



**HAL**  
open science

## Obligation d'information du médecin sur le risque grave exceptionnel: le doute enfin levé!

Clémentine Lequillier, Lydia Morlet-Haïdara, Sylvie Welsch, Mireille  
Bacache

### ► To cite this version:

Clémentine Lequillier, Lydia Morlet-Haïdara, Sylvie Welsch, Mireille Bacache. Obligation d'information du médecin sur le risque grave exceptionnel: le doute enfin levé!. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2017, 16. hal-04207265

**HAL Id: hal-04207265**

**<https://hal.science/hal-04207265v1>**

Submitted on 14 Sep 2023

**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.

### Mireille Bacache

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne (IRJS-CRDP)

### Clémentine Lequillier

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

### Lydia Morlet-Haidara

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes, Sorbonne Paris Cité, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR S 1145

### Sylvie Welsch

Avocat à la Cour, UGGC Avocats

## Obligation d'information du médecin sur le risque grave exceptionnel : le doute est enfin levé !

**Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 12 octobre 2016, n° 15-16894**

En l'espèce, à la suite de l'arthrographie d'une épaule, réalisée en février 2007 par M. X, radiologue, exerçant son activité à titre libéral au sein de la société civile de moyens Centre de radiologie Z, M. Y a présenté une arthrite septique d'origine nosocomiale, dont il a gardé des séquelles. Il a alors assigné en responsabilité et indemnisation de ces différents préjudices le radiologue, le centre de radiologie et leur assureur.

Dans un arrêt du 16 décembre 2014, la Cour d'appel de Pau a tout d'abord mis hors de cause le radiologue en l'absence de faute de sa part à l'origine de l'infection nosocomiale. Faut-il en effet rappeler que la loi du 4 mars 2002 a prévu un régime de responsabilité distinct selon le lieu où a été contractée l'infection nosocomiale : responsabilité de plein droit dans un établissement de santé<sup>1</sup> (article L. 1142-1 I alinéa 2 du CSP) ou responsabilité pour faute dans un cabinet libéral (article L. 1142-1 I alinéa 1<sup>er</sup> du CSP). Dans son pourvoi incident, le patient soutenait que l'article

L. 1142-1 I alinéa 1<sup>er</sup> du CSP était « contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi constitutionnellement garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en tant qu'il oblige le patient, en matière d'infection nosocomiale, à rapporter la preuve d'une faute du professionnel de santé, alors que l'alinéa 2 du même texte prévoit, en cette même matière, une responsabilité de plein droit de tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ». Sans que l'on puisse s'en étonner, la Cour de cassation rejette le pourvoi rappelant que « par sa décision n° 2016-531 QPC du 1<sup>er</sup> avril 2016<sup>2</sup>, qui s'impose, en application de l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, à toutes les autorités juridictionnelles, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à celle-ci l'article L. 1142-1, I, alinéa 2, du code de la santé publique ». Nous ne reviendrons toutefois pas ici sur la question de la constitutionnalité du régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale, même si cette solution, qui n'est pas exempte de critiques<sup>3</sup>, se révèle à notre sens particulièrement préjudiciable lorsque l'on se place du côté des victimes<sup>4</sup> (dans l'hypothèse où ces dernières n'arriveront pas à prouver une faute du professionnel de santé ou que l'infection contractée n'atteindra pas le degré de gravité requis par la loi pour obtenir une prise en charge par la solidarité nationale).

Notre commentaire ne portera pas non plus sur la question relative au domaine d'application de la responsabilité de

2- Décision n° 2016-531 QPC du 1<sup>er</sup> avril 2016, considérant 7 : « Considérant que les actes de prévention, de diagnostic ou de soins pratiqués dans un établissement, service ou organisme de santé se caractérisent par une prévalence des infections nosocomiales supérieure à celle constatée chez les professionnels de santé exerçant en ville, tant en raison des caractéristiques des patients accueillis et de la durée de leur séjour qu'en raison de la nature des actes pratiqués et de la spécificité des agents pathogènes de ces infections ; qu'au surplus, les établissements, services et organismes de santé sont tenus, en vertu des articles L. 6111-2 et suivants du code de la santé publique, de mettre en œuvre une politique d'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins et d'organiser la lutte contre les événements indésirables, les infections associées aux soins et l'iatrogénie ; qu'ainsi, le législateur a entendu prendre en compte les conditions dans lesquelles les actes de prévention, de diagnostic ou de soins sont pratiqués dans les établissements, services et organismes de santé et la spécificité des risques en milieu hospitalier ; que la différence de traitement qui découle des conditions d'engagement de la responsabilité pour les dommages résultant d'infections nosocomiales repose sur une différence de situation ; qu'elle est en rapport avec l'objet de la loi ; qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ».

3- V. not. P. JOURDAIN, « Infections nosocomiales : la restriction de la responsabilité sans faute aux seuls établissements de santé est conforme à la Constitution », RTD Civ. 2016 p. 643 ; M. REYNIER, « Tout va bien », Revue Droit & santé 2016, n° 71.

4- L. BLOCH, « Pas d'atteinte au principe d'égalité dans le régime d'indemnisation des victimes d'infections nosocomiales (Cons. const., 1<sup>er</sup> avr. 2016, n° 2016-531 DC) », RCan° 5, mai 2016, alerte 13 ; P. JOURDAIN, « Infections nosocomiales : la restriction de la responsabilité sans faute aux seuls établissements de santé est conforme à la Constitution », RTD Civ. 2016 p. 643 ; J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA, « Constitutionnalité du régime de responsabilité en matière d'infection nosocomiale », D.2016, p. 1064 et s.

1- Plus précisément l'article L. 1142-1 I alinéa 2 du CSP dispose que « Les établissements, services et organismes susmentionnés [dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins] sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

plein droit (sans faute) en matière d'infection nosocomiale. En l'espèce, l'acte à l'origine de l'infection avait été réalisé dans les locaux d'un centre de radiologie, organisé sous la forme d'une société civile de moyens. La question se posait dès lors de savoir si ce centre devait être soumis à une responsabilité pour faute ou sans faute du fait de la survenance de l'infection nosocomiale. Reprenant la solution posée le 12 juillet 2012<sup>5</sup>, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Pau<sup>6</sup> qui avait déclaré le centre de radiologie responsable du préjudice subi par le patient sur le fondement de la responsabilité de plein droit. Elle rappelle « qu'une société civile de moyens, ayant, selon l'article 36 de la loi du 29 novembre 1966 pour objet exclusif de faciliter à chacun de ses membres l'exercice de sa profession, sans possibilité de l'exercer elle-même<sup>7</sup>, ne constitue pas l'une des structures auxquelles s'applique un régime de responsabilité de plein droit pour les infections nosocomiales qui y sont survenues ». Elle retient ainsi une conception stricte de la notion d'établissement de santé<sup>8</sup>, obligeant la victime à rapporter la preuve d'une faute du centre de radiologie.

C'est la question de l'étendue de l'obligation d'information qui retiendra ici notre attention. En effet, « parce qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une définition légale précise, les termes qui délimitent l'étendue de l'obligation d'information médicale prêtent à interprétation »<sup>9</sup>. Si le Conseil d'État s'est, comme nous le verrons, prononcé dès 2012 sur la question, il a fallu attendre le 12 octobre dernier<sup>10</sup> pour que la Cour de cassation prenne clairement position sur le sujet en faveur d'une conception extensive du contenu de l'obligation d'information. Dans cette affaire, l'arrêt de la Cour d'appel de Pau est cassé pour avoir refusé de réparer le préjudice du patient résultant du défaut d'information sur les risques

d'infection nosocomiale<sup>11</sup> en raison de la nature de ce risque. La Cour d'appel avait en effet considéré que « le risque d'arthrite septique lié à la réalisation d'un arthroscanner [constituait] un risque exceptionnel, et non un risque fréquent ou grave normalement prévisible, et que le praticien n'avait pas l'obligation d'en informer le patient ».

Attention toutefois à ne pas se réjouir trop vite (II) de l'extension du contenu de l'obligation d'information pesant sur le professionnel de santé (I).

## I. L'extension du contenu de l'obligation d'information

Cet arrêt a le mérite de lever l'ambiguïté de la formule de l'article L. 1111-2 du CSP<sup>12</sup> en consacrant l'extension du contenu de l'obligation d'information aux risques graves, même s'ils ne se réalisent qu'exceptionnellement, pourvu qu'ils soient scientifiquement connus à la date des soins comme étant en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés. Il harmonise ainsi les jurisprudences administrative et judiciaire sur la question du contenu de l'obligation d'information du médecin<sup>13</sup>(A). La question reste toutefois entière de savoir ce qu'est un risque scientifiquement connu(B).

### A) L'obligation d'information du médecin sur les risques graves exceptionnels pourvu qu'ils soient scientifiquement connus

Si historiquement, les juridictions tant judiciaire qu'administrative retenaient une conception restrictive des risques devant être portés à la connaissance du patient (exclusion des risques exceptionnels)<sup>14</sup>, la jurisprudence des deux ordres a progressivement évolué en faveur d'une approche extensive du contenu de l'obligation d'information<sup>15</sup>. Ainsi, à la veille de la loi du 4 mars 2002, les juges judiciaires et administratifs considéraient qu'hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, le médecin était tenu de donner au patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques

5 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 12 juillet 2012, n° 11-17072.

6 - L'arrêt de la Cour d'appel avait relevé que « l'acte à l'origine de l'infection a été réalisé dans les locaux du centre de radiologie, à l'aide de son matériel et avec l'assistance de son personnel, que l'article L. 1142-1 du code de la santé publique ne vise pas les "établissements de santé", tels qu'ils sont définis aux articles L. 6111-1 et suivants du même code, qu'il étend la responsabilité de plein droit en matière d'infections nosocomiales à des établissements, services ou organismes dont il ne donne aucune définition et qui, faute de référence légale expresse, ne sont pas nécessairement des établissements de santé au sens de la loi, mais des établissements au sein desquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, qu'un centre de radiologie, organisé sous la forme d'une société civile de moyens, ne peut se comparer à un cabinet médical où exercerait à titre libéral un seul médecin et être soumis à une responsabilité pour faute qui serait, en outre, contraire à l'esprit de la loi, et à l'égalité des patients devant celle-ci, et qu'il en résulte que le centre de radiologie répond à la définition de l'article L. 1142-1, I, nonobstant sa forme de société civile de moyens ».

7 - S. HOCQUET-BERG, « Infection nosocomiale contractée au cours d'un examen radiologique », RCA n° 10, octobre 2012, comm. 276, n° 1 ; P. JOURDAIN, « Qu'est-ce qu'un « établissement de santé » au sens de l'article L. 1142-1, I, du code de la santé publique ? », RTD Civ. 2012 p.733.

8 - L. BLOCH, « Santé, 1. Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du Code de la santé publique, 2. Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347.

9 - J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », AJDA 2003. 72.

10 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 12 octobre 2016, n° 15-16894.

11 - La Cour de cassation a précisé pour la première fois dans un arrêt du 8 avril 2010 qu'au titre de son obligation d'information, le médecin devait informer son patient d'un risque d'infection nosocomiale dès lors que celui-ci est scientifiquement connu comme étant en rapport avec ce type d'intervention (Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 8 avril 2010, n° 08-21058, obs. A. Laude, D. 2011 p.2565).

12 - G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », RDC 2012, n° 3, p. 1104 et s.

13 - M. BACACHE, « L'harmonisation des jurisprudences : un objectif atteint ? », in La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades : 10 ans après, sous la dir. de M. Bacache, A. Laude et D. Tabuteau, Bruylant, 2013, p. 161 et s. ; D. DUVAL-ARNOULD, « La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire », AJDA 2016, p. 355 et s.

14 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 avril 1961, Gaz. Pal. 1961, 2, p. 53 ; CE 16 décembre 1964, Dille Bré, AJDA 1965, II, p. 624, note J. Moreau. L'information était toutefois élargie à tous les risques médicaux même exceptionnels lorsque l'acte n'avait pas de cause thérapeutique (exemple de la chirurgie esthétique).

15 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 7 octobre 1998, n° 97-10267 ; CE, sect., 5 janvier 2000, Cts Telle et AP-HP, n° 181899 et 198530 (2 esp.).

graves afférents aux investigations et soins proposés, et n'était pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisaient qu'exceptionnellement. La question s'est toutefois posée de savoir si cette jurisprudence était maintenue après l'adoption de la loi Kouchner dans la mesure où l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique impose désormais une obligation d'information sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » sans référence aucune au risque exceptionnel<sup>16</sup>. La formule « risque grave normalement prévisible » crée en effet la confusion<sup>17</sup> car « avant sa consécration législative, les juges utilisaient l'expression pour opposer "les risques prévisibles" aux "risques exceptionnels" »<sup>18</sup>. Pourtant, l'étude des travaux préparatoires révèle que le législateur a souhaité « s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence antérieure et donc de maintenir une information sur les risques exceptionnels (JOAN, 2<sup>ème</sup> séance, 2 octobre 2001, p. 5330, JOAN, 1<sup>ère</sup> séance, 3 octobre 2001, p. 5406, JOAN 2<sup>ème</sup> séance, 3 octobre 2001, p. 5439). L'expression "normalement prévisibles" n'[aurait] donc pas été utilisée pour limiter le droit des patients d'être informés en réservant l'hypothèse des risques graves de réalisation exceptionnelle »<sup>19</sup>.

Nonobstant les termes de l'article L. 1111-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la santé publique, le Conseil d'État<sup>20</sup> a, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Kouchner, maintenu sa jurisprudence antérieure jugeant que « la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation [d'information] »<sup>21</sup>. Il a fallu attendre cet arrêt du 12 octobre 2016 pour que la Cour de cassation s'aligne sur la position du Conseil d'État<sup>22</sup> et affirme qu'« un risque grave scientifiquement connu à la date des soins comme étant

en rapport avec l'intervention ou le traitement envisagés, constitue, même s'il ne se réalise qu'exceptionnellement, un risque normalement prévisible ». « La Cour va estimer que dès lors que l'exceptionnel est connu, il est normalement prévisible »<sup>23</sup>. Ainsi, comme l'avaient pressenti certains auteurs<sup>24</sup>, le caractère « normalement prévisible » du risque s'entend en réalité d'un risque « connu ».

### B) Incertitude sur la notion de risque scientifiquement connu

La précision selon laquelle l'information à laquelle est tenu le professionnel de santé est limitée aux risques connus n'est toutefois pas nouvelle<sup>25</sup>. S'il va sans dire que ce risque doit s'apprécier « de façon objective, abstraite et non concrète »<sup>26</sup>, la question se pose néanmoins de savoir comment définir un risque connu. L'arrêt commenté, comme d'autres avant lui, précise qu'il s'agit d'un « risque connu scientifiquement ». Cette formule mériterait toutefois d'être précisée. A partir de quand peut-on, en effet, considérer qu'un risque est connu scientifiquement ? « Faut-il exiger qu'il fasse l'objet d'un consensus scientifique ou est-ce qu'il suffit qu'un risque soit dénoncé par certains<sup>27</sup> pour faire l'objet d'une information ? »<sup>28</sup>, s'interroge Madame Bacache. Qu'en est-il, en outre, du risque simplement suspecté ?<sup>29</sup>

Selon le Conseil d'État le risque serait scientifiquement connu lorsqu'il est répertorié dans la « littérature médicale »<sup>30</sup>, ce qui au demeurant permettrait d'en assurer la connaissance par le médecin. Reste cependant à savoir ce que l'on entend exactement par littérature médicale. S'agit-il exclusivement du dictionnaire médical Vidal ? ou faut-il également y inclure les publications scientifiques ? Dans une affaire où il était reproché au médecin de ne pas avoir informé son patient sur les risques de la vaccination contre l'hépatite B<sup>31</sup>, le caractère

16 - J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », *op. cit.*, : « A la lecture des commentaires de la loi Kouchner et des positions contradictoires de leurs auteurs, la portée de cette disposition prête indiscutablement à discussion. D'aucuns (Y. Lambert-Faivre, P. Mistretta) y incluent les risques exceptionnels, Bertrand Mathieu les exclut, d'autres (M. Deguergue, C. Guettier, C. Radé, F. Chaltiel) soulèvent la difficulté en laissant aux juges le soin d'y répondre ».

17 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 3<sup>ème</sup> éd., Economica, 2016, p. 956, n° 809.

18 - J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », in *Consentement et santé*, sous la dir. de l'Association française de droit de la santé, Dalloz, 2014, p. 79 ; J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », *AJDA* 2003. 72.

19 - J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », *op. cit.*, p. 80 ; G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », *RDC* 2012, n° 3, p. 1104 et s. ; M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 956, n° 809.

20 - CE 24 septembre 2012, n° 339285 ; CE 10 octobre 2012, n° 350426 ; CAA Lyon 23 décembre 2010, req. n° 09LY01051. Voir également les arrêts de Cours administratives d'appel cités par Madame Saison-Demars (J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », *op. cit.*, p. 80, notes 11, 12 et 13), étant précisé que les faits de ces arrêts sont postérieurs au 5 septembre 2001.

21 - A. MINET-LELEU, « Le contentieux du défaut d'information médicale, symbole de l'indulgence excessive du juge administratif », *AJDA* 2016, p. 362 et s.

22 - Solution d'ailleurs rappelée postérieurement à l'arrêt commenté par le Conseil d'Etat (CE 19 octobre 2016, n° 391538).

23 - L. BLOCH, « Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du CSP, Obligation d'information : domaine d'application », *RCA* n° 12, décembre 2016, comm. 347.

24 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 957, n° 809 ; J. SAISON-DEMARS, « Un consentement à géométrie variable : à quels risques consentir ? », *op. cit.*, p. 80/81.

25 - V. déjà dans ce sens Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 8 avril 2010, n° 08-21058 ; Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 26 septembre 2012, n° 11-22384 et pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 : Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 7 juillet 1998, n° 96-19927 : l'information quant aux risques doit être due « eu égard aux données de la sciences médicale » à la date des soins.

26 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 957, note 1. L'auteur poursuit : « Il ne s'agit pas de savoir si le médecin connaissait personnellement le risque grave de soins ou des opérations qu'il propose mais si ces risques étaient recensés par la science médicale ».

27 - Il devrait toutefois s'agir, selon nous, d'une contestation scientifique.

28 - M. BACACHE, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 957, note 1.

29 - J. SAISON, « Controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale », *AJDA* 2003. 72 : « Le passage du risque inconnu au risque connu connaît un temps intermédiaire marqué par l'incertitude, phase pendant laquelle le risque n'est que suspecté ».

30 - CE 19 octobre 2016, n° 391538 ; V. également concl. CE Ass. 9 avril 1993, Bianchi, Lebon p. 579 : « risque répertorié et mesuré dans la littérature médicale ».

31 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123.

avéré du risque<sup>32</sup> - qui avait été écarté - avait été mesuré au regard de deux critères : d'une part, l'existence d'une causalité scientifique établie entre la vaccination (en l'espèce vaccination contre l'hépatite B) et l'apparition de la maladie (en l'espèce une sclérose latérale amyotrophique)<sup>33</sup> ; d'autre part, la mention d'un tel risque dans la notice du vaccin et dans le dictionnaire médical Vidal<sup>34</sup>. Des auteurs en avaient déduit « qu'en présence d'un doute scientifique sur l'imputabilité de la maladie à la vaccination [il envisageait alors l'hypothèse de l'apparition d'une sclérose en plaques à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B], le médecin prescripteur supporterait une obligation d'information dès lors que ces risques [étaient] signalés dans la notice<sup>35</sup> ». Ce qui revenait à dire qu'en l'absence de consensus scientifique, le risque ne saurait être considéré comme scientifiquement connu (ou avéré) sauf mention de ce risque dans la « littérature médicale ». Il convient toutefois de noter que, comme le constate d'ailleurs un auteur, cet arrêt n'offre en réalité que des outils/des indices permettant d'établir la véracité d'un risque<sup>36</sup>...

Faut-il toutefois se réjouir de l'extension du contenu de l'obligation d'information ?

## II. Une solution en apparence favorable aux victimes

Etendre l'obligation d'information du médecin aux risques exceptionnels semble de prime abord être une solution avantageuse pour les victimes (A). Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée (B).

### A) Une solution favorable aux victimes

Cette solution serait « louable »<sup>37</sup> tant il apparaît délicat de « quantifier le risque exceptionnel »<sup>38</sup> : « d'abord, la fiabilité des statistiques sur les risques de telle ou telle opération est incertaine, des cas échappant à la détection. [...] Ensuite, et surtout, un critère exclusivement quantitatif présente

32 - Il était fait référence dans cet arrêt à la notion de « risque avéré » et non à celle de « risque connu ».

33 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123 : « les experts, comme la quasi-unanimité des scientifiques écartaient tout lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la SLA ».

34 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123 : « ni la notice du GenHevac B ni le dictionnaire médical Vidal ne mettaient en garde contre une éventualité d'apparition d'une SLA après une vaccination par GenHevac B ».

35 - F. ARHAB-GIRARDIN, « Le préjudice né du défaut d'information médicale : l'infléchissement de la Cour de cassation », RDSS 2014, p. 295 et s.

Ce qui est le cas puisque la notice du vaccin contre l'hépatite B mentionne, depuis plusieurs années déjà, les poussées de sclérose en plaques parmi les effets indésirables possibles de la vaccination. On connaît toutefois les raisons qui ont conduit les laboratoires pharmaceutiques à modifier les notices...

36 - O. GOUT, « L'obligation d'information du médecin à nouveau sur le devant de la scène juridique », Revue Lamy Droit civil, n° 115, 1<sup>er</sup> mai 2014.

37 - D. CRISTOL, « Observations sous Conseil d'État, 19 octobre 2016, n° 391538, Centre hospitalier d'Issoire et SHAM », RDSS 2016, p. 1169.

38 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 7 octobre 1998, JCP 1998 II 10179, ccl J. Sainte-Rose et obs. P. Sargos.

un défaut rédhibitoire. Il ne permet, en effet, pas de tenir compte des particularités du patient »<sup>39</sup>.

N'est-il pas en outre logique que le patient, qui est aujourd'hui acteur de sa santé, dispose de l'information la plus complète possible pour consentir de façon éclairée aux soins ou interventions qui lui sont proposés ?<sup>40</sup> Et pourtant, cette solution interroge. Et si l'information sur les risques exceptionnels étaient « contre-productive »<sup>41</sup> en ce qu'elle dissuaderait le patient de recourir à des soins/interventions pourtant nécessaires ou aurait un effet anxiogène sur celui-ci<sup>42</sup> ?

Ayons toutefois l'honnêteté de reconnaître que cette extension aura surtout pour effet de pallier l'impossibilité pour la victime de prouver la faute technique du médecin<sup>43</sup> et ainsi de permettre la mise en jeu de la responsabilité du praticien qui aura manqué à son obligation d'information. Ainsi, « en apparence, le patient sort vainqueur de [cette] précision jurisprudentielle »<sup>44</sup>. Mais qu'en est-il réellement ?

### B) Une affirmation à nuancer

Aujourd'hui, le manquement du médecin à son obligation d'information peut donner lieu à réparation sur le fondement de la perte de chance mais également sur celui du défaut de préparation aux conséquences du risque réalisé<sup>45</sup>, étant précisé que le cumul de ces deux préjudices est possible<sup>46</sup>.

En pratique toutefois il est à craindre que la victime rencontre des difficultés à apporter la preuve d'une perte de chance en cas de manquement du praticien à son obligation d'information sur un risque exceptionnel. C'est d'ailleurs ce que laisse à penser la solution retenue par le Conseil d'État dans son arrêt du 19 octobre 2016<sup>47</sup>. En effet, le juge tiendra notamment compte « du caractère exceptionnel de ce risque,

39 - Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 14 octobre 1997, JCP 1997 II 22942, n° 21 obs. P. Sargos.

40 - D. CRISTOL, « Observations sous Conseil d'État, 19 octobre 2016, n° 391538, Centre hospitalier d'Issoire et SHAM », RDSS 2016, p. 1169.

41 - L. BLOCH, « Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du CSP, Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347.

42 - D. MAZEAUD, « L'obligation d'information du médecin englobe aussi les risques qui se réalisent exceptionnellement », D. 1999, p. 259 ; P. JOURDAIN, « Obligation d'information du médecin : extension confirmée de l'obligation aux risques exceptionnels graves », RTD Civ. 1999, p. 111.

Il convient de noter qu'il existait autrefois une « limitation thérapeutique de l'information » (SARGOS, JCP 1998), prévue à l'article 35 alinéa 2 du Code de déontologie médicale. Le décret n° 2010-694 du 7 mai 2012 est cependant venu modifier le Code de déontologie de façon à le mettre en conformité avec la loi du 4 mars 2002, supprimant ainsi la possibilité offerte au médecin, dans l'intérêt du patient, de ne pas révéler, notamment, un risque grave lié à l'intervention proposée.

43 - M. BACACHE, « L'information médicale est-elle encore perfectible ? 7<sup>ème</sup> Etats généraux du dommage corporel », Gaz. Pal. 2012, n° 168, p. 9 et s.

44 - L. BLOCH, « Infection nosocomiale : domaine d'application de l'article L. 1142-1 I du CSP, Obligation d'information : domaine d'application », RCA n° 12, décembre 2016, comm. 347., n° 19.

45 - Voir S. Welsch, in JDSAM 2017.

46 - Voir déjà dans ce sens : Cass., 1<sup>ère</sup> Civ. 23 janvier 2014, n° 12-22123 ; Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 25 janvier 2017, n° 15-27898, obs. S. Welsch, JDSAM 2017, p. 87.

47 - CE 19 octobre 2016, n° 391538.

ainsi que de l'information relative à des risques de gravité comparable qui a pu être dispensée à l'intéressé, pour déterminer la perte de chance qu'il a subie d'éviter l'accident en refusant l'accomplissement de l'acte ».

Lorsqu'il sera établi que, même correctement informé, le patient aurait malgré tout accepté de subir l'opération ou de se soumettre au traitement, de sorte que la faute d'information ne lui a fait perdre aucune chance d'éviter le dommage, il pourra toujours demander l'indemnisation de son préjudice d'impréparation. La question se pose dès lors de savoir si ses chances de succès seront plus grandes. Une réponse positive s'impose dès lors que l'on reconnaît aujourd'hui l'existence d'une présomption de souffrance morale d'impréparation<sup>48</sup>. Espérons toutefois que le montant alloué ne sera pas symbolique<sup>49</sup>...

**Clémentine Lequillier**

48 - Harmonisation des jurisprudences civiles et administratives depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 16 juin 2016 (CE 16 juin 2016, n° 382479, D. 2016, p. 2187 et s., obs. M. Bacache).

49 - F. ALT-MAES, « La réparation du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », JCP G 2013 doctr. 547.