel. C'est-à-dire au terme d'un raisonnement probabiliste consistant à évaluer l'incidence de ce défaut d'information sur la volonté du patient de se soumettre ou de se soustraire au risque. Sur les ambiguïtés et imprécisions quant à l'évaluation de la perte de chance, beaucoup a été écrit (S. Boussard, « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », *RFDA*, 2008, p. 1023, F. Chaltiel, « Devoir d'information du patient et responsabilité hospitalière », *RDP*, 2002, pp. 177-1185 ; N. Albert, « Obligation d'information médicale et responsabilité », *RFDA* 2003, p. 353. ; F. Puigserver, « L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière : une tentative d'unification », *RFDA* sept-oct 2008, pp. 1036-1041), mais la reconnaissance d'un préjudice autonome ne la remettra vraisemblablement pas en cause pour autant, malgré son caractère subsidiaire.

B) A un préjudice moral tiré de la violation du consentement.

Une tentative de reconnaissance d'un préjudice autonome du défaut d'information avait été faite par la Cour d'appel de Bordeaux, mais dans un arrêt du 6 décembre 2007, la Cour de cassation avait fermement exclu cette possibilité : « *Qu'en statuant ainsi, quand le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

(CA Bordeaux, 30 juin 2006 et Cass., 1^{re} civ., 6 décembre 2007, n°06-19301, Bull. civ. I, n°380). L'arrêt du 3 juin 2010 est donc indubitablement un revirement.

Selon les commentateurs les plus avisés (P. Sargos, « Deux arrêts "historiques" [...] », préc.), le revirement devient « historique » lorsque la Cour requalifie un moyen de droit et opère un changement de régime juridique pour l'obligation d'information. Elle est taisante en effet sur le moyen tiré de l'obligation contractuelle d'information (article 1147 du code civil), et vise formellement l'article 1382 du code civil, inscrivant ainsi le manquement au devoir d'information dans le régime de la responsabilité délictuelle, et faisant enfin écho, seize ans plus tard, à F. Alt-Maes qui regrettait que la loi n'eût pas prévu une obligation d'information autonome, susceptible de trancher le régime délictuel ou contractuel dont relevait le défaut d'information (ce que la loi du 4 mars 2002 a pourtant fait entre temps) (François Alt-Maes, « L'information médical du patient, au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RDSS* 1994, p. 381).

Ainsi et dans la mesure où cette jurisprudence de la Cour de cassation s'émancipe du pur modèle civiliste contractuel, pour donner un fondement délictuel à la violation de l'obligation d'information, rien n'interdit au juge administratif de suivre un raisonnement similaire et de reconnaître le défaut d'information comme une faute autonome, susceptible de causer un préjudice autonome.

C'est d'ailleurs ce qu'un jugement du tribunal administratif de Melun du 18 février 2010 semble envisager. En effet, au visa de l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui prévoit le recueil d'un consentement libre et éclairé – et sans se prononcer sur la perte de chance – le tribunal a reconnu le défaut d'information comme une violation du consentement : « *Considérant que le Centre hospitalier n'établit pas que Mme C. a été dûment informée de ce qu'il était envisagé de lui poser une prothèse en silicone et encore moins des risques attachés à l'usage de cette prothèse alors que le médecin est légalement tenu de fournir ce type d'information ; qu'il est constant que l'infection s'est développée autour de la prothèse et qu'il n'est ni établi ni même allégué que son évolution aurait été identique si une prothèse d'une autre nature avait été posée ;* ». En l'espèce, ce défaut d'information s'ajoutait à une faute technique, et le juge administratif a conclu que « *l'ensemble de ces manquements et dysfonctionnements engage[ai]ent la responsabilité pour faute du Centre hospitalier* ». On relèvera que l'indemnité allouée à la requérante en réparation de ses préjudices personnels (au nombre desquels par élimination, le défaut d'information constitue un préjudice moral) ayant été évaluée à une somme « globale », elle ne permet pas de chiffrer la réparation du préjudice constitué par le défaut d'information (TA Melun, 18 février 2010, req. n° 605651).

Cette jurisprudence, pour l'heure isolée, devrait sans doute être confirmée dans la mesure où la violation d'une obligation légale engage nécessairement la responsabilité du service, et peut causer un préjudice moral, indépendamment de toute perte de chance.

Néanmoins, tant vis-à-vis du jugement du Tribunal administratif de Melun que de l'arrêt de la Cour de cassation, l'évaluation du préjudice causé par le défaut d'information en tant que tel reste en suspens. De même quant à la possibilité de cumuler la reconnaissance d'un préjudice moral avec la reconnaissance d'un préjudice causé par une perte de chance, alors que classiquement, ce dernier se substitue aux autres préjudices plutôt qu'il ne s'y ajoute (C. Maugué et J.-P. Thiellay, *La responsabilité du service public hospitalier*, LGDJ, Système, 2010, p.134).

Dans son arrêt du 3 juin 2010, et parce que les faits ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la Cour de cassation ne se fonde pas sur l'article L. 1111-4 du code de la santé publique. A l'avenir, il ne serait pas incongru qu'elle le fasse, eu égard aux fondements normatifs qui gouvernent désormais la responsabilité médicale. D'autant que dans un arrêt du 28 janvier 2010, elle faisait précisément ce choix unificateur en ne visant que l'article L. 1142-1 du code de la santé publique relatif à la responsabilité pour faute des professionnels de santé, en lieu et place de l'article 1147 du code civil, traditionnellement invoqué, au titre de la responsabilité contractuelle (Cass., Civ., 28 janvier 2010, n° 09-10992, D. 2010, p. 440).

Dans l'arrêt commenté, la Cour tire des dispositions combinées des articles 16 et 16-3 alinéa 2 du code civil, que la dignité de la personne et le devoir du praticien de recueillir le consentement, font du défaut d'information un préjudice autonome devant être réparé sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

L'application de l'article 16-3 du code civil (« *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* ») ne soulève pas de questionnement particulier, bien que d'un point de vue strictement littéral, il évoque seulement le consentement à l'intervention, et non le consentement aux risques inhérents à l'intervention.

En revanche, le visa de l'article 16 – dont le contenu (« *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 la vie* ») n'est pas rappelé dans l'attendu précité – semble refermer la boucle sur les questions sans réponse relatives au contenu objectif et subjectif du principe même de dignité. De quelle dignité s'agit-il ? Celle du patient et de son droit à ne pas être traité comme un ignorant insusceptible de comprendre ? Auquel cas l'arrêt tendrait à renforcer une fois de plus l'obligation légale par un grand principe. Ou celle du monsieur confronté à des troubles érectiles, touché dans son intimité et dans sa virilité ? Auquel cas l'arrêt fait figure de décision d'opportunité.

Alors que l'article 16-3 peut fonder à lui seul la reconnaissance d'un préjudice tiré du défaut d'information, on peut s'interroger sur le sens d'une application combinée avec l'article 16 du code civil, et *in fine*, se demander dans quelle mesure le défaut d'information est véritablement reconnu comme susceptible de causer un préjudice véritablement autonome.

Caroline Lantero, Docteur en droit public.