



ENSP
ÉCOLE NATIONALE DE
LA SANTÉ PUBLIQUE
RENNES

Directeur d'hôpital

Date du Jury : Décembre 2000

L'OBLIGATION D'INFORMATION MEDICALE

MARZOUG Sanaa

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	3
Première partie:LES SOURCES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION MÉDICALE: DES TEXTES POUR AFFIRMER LE PRINCIPE A LA JURISPRUDENCE POUR EN PRÉCISER LE CONTENU	17
<u>A. Les textes juridiques affirment la règle de principe: le médecin doit délivrer une information médicale au patient.....</u>	17
1. Les fondements textuels de l'obligation d'information.....	18
2. L'auteur de l'information et le destinataire de l'information.....	24
<i>a. Les débiteurs de l'obligation d'information</i>	24
<i>b. Les destinataires de l'information</i>	26
<u>B. Le rôle essentiel de la jurisprudence pour préciser le contenu de l'obligation d'information médicale</u>	32
1. Les qualités de l'information médicale: permettre au patient d'accéder à l'information sans schématiser.....	33
2. L'extension du contenu de l'information ou l'alourdissement de l'obligation d'information par la jurisprudence.....	35
3. Des dérogations à l'obligation d'information médicale justifiées par l'intérêt du patient	45
Deuxième partie:L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE A L'OBLIGATION D'INFORMATION MÉDICALE INVITE A REPENSER LA RELATION MÉDECIN-PATIENT.....	49
<u>A. L'engagement de la responsabilité juridique pour sanctionner un manquement au devoir d'information</u>	50
1. La commission de conciliation: une information postérieure à l'acte pour éviter le recours au juge	50
2. La mise en jeu de la responsabilité médicale en cas d'inexécution de l'obligation d'information médicale.....	52
<i>a. La responsabilité juridique du médecin libéral.....</i>	53
<i>b. La responsabilité médicale du praticien hospitalier</i>	56
3. Le mécanisme de la perte de chance pour indemniser les victimes pouvant se prévaloir d'un défaut d'information	60
<i>a. Perte de chance et lien de causalité.....</i>	60
<i>c. Perte de chance et réalité du préjudice.....</i>	65
<u>B. Un renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information médicale de nature à modifier la relation médecin-patient.....</u>	68
1. La preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information à la charge du médecin	68
<i>b. Le mode de preuve continue à être libre</i>	71
<i>a. Si la relation de confiance médecin-patient risque d'être mise en danger.....</i>	76
CONCLUSION.....	87

Bibliographie

INTRODUCTION

«La santé et le droit entretiennent depuis quelques années des relations de plus en plus étroites»¹. Cette évolution est d'autant plus remarquable que ces deux domaines se sont longtemps ignorés. En effet, le savoir sur la santé ayant longtemps été fort limité, nul ne pouvait être tenu responsable de maladies dont on ignorait les causes et les moyens de les combattre. Dans ce contexte, le médecin agissait en conscience et tout échec dans la pratique médicale était imputé au destin. Ainsi, pendant une longue période, le secteur de la santé échappe au droit de la responsabilité. Par un acte du 26 juin 1696, le Parlement de Paris consacre cette tradition en affirmant l'irresponsabilité juridique du médecin². L'acte de soins parce qu'il est dispensé dans l'intérêt du patient ne peut pas conduire à la mise en jeu de la responsabilité du praticien. Cependant les progrès de la médecine vont conduire à une remise en cause de cette conception. C'est précisément parce que le domaine de la santé entre dans le champ du savoir, que ceux qui détiennent un tel savoir et font profession d'en user deviennent responsables des actes thérapeutiques qu'ils dispensent. Le 18 juin 1835, la Cour de cassation met un terme au principe de l'irresponsabilité du médecin. C'est l'émergence du droit de la santé qui ne doit pas être confondu avec le droit à la santé.

Si l'existence du droit de la santé en tant que branche spécifique du droit n'est pas contestable, il en va tout autrement en ce qui concerne le droit à la santé.

Le onzième alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 faisant partie du bloc de constitutionnalité dispose que la nation «garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé». Le principe particulièrement nécessaire à notre temps ainsi formulé correspond donc à un droit à la protection de la santé et non à un droit à la santé. La différence de formulation exprime davantage qu'une nuance. En effet, un droit à la santé pourrait suggérer l'existence d'un droit individuel à vivre en bonne santé qui autoriserait chacun à s'en prévaloir et, le cas échéant, à exiger réparation dans tous les cas où la jouissance de ce droit serait perturbée. Au contraire, le droit à la protection de la santé s'inscrit dans la

¹Rapport public du Conseil d'Etat 1998, Réflexions sur le droit de la santé, Etudes et documents n°49, La Documentation française, 1998, p: 231

²D. TABUTEAU, Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, Berger-Levrault, 1995, p: 231

tradition de la police sanitaire en application de laquelle les pouvoirs publics ont un devoir de protéger collectivement les populations contre les risques qui pourraient menacer leur santé. Une telle interprétation s'impose d'autant plus que le Conseil constitutionnel invoque désormais le principe constitutionnel de protection de la santé publique³, ce dernier qualificatif accentuant la portée générale et non individuelle du principe. Ainsi, si l'on souhaite évoquer un droit à la santé, il faut l'entendre comme principe d'égalité devant le service public de santé. A l'affirmation de ce droit aux soins, qui intéresse tant les individus en bonne santé que les personnes malades, est venu s'ajouter la consécration des droits des patients.

Le développement du droit de la santé s'est accompagné de l'affirmation croissante des droits des patients. *«D'une part, l'activité médicale n'échappe pas à l'affirmation générale du droit par laquelle l'individu cherche à mieux se protéger de toute raison supérieure, qu'il s'agisse de raison d'Etat ou de raison scientifique. D'autre part, le patient invoque le droit pour se prémunir du risque que les technologies médicales récentes le rabaissent à une combinaison aléatoire de molécules»*⁴.

On assiste depuis quelques années à la multiplication de textes protecteurs des droits des patients. Il s'agit incontestablement d'une avancée pour le citoyen malade, et ce même si la disparité et l'éparpillement des textes constituent des facteurs de résistance à la connaissance et à l'application de ces droits. En 1996, le rapport EVIN⁵ souligne à ce sujet que *«de la constitution aux circulaires, il est souvent bien difficile de distinguer une hiérarchie, dans la mesure où on voit affirmés dans ces dernières des droits qui n'ont jamais fait l'objet de traduction législative»*⁶. Huit points précis sont identifiés et classés en deux registres. D'une part le rapport recense les droits de *«tout citoyen à l'égard du système de santé»*: droits à la protection de la santé, l'égalité de traitement, à la qualité des soins, à la non discrimination. D'autre part, la

³CC n°90-283 DC du 8 janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme

⁴Rapport public du Conseil d'Etat 1998, Réflexions sur le droit de la santé, Etudes et documents n°49, La Documentation française, 1998, p: 295

⁵C. EVIN (rapporteur), Rapport du conseil économique et social, Les droits de la personne malade, juin 1996, JO n°16 du 18 juin 1996, p: 25

⁶La France n'est pas le seul Etat européen à connaître une telle situation. En Europe, seule la Finlande a adopté par voie législative, le 1er mars 1993, un Code des droits des patients: *The Finish Act on the Status and Rights of Patients*

seconde catégorie de droits définis par C. EVIN correspond aux droits liant le patient au prestataire de soins, établissement ou médecin, il s'agit des droits «*qui s'imposent dans la relation entre le professionnel de santé et l'usager du service de soins*»: droit à l'information, droit d'exprimer son consentement exprès et éclairé, droit au respect et à la dignité, droit à la réparation.

Ainsi, dans la consécration croissante des droits des patients, le droit à l'information prend une place de premier plan, non pas par l'affirmation du principe qui n'est pas nouveau, mais plus par ses modalités d'exercice et par la portée qu'il est susceptible de prendre. Déjà au Moyen-Âge, un chirurgien français, Henri de MONDEVILLE tenait les propos suivants: «*le moyen pour le chirurgien de se faire obéir de ses malades, c'est de leur exposer les dangers qui peuvent résulter pour eux de leur désobéissance. Il les exagérera si le patient a l'âme brave et dure; il les adoucira et les atténuera ou les taira si le malade est pusillanime ou bénin, de crainte qu'il ne se désespère*»⁷.

Ainsi, le principe de l'information est loin d'être récent. Certes, il a longtemps été posé moins en termes de droit du patient que d'obligation du médecin, mais les droits du patient ne correspondent-ils pas, le plus souvent, à des obligations des professionnels de santé? Si le patient bénéficie d'un droit à l'information médicale, c'est bien parce que le médecin est tenu de lui délivrer cette information. Autrement dit, l'obligation d'information incombant au médecin s'inscrit dans un contexte de renforcement des droits des patients.

Si le droit à l'information est aujourd'hui largement reconnu, il semble que l'obligation d'information ne soit pas suffisamment respectée. En effet, l'une des critiques fondamentales concernant la relation médecin-malade vise le déficit d'information. Ainsi, «*à l'occasion d'un récent sondage réalisé par l'IFOP pour la Fondation Hôpitaux de Paris-Hôpitaux de France, l'information du patient lors de son séjour et sur les soins pratiqués figure parmi les sujets de mécontentement les plus fréquemment soulignés par les personnes interrogées. Ils sont près de 50% à réclamer une amélioration de l'écoute du patient et de son information*»⁸.

D'autre part, le défaut d'information est la cause dans plus de la moitié des cas des procédures

⁷B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement, Information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998, p: 10

⁸F. PONCHON, Les droits des patients à l'hôpital, Que sais-je, Paris, PUF, décembre 1999, p: 77

engagées à l'encontre des médecins⁹. Or, l'obligation d'information médicale imposée au praticien répond à un besoin naturel et légitime du patient. La personne malade peut naturellement prétendre à une véritable information qui doit lui permettre de donner ou de refuser un consentement éclairé aux décisions thérapeutiques envisagées.

Le consentement du patient doit être libre et éclairé: libre c'est-à-dire qu'à tout moment, le patient peut renoncer à l'acte ou à l'intervention; éclairé, c'est-à-dire que pèse sur le praticien un devoir d'information. Ainsi, le but de l'information est de permettre au patient d'accepter l'acte ou l'investigation en toute connaissance de cause, et celui peut au risque subi de la maladie préférer le risque consenti de l'intervention médicale.

Le consentement du patient et son information sont donc intimement liés: c'est seulement à la suite de l'information du patient que l'on pourra valablement recueillir son consentement éclairé, préalable indispensable à tout acte effectué sur sa personne. En effet, le droit, dérogatoire au droit commun, qui a le médecin de porter atteinte à l'intégrité physique et mentale d'une personne est conditionné par une intention thérapeutique mais aussi par le consentement de l'intéressé, sauf incapacité à consentir.

Certains auteurs pour justifier l'obligation d'information médicale préalable au consentement éclairé s'appuient sur l'image du pont branlant de J. S. MILL. Si sa traversée est trop dangereuse, les autorités doivent l'interdire en signalant clairement cette interdiction et en intervenant sur quelqu'un qui l'enfreindrait. S'il y a un risque moindre, les individus souhaitant l'emprunter doivent être avertis que son passage est dangereux et pouvoir ainsi décider librement s'ils prennent ou refusent le risque. Il revient aux autorités de s'assurer que ceux qui prennent le risque de traverser le pont en connaissance de cause et en ayant leur capacité de discernement. Le médecin doit pour mettre le patient en mesure d'effectuer un choix éclairé lui donner l'information. En effet, il est tenu de lui communiquer un certain nombre de renseignements destinés à le conduire à donner un consentement ou un refus éclairé aux investigations ou aux soins qui lui sont proposés. Ainsi, le patient dûment informé est censé être en situation de prendre une décision en fonction de ses intérêts, il est supposé autonome.

⁹Voir Commentaires du code de déontologie médicale, Conseil national de l'ordre des médecins, édition 1996, p: 144

Une telle conception de la relation médecin-patient est tout à fait récente. Pendant longtemps les présidents de l'Ordre des médecins¹⁰ enseignaient publiquement que la vérité doit être cachée au malade par le médecin. Et selon M. HAMBURGER, *«il faut mentir, mentir dans tous les cas, sans exception aucune... Cette exigence est purement et simplement thérapeutique. Le mensonge prend place dans les moyens dont vous usez pour soutenir l'état général et la résistance physique du malade»*, et ce d'autant plus que *«l'homme malade est ainsi fait qu'il est incapable de juger pleinement et sainement d'un problème qui le touche de si grave façon»*¹¹. On est donc passé d'une situation de paternalisme médical où il était entendu que le médecin décide plus ou moins unilatéralement de ce que doit être le bien du patient et le lui impose à une situation où le médecin tient compte de ce que le patient pense et négocie avec lui les modalités de son intervention. Autrement dit, le médecin imposait une conduite à un malade passif, présumé incapable de juger par lui-même alors qu'aujourd'hui le médecin propose une conduite à un patient présumé apte à comprendre et à faire un choix.

B. KOUCHNER soulignait en 1993 cette évolution en insistant sur la nécessité d'éclairer le patient: *«le corps médical a longtemps bénéficié d'une confiance aveugle des patients, reposant d'abord sur une ignorance absolue déguisée sous un langage ésotérique, si bien dépeint par Molière, puis sur l'illusion d'un savoir absolu, toujours servi par un langage hermétique aux intrus, aux patients. Prenons garde au retour du balancier: que cette confiance aveugle des patients, reposant d'abord sur une ignorance absolue bascule en une méfiance systématique, et c'est notre système de santé tout entier qui risque d'être mis à mal. Expliquons toujours, informons-nous, informons les patients sans cesse. La transparence est partout nécessaire pour accompagner la performance»*¹². L'information du patient est la condition nécessaire pour rendre le malade acteur et obtenir son adhésion au processus de soins.

¹⁰Voir par exemple les professeurs PORTES et PIEDELIEVRE

¹¹M. HAMBURGER, «Conseils aux étudiants en médecine de mon service», cité par M-O. REBLE, La mort à l'hôpital, Mémoire ENSP filière directeur d'hôpital, 1977

¹²Cité par A. FAGOT-LARGEAULT, H. ATLAN, J-F. COLLANGE (rapporteurs), Rapport du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche, septembre 1998, p: 5

Les progrès de la médecine offrent au patient des choix thérapeutiques plus ouverts qu'autrefois. Celui-ci peut donc se trouver plus fréquemment confronté à de véritables dilemmes personnels où l'information joue un rôle de premier plan. Il s'agit de donner au patient des éléments lui permettant d'avoir une relation plus équilibrée, plus mûre avec son médecin. Il s'agit de lui donner les moyens d'être un véritable acteur de sa santé et coresponsable des décisions qui sont prises le concernant. L'élévation du niveau d'instruction de la population accroît son niveau d'exigence en matière médicale: le patient accepte de moins en moins d'être un objet soumis qui s'en remet totalement à la compétence du médecin. Or, l'information est une condition fondamentale de l'autonomie du patient. D'ailleurs un sondage a mis en évidence le besoin des personnes malades à être consultées sur leur traitement et à se réapproprier leur maladie¹³: 83% des personnes interrogées pensent qu'en cas de maladie très grave, les médecins devraient tenir compte de l'avis du malade ou de ses proches avant de décider de poursuivre ou d'interrompre les traitements.

Si l'information répond à une demande des patients, elle peut aussi s'analyser comme un élément de l'éthique des médecins. On distingue deux positions éthiques en matière médicale: l'une dite téléologique fondée sur le principe de bienfaisance ou de non-malfaisance, l'autre dite déontologique fondée sur le principe du respect des personnes dans leur autonomie. Le médecin est censé faire le plus de bien possible au patient, tout en respectant sa liberté de décision; autrement dit, il devrait toujours tendre à concilier les deux principes¹⁴. Le devoir d'information s'inscrit dans cette logique: il semble légitime que le patient souhaite comprendre ce qui lui arrive, savoir ce qui l'attend... Il a besoin d'indications sur les soins, leurs justifications, leurs nature, leurs avantages, les risques qu'ils présentent. L'obligation d'informer est imposée par le respect de la personne humaine. Dans cette perspective, «*le droit à l'information forme un des piliers des droits de la personne hospitalisée qui allient respect de l'être humain et prise en compte de ses attentes*»¹⁵.

¹³Sondage Sofres-Mutualité Fonction publique: *les Français face à la maladie*, septembre 1994 cité par F-J. PANSIER, A. GARAY, Le médecin, le patient et le droit, éditions ENSP, 1999, 221 p., p: 8

¹⁴A. FAGOT-LARGEAULT, H. ATLAN, J-F. COLLANGE (rapporteurs), Rapport du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche, septembre 1998, 29 p.

¹⁵F. PONCHON, Les droits des patients à l'hôpital, Que sais-je, Paris, PUF, décembre 1999, p: 69

L'exigence d'une information due à celui qui est dans la situation d'une atteinte portée sur son corps relève du respect du principe de la dignité humaine affirmé par l'article 16 du code civil qui dispose que «*la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*». Le corps de l'homme ne peut pas être réifié et laissé à la disposition d'autrui soit-il médecin. Il n'est plus question pour les patients d'être infantilisés. «*Longtemps la société a donné ou laissé tous pouvoirs aux médecins pour faire ce que leur art leur indiquait de faire dans l'intérêt - grossièrement vu- des malades*»¹⁶. Les patients réclament aujourd'hui un droit à l'autonomie aussi étendu que possible, dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à celle des autres: chaque personne est un être de raison et de liberté, un être responsable. Le médecin est ainsi conduit à respecter l'intégrité physique et mentale du malade. Plus que pour une personne en bonne santé, en possession de tous ses moyens, ce respect s'impose et l'information participe de ce respect. Le malade doit être informé pour participer aux décisions qui le concernent. Certes, l'information ne met pas fin à l'asymétrie d'information dont bénéficie le médecin: l'inégalité du savoir est une évidence dans la mesure où dans la relation médecin-patient, l'un sait et l'autre ignore. La relation est fondée entre celui qui demande et celui à qui il est demandé quelque chose. Le patient prête au médecin le savoir et le pouvoir. C'est précisément de ce savoir que découle pour le médecin l'obligation d'informer le patient. L'obligation d'information a sa source dans un déséquilibre des connaissances entre les deux parties. Elle suppose du côté du médecin débiteur de l'obligation la connaissance d'une information, opposée à l'ignorance corrélative et légitime du patient bénéficiaire de l'information. La maladie met le patient dans un état de dépendance, elle touche l'homme en ce qu'il a de propre, le corps, la santé, la vie. Cette situation de dépendance accentuée par l'inégalité cognitive comporte le risque d'entraîner l'infantilisation du patient. Le droit de savoir peut être compris comme l'exigence de retrouver une certaine maîtrise, une faculté d'intervention. L'information constitue la pierre angulaire de la confiance que le médecin aura méritée de son patient, elle permet de réduire l'infériorité du patient et de le considérer comme une personne capable de comprendre et de bien supporter des informations sur son état de santé. Ainsi, la vulnérabilité du patient du fait de sa maladie ne doit pas constituer un argument de principe pour leur dénier l'information à laquelle ils ont droit. En effet, même

¹⁶B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement, Information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998, p: 15

malade tout individu a «le droit d'être traité dans le système de soins en citoyen libre, adulte et responsable»¹⁷. La circulaire n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés et comportant une charte du patient hospitalisé va dans ce sens dans la mesure où elle rappelle en préambule que «le patient hospitalisé n'est pas seulement un malade. Il est avant tout une personne avec des droits et des devoirs».

Dès lors que l'information du patient constitue une obligation pour le médecin, l'absence d'information s'analyse juridiquement comme une faute. S'ils ne remplissent pas leurs obligations, les médecins peuvent logiquement voir leur responsabilité engagée. Ainsi, le patient victime d'un défaut d'information peut obtenir réparation au niveau judiciaire s'il a subi un préjudice. Cependant même si certains médecins le craignent, on est encore loin d'une société contentieuse à l'américaine. Le nombre de litiges entre médecin et patient soumis à l'appréciation des tribunaux est marginal comparé au volume de l'activité médicale. On compte une centaine d'affaires portées annuellement devant les tribunaux alors que les 180 000 professionnels de la médecine réalisent dans le même temps quelques 365 millions d'actes médicaux¹⁸. L'épouvantail du procès est agité dès que l'on parle des droits des malades, mais les données chiffrées laissent penser que nous sommes loin d'une avalanche de procès.

Les principes de base de la responsabilité médicale sont ignorés de nombreux praticiens et cela donne libre cours à des conclusions approximatives telle que la crainte généralisée d'une épée de Damoclès suspendue au dessus de la tête de tous les médecins. Les articles de la presse médicale sont souvent très imprécis en matière de responsabilité médicale et donnent lieu à une mauvaise interprétation de la part des médecins. En effet, les professionnels ne reçoivent pas une formation de base au droit médical que fort peu d'universités enseignent. La même remarque peut être adressée au patient. La relation médecin-patient a subi les effets de la médiatisation de l'information médicale telle que véhiculée par les moyens de communication de masse. Mais si le patient semble de plus en plus informé, cela ne signifie pas qu'il est mieux informé. Au nom de la vulgarisation et de stratégies médiatiques, la médecine et la santé sont devenues des enjeux journalistiques. Le développement de la vulgarisation médicale dans la presse à destination du grand public a progressivement entraîné la médicalisation de la vie quotidienne des Français.

¹⁷C. EVIN (rapporteur), Rapport du conseil économique et social, Les droits de la personne malade, juin 1996, JO n°16 du 18 juin 1996, p :84

¹⁸F.-J. PANSIER, A. GARAY, Le médecin, le patient et le droit, éditions ENSP, 1999, 221 p., p: 18

Aujourd'hui il existe un véritable secteur de la presse santé. Cependant, «*au lieu d'aider le public à se forger un avis éclairé, les médias contribuent souvent à la confusion, phénomène largement indépendant des compétences techniques des journalistes*»¹⁹.

Toutes ces considérations ne peuvent que nous conduire à l'assertion suivante: l'information est aujourd'hui un élément essentiel de la relation entre le médecin et le patient. On est bien loin de l'ouvrage Ethique médicale que T. PERCIVAL (1740-1804), médecin à Manchester, fait paraître en 1803 et qui a eu un retentissement important et prolongé. Pour lui, l'intention bienveillante du médecin rejoint les intérêts du patient, il n'y a donc pas de raison de discuter la décision médicale; il soutient que la vérité est plutôt nuisible à la santé. Ainsi, il demande que le médecin cache à un mourant sa fin prochaine, se trouvant ainsi à l'origine de l'occultation de la mort qui a cours aujourd'hui encore. Cette influence sera amplifiée par «*l'American Medical Association qui adopte son premier code d'éthique médicale en 1847 en s'inspirant directement de Percival aux idées duquel elle restera fidèle jusque vers 1980*»²⁰.

L'obligation d'information médicale s'impose tant au médecin libéral exerçant dans le secteur privé qu'au médecin hospitalier dans le cadre d'un établissement public de soins dans la mesure où il s'agit d'une obligation déontologique et professionnelle. Cependant d'un point de vue purement juridique les relations qui s'établissent entre le médecin et le patient diffèrent selon le cadre d'exercice. En effet, dans l'exercice public de la médecine, la relation juridique s'instaure entre l'hôpital et le patient qui est un usager du service public. Il est dans une situation statutaire. Ainsi, il est soumis à un régime juridique préétabli, régi à la fois par les principes généraux applicables à tout usager du service public et par les textes applicables à l'établissement où il séjourne et qui fixent son organisation et son fonctionnement. Dans ce cadre, c'est l'organisation qui prime et non pas la relation individuelle médecin-patient. En revanche, le médecin libéral et le patient sont liés par des relations de nature contractuelle: la notion de contrat de soins place la relation entre le médecin et le patient sur un terrain conventionnel.

Cette différence de statut juridique n'est pas anodine, dans la mesure où elle a des conséquences

¹⁹S. ERKMAN, «Journalistes scientifiques sous influence», *Le Monde diplomatique*, octobre 1996, p: 32

²⁰B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement, Information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998, p: 11

importantes pour le praticien et pour le patient en cas de contentieux. Le juge administratif et le juge judiciaire ont chacun de leur côté été confronté à la question de l'obligation d'information médicale puisque les règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ont conduit les patients des hôpitaux publics devant l'un et les patients des médecins libéraux devant l'autre. Si, comme nous le verrons, juge administratif et judiciaire ont aujourd'hui harmonisé leur jurisprudence en matière d'obligation d'information médicale, cela n'a pas toujours été le cas. Ainsi, le patient selon qu'il consultait un médecin libéral ou un praticien hospitalier bénéficiait d'un régime plus ou moins protecteur, d'une jurisprudence plus ou moins exigeante concernant l'étendue de l'information... Et ces divergences ne se justifiaient pas par des particularités tenant au service public hospitalier. L'opportunité d'un accord entre la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat et la nécessité d'une interprétation uniforme de l'obligation d'information médicale paraissent évidentes. Si la différence est essentielle du point de vue juridique entre le praticien de droit privé lié à son patient par des relations de nature contractuelle et le médecin hospitalier soumis à un régime de droit public mettant en présence un agent public affecté à un établissement public de santé et un usager du service public hospitalier, il serait difficile pour un patient de comprendre la coexistence de deux pratiques médicales divergentes selon que le médecin exerce dans le secteur privé ou public. C'est pour ces raisons que la question de l'attribution par le législateur sous la forme d'un bloc de compétence au profit d'une seule juridiction de tous les litiges relatifs à l'activité médicale est toujours d'actualité.

Au delà de l'aspect juridique, la finalité de l'obligation d'information médicale interroge la nature même de la relation médecin-patient. S'agit-il pour le praticien d'obtenir du patient qu'il accepte les soins, ou alors se conforme-t-il à cette obligation pour éviter les poursuites, ou enfin aspire-t-il à faire évoluer le système de soins vers un partage de la décision entre le médecin et le patient éclairé?

C'est dans le cadre de cette réflexion que veut s'inscrire ce mémoire. Il n'a pas l'ambition, en un espace limité, de traiter de manière exhaustive tout ce qui intéresse le droit en matière d'obligation d'information au patient. Si l'information doit être entendue sous d'autres aspects que médical, seul le champ de l'obligation d'information à caractère médical sera analysé. Deux catégories d'informations doivent être distinguées en milieu hospitalier, celles qui ont trait au séjour et celles qui concernent les soins. Cette distinction est opérée dès le décret n°74-27 du 14

janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux pris en application de la loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière. Ainsi, les conditions d'accès aux soins et de prise en charge, la signalétique, les informations administratives, l'identification des intervenants qui se succèdent autour du patient constituent autant d'informations qui n'ont aucun caractère médical et qui doivent être délivrées au malade. Si ces informations ne doivent pas être négligées, elles sont écartées de la présente réflexion. On rappellera seulement que la responsabilité d'un établissement hospitalier peut être mise en cause s'agissant d'aspects non médicaux de l'obligation d'informer et notamment en cas de renseignement inexact ou incomplet sur les conditions administratives du séjour²¹. Ainsi les hôpitaux doivent accorder autant d'importance au devoir d'information médicale qu'à l'obligation de fournir des informations ayant trait au séjour, et d'autant plus que *«des études ont montré en particulier que la qualité de l'information donnée en milieu hospitalier avait une incidence directe sur le nombre de litiges à l'issue d'un séjour»*²².

Le devoir d'information doit être entendu de manière absolument globale, comme devant permettre au patient de donner un consentement éclairé aux investigations et aux soins qui lui sont proposés. Dans cette perspective, l'information ne se limite pas à l'information sur les risques liés à l'acte médical: *«elle englobe également un domaine souvent oublié, celui de sa prise en charge financière»*²³. Si le praticien doit en être conscient, cet aspect de son obligation d'information ne sera pas traité, dans la mesure où cette étude est centrée sur les informations à caractère médical.

D'autre part les médecins ne sont les seuls débiteurs d'information en milieu hospitaliers. Ainsi, l'article 32 du décret n°93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers dispose que *«l'infirmier ou l'infirmière informe le patient ou son représentant légal, à leur demande, et de façon adaptée, intelligible et loyale, des moyens ou des techniques mis en oeuvre. Il en est de même des soins à propos desquels il donne tous les conseils utiles à leur bon déroulement»*. De plus, si le personnel soignant juge que les informations nécessaires au consentement du patient n'ont pas été fournies par le médecin, il est en droit de bloquer la prise

²¹Voir CE, 11 janvier 1991, Mme Biancale, recueil Lebon p: 12

²²F. PONCHON, Les droits des patients à l'hôpital, Que sais-je, Paris, PUF, décembre 1999, p: 69

²³F. BERGERON, «Le devoir d'information s'étend aussi aux modalités de prise en charge des soins», *Le Quotidien du médecin*, n°6699, 3 mai 2000, p: 33

en charge et de lui demander d'apporter au malade les informations lui permettant de consentir au traitement et à son exécution. En effet, l'infirmier n'est jamais dans une situation de stricte exécution, il a toujours un libre arbitre et doit en faire usage, lorsqu'il le juge utile. Ce devoir d'information qui incombe au personnel non médical, tout aussi important que l'obligation d'information qui pèse sur le médecin, n'est pas inclus dans la présente étude.

En outre, ont été écartés de la réflexion relative à l'obligation d'information médicale les aspects relatifs à l'accès du patient à l'information médicale le concernant, une fois cette dernière transcrite sur divers supports et plus particulièrement son dossier médical et son carnet de santé. Il s'agit d'analyser l'obligation d'information médicale préalable aux actes de soins, nécessaire pour que le consentement soit éclairé. Par conséquent, si l'accès au dossier médical correspond à une demande d'information médicale du patient, cette demande est motivée par la volonté de connaître la vérité, notamment lorsqu'un problème est survenu au cours d'une hospitalisation, et n'a pas pour finalité de répondre à la nécessité de parvenir au choix consenti du traitement par le patient éclairé. Si la question du dossier médical ne sera pas totalement absente des développements qui vont suivre, elle ne sera abordée que de façon très marginale.

Ainsi, il s'agira d'analyser l'actualité du devoir d'information médicale envers les patients. Cette année a été riche en matière d'obligation d'information médicale. Un récent sondage sur l'image de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris réalisé en mars 2000 montre que de nombreux patients sont sensibles à l'information médicale. Ainsi, les trois quarts des Franciliens considèrent l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris comme une institution de qualité mais qui mériterait d'améliorer encore la communication avec ses patients. Si les médecins sont jugés compétents et consciencieux, les sondés leur reprochent à 41% de ne pas informer suffisamment et, quand ils le font, de ne pas donner d'explications claires (37%)²⁴. D'une part cette enquête montre toute l'importance que revêt la question de l'information au sein des structures hospitalières. Il s'agit vraiment d'un enjeu stratégique pour les établissements de santé, dans la mesure où les manquements à cette obligation, parce qu'ils nuisent à la prise en charge globale du patient, ont un impact négatif en termes d'image. Cet effet est loin d'être anodin dans un univers hospitalier concurrentiel dans lequel le patient est considéré comme un client. L'administration hospitalière

²⁴«AP-HP: les patients veulent être mieux informés», *Le Quotidien du Médecin*, n°6730, 20 juin 2000, p: 8

n'échappe au mouvement qui touchent l'ensemble des services publics: pendant longtemps, l'administré était considéré comme un simple usager que le monopole du service public suffisait à fidéliser. De simple créancier passif d'une prestation, le patient est devenu un client auquel il convient d'offrir un service de qualité. En outre, remplir ce devoir d'information permet de mener une politique effective de prévention des litiges: informer, c'est se prémunir à l'avance contre la menace d'avoir à répondre plus tard, et trop tard dans le cadre d'éventuels procès en responsabilité.

Cette enquête est intervenue seulement deux mois après la condamnation de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris par le juge administratif. Par deux arrêts très attendus du 5 janvier 2000, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Guilbot, et Consorts Telle c/ Hospices civils de Lyon²⁵, dont il sera abondamment question dans ce mémoire, le Conseil d'Etat s'aligne sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'applique au secteur libéral. Une harmonisation et une mise en cohérence dont ne peuvent que se féliciter tous ceux qui ne comprenaient pas l'existence de deux droits divergents en matière d'obligation d'information médicale dans la mesure où il s'agit d'une obligation à caractère déontologique et professionnel. Ainsi, le contenu de l'obligation d'information ne doit pas varier suivant le cadre d'exercice médical considéré.

Les évolutions jurisprudentielles, qu'elles concernent le secteur libéral ou le secteur hospitalier, ont été abondamment commentées dans la presse tant médicale que non spécialisée. Le phénomène n'est pas étonnant dans la mesure où les patients potentiels, que nous sommes tous, s'intéressent aux évolutions que connaît le droit de la responsabilité médicale, qu'il s'agisse de responsabilité hospitalière ou de la responsabilité des praticiens libéraux. En s'appuyant sur ces évolutions, *«il ne paraît pas déplacé de soutenir que l'avenir de la médecine et des médecins tient, au moins autant qu'à la maîtrise de nouveaux moyens techniques, à une adaptation intelligente à ces nouvelles relations [basées sur l'obligation d'information médicale]»*²⁶.

L'information désigne en général des faits, des renseignements. Des informations de nature

²⁵CE, 5 janvier 2000, Consorts Telle c/ Hospices civils de Lyon, n°181899 et CE, 5 janvier 2000, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Guilbot, n°198530

²⁶B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement, information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998, p: 7

médicale sont diffusées par divers canaux: des revues, des sites internet...Il s'agit de médias destinés à vulgariser l'information médicale. L'obligation d'information médicale concerne la situation d'un individu, considéré comme un patient éventuellement malade, dont l'état nécessite des soins, et qui doit donc prendre une décision sur les possibilités médicales envisageables avec l'aide du médecin chargé de l'informer pour lui permettre de faire un choix éclairé.

Les sources de cette obligation d'information médicale sont à la fois textuelle et jurisprudentielle. En effet, si les textes consacrent le principe du devoir d'information du médecin à l'égard du patient, le rôle du juge est essentiel pour pallier le manque de précision de ces textes et expliciter l'étendue de l'obligation pesant sur les praticiens (partie I). Cependant le juge n'intervient qu'en cas de litige et l'information du patient ne saurait être réduite à une dimension contentieuse. En effet, si le manquement au devoir d'information engage la responsabilité du praticien qui ne parvient pas à faire la preuve qu'il a bien rempli cette obligation professionnelle devant les tribunaux. Il n'en reste pas moins que cette obligation devrait être abordée par le médecin comme un élément essentiel de la relation avec le patient dans l'exercice quotidien de son art (partie II).

Première partie:

LES SOURCES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION MÉDICALE: DES TEXTES
POUR AFFIRMER LE PRINCIPE
A LA JURISPRUDENCE POUR EN PRÉCISER LE CONTENU

Il y a cinquante ans, les médecins n'hésitaient pas à imposer aux patients, parfois sans explication, ce qu'ils jugeaient être bon pour eux, et cette attitude était socialement acceptée. Aujourd'hui le souci d'informer les patients et d'obtenir leur adhésion aux actes de soins proposés est devenu la norme, même s'il peut arriver qu'entre «*l'exigence théorique de l'information préalable au consentement et, parfois, le devoir humanitaire d'un mensonge charitable, le dilemme est redoutable*» le praticien peut légitimement hésiter. En tout cas les textes juridiques sont clairs: ils imposent une obligation d'information médicale au médecin (partie A.). Si le principe de l'information n'est donc pas, sauf cas particuliers, discutable, toute autre est la question de l'étendue de ce devoir d'information. En effet, dans le silence des textes, la jurisprudence est intervenue pour pallier le manque de précision quant au contenu de l'obligation d'information (partie B.).

A. Les textes juridiques affirment la règle de principe: le médecin doit délivrer une information médicale au patient

«Toute profession très technique répugne naturellement à s'expliquer avec ceux qui n'appartiennent pas à son sérail. La médecine et les médecins ne font pas exception à la règle. La relation entre le malade et le médecin est forcément complexe. Elle ne saurait être décrétée et régie par des réglementations définitives. C'est une affaire entre deux hommes et deux consciences» selon J-F. DENIAU²⁷. Cette assertion se heurte à l'obligation juridique d'information médicale que doit assumer le médecin à l'égard du patient, telle qu'elle est affirmée par les textes.

Le médecin, qui sollicite le consentement libre et éclairé du patient est tenu de lui fournir une

²⁷Cité par C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 18

bonne information. Cette obligation est imposée par un ensemble de règles juridiques (1.). En outre, ces dispositions textuelles répondent à la question suivante: «*qui informe et qui doit être informé?*» (2.).

1. Les fondements textuels de l'obligation d'information

Cette référence aux règles du contrat demeure le fondement de l'obligation d'information, mais celle-ci se trouve désormais consacré par une série de textes relativement récents. Des dispositions législatives et réglementaires ainsi que des textes internationaux affirment l'obligation d'information qui s'impose au médecin. Il est intéressant de souligner que le principe de l'information se trouve posé à la fois en termes d'obligation du médecin et de droit du malade, dans la mesure où s'il y a un créancier, c'est bien qu'il y a un débiteur.

Des dispositions législatives et réglementaires ainsi que des textes internationaux affirment l'obligation d'information qui s'impose au médecin.

Le législateur a consacré l'obligation d'information imposée aux praticiens hospitaliers. L'article L. 1112-1 alinéa 2 du Code de la santé publique issu de la loi hospitalière du 31 juillet 1991 applicable aux établissements de santé fait de l'information l'un des premiers droits du patient. Ainsi, il dispose que «*dans le respect des règles déontologiques qui leur sont applicables, les praticiens des établissements assurent l'information des personnes soignées*». Cette information si elle doit être délivrée par les médecins est une obligation dont la mise en oeuvre relève de l'organisation, et à ce titre concerne l'établissement lui-même. Une telle précision est nécessaire pour comprendre les règles applicables (et notamment les règles de responsabilité) en matière d'obligation d'information pesant sur les praticiens hospitaliers.

En revanche, il n'existe pas de dispositions législatives affirmant le devoir d'information du médecin libéral. Ainsi, dans le cadre d'exercice privé de la médecine, l'obligation d'information découle essentiellement du contrat médical. Longtemps, le droit du patient à l'information médicale n'a fait l'objet d'aucun texte particulier. Il se fondait sur la responsabilité contractuelle du médecin envers son patient telle que définie par l'article 1147 du code civil et sur l'obligation

générale d'information en découlant²⁸. Le médecin était à l'égard du patient un débiteur d'information de droit commun.

L'obligation d'informer le patient pour obtenir son consentement à l'acte médical résulte de la nature contractuelle des relations médecin-malade posée dès l'arrêt Mercier de la Cour de cassation du 20 mai 1936 où on lit notamment: *«attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le praticien l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a, d'ailleurs, jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques [...] mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science»*. Dès lors que ces relations ont été qualifiées de contractuelles, la Cour de cassation en a tiré toutes les conséquences en matière d'information et de consentement. Ainsi, dans l'affaire Teyssier²⁹, la Cour a retenu la responsabilité du médecin qui n'avait averti son patient ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et de ses conséquences, ni du choix qu'il avait entre deux méthodes curatives. Or *«comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération»* et *«en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, [le chirurgien] commet une atteinte grave aux droits du malade»*.

Cependant s'il n'y a pas de texte de loi consacrant explicitement le devoir d'information du médecin libéral, l'article 16-3 alinéa 2 introduit dans le Code civil par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, dite loi de bioéthique, qui porte sur le consentement du patient, induit son information préalable par les praticiens quel que soit leur lieu d'exercice. En effet, *«il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. 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»*. L'obligation d'information n'est pas expressément mentionnée dans le code civil; elle est seulement contenue en germe dans le texte.

²⁸L'article 1147 du code civil dispose: *«le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part»*

²⁹Cour de cassation, 28 janvier 1942, Dalloz 1942, Recueil critique, p: 63
Sanaa MARZOUG – Mémoire de l'École Nationale de la Santé Publique - 2000

A côté de ces règles législatives générales, on trouve des textes législatifs spécifiques applicables à certaines matières³⁰ : l'obligation d'information est ainsi spécialement affirmée dans le domaine des prélèvements d'organes, des dons d'organes, et des dons de sang, de l'expérimentation, de l'interruption volontaire de grossesse, et des tests V.I.H³¹. La chirurgie esthétique fait également l'objet de dispositions particulières.

L'obligation d'information incombant au médecin trouve son fondement réglementaire dans le code de déontologie médicale issu du décret n°95-1000 du 6 septembre 1995. Il s'agit d'un ensemble de dispositions destinées à régir les médecins en tant que membres d'une profession. Ainsi, il s'applique indifféremment au praticien exerçant dans un établissement public et au médecin libéral. Ce code, dont le titre II est consacré aux «*devoirs envers les patients*» (articles 32 à 55), est très centré sur les droits du patient et les exigences s'imposant au médecin contrairement au premier code de déontologie. «*Lorsque le premier code de déontologie médicale est paru, en juin 1947, l'essentiel de ses dispositions concernait le modus vivendi de la corporation médicale. Il s'agissait en effet essentiellement de préserver la respectabilité de la profession et d'imposer des devoirs de confraternité liant les médecins entre eux. Les recommandations relatives aux relations avec le malade apparaissaient comme un élément tenant une place tout à fait minime*»³². Dans la nouvelle version du code de déontologie, les droits du patient ont fait l'objet d'une attention particulière. Ainsi, «*le code de déontologie à vocation initialement corporatiste a évolué vers un code très centré sur les droits du patient*»³³.

Plusieurs dispositions du code de déontologie médicale traitent de la question du devoir d'information du médecin à l'égard du patient. Ainsi, l'obligation d'information est expressément prévue par l'article 35, alinéa 1 du Code de déontologie médicale qui dispose que «*le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur*

³⁰Celles-ci seront analysées dans le §I. B.

³¹Virus de l'immunodéficience humaine

³²H. HUGUES, «Devoir d'information et consentement éclairé: évolution de la jurisprudence ou du consentement autonomie au consentement négociation», *Revue française du dommage corporel*, Tome 24, n°4, 1998, p: 486

³³ibid

compréhension». Le devoir d'information incombant au médecin est aussi abordé dans l'article 36 alinéa 2 du code, article relatif au consentement et au refus de soins du patient, selon lequel *«lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences»*. L'article 41 du code de déontologie médicale fait écho à l'article 16-3 du code civil dans la mesure où il affirme qu'aucune *«intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médical très sérieux et, sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement»*. Enfin l'article 64 du code de déontologie envisage le cas où plusieurs médecins collaborent au traitement d'un patient: non seulement *«ils doivent se tenir mutuellement informés»*, mais encore chaque praticien est tenu de *«veiller à l'information du malade»*.

On trouve aussi cette obligation d'information dans des textes réglementaires plus anciens comme par exemple l'article 41 du décret n°74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux qui dispose à cet égard que *«le médecin chef de service ou les médecins du service doivent donner aux malades, dans les conditions fixées par le code de déontologie, les informations sur leur état qui leur sont accessibles; dans toute la mesure du possible, les traitements et soins proposés aux malades doivent aussi faire l'objet d'une information de la part du médecin»*.

L'obligation d'information du médecin envers le patient est contenue en filigrane dans les dispositions législatives et réglementaires relatives à la procédure d'accréditation des établissements de santé. Elle est, en effet, considérée comme un critère de la qualité de la prise en charge du patient comme en témoigne le manuel d'accréditation établi par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé utilisé pour conduire les procédures d'accréditation dans les centres hospitaliers publics et les cliniques privées. Introduite au sein du système de santé français par l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 portant réforme hospitalière et précisée par le décret n°97-311 du 7 avril 1997, la procédure d'accréditation a pour objectif de s'assurer que les établissements de santé développent une démarche d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins délivrés aux patients. Pour mener à bien cette mission, l'Agence s'appuie sur un manuel d'accréditation composé d'une part de l'exposé des objectifs et des principes de conduite de la démarche, et d'autre part des référentiels élaborés par des professionnels du système de santé. L'information du patient est prise en compte par les références 1, 3, 4 et 7 du

référentiel consacré aux «*droits et information du patient*». Ces références précisent entre autres: «*l'établissement inscrit l'information du patient dans ses priorités*», «*le patient reçoit une information claire, compréhensible et adaptée sur les conditions du séjour*», et «*le patient reçoit une information claire, compréhensible et adaptée sur ses soins et son état de santé*». Ainsi, la procédure d'accréditation est l'occasion de rappeler aux médecins leur obligation d'information dans les établissements de santé.

D'autres dispositions sont venues compléter cet édifice législatif et réglementaire relatif à l'obligation d'information pesant sur le médecin exerçant en milieu hospitalier. Ainsi, la circulaire n°95-22 du 6 mai 1995 relative aux droits des patients hospitalisés comporte une nouvelle charte du patient hospitalisé qui se substitue à la charte du malade hospitalisé contenue dans une circulaire du 20 septembre 1974 prise en application du décret n°74-27 du 14 janvier 1974 précité. Ce texte intéresse aussi bien les établissements publics hospitaliers que les établissements privés de soins. La charte vise l'accueil du patient, le respect de sa dignité et de sa personnalité. La nouvelle charte, contrairement à la charte de 1974, met en avant les droits des patients. Il s'agit d'un document théoriquement remis à chaque patient lors de son admission dans un établissement hospitalier. La charte comporte une rubrique «*Information du patient et de ses proches*» dans laquelle il est précisé que «*les établissements doivent veiller à ce que l'information médicale et sociale des patients soit assurée et que les moyens mis en oeuvre soient adaptés aux éventuelles difficultés de communication ou de compréhension des patients, afin de garantir à tous l'égalité d'accès à l'information*». Certains auteurs regrettent que la charte du patient hospitalisé ne soit qu'une circulaire dont la valeur juridique est faible et incertaine. Cependant les droits qui y sont affirmés sont consacrés par d'autres textes, et la charte se contente en fait de les rappeler dans un document unique, elle n'est pas censée les créer.

La question de l'information du patient est également abordée dans la circulaire n°83-24 du 1er août 1983 relative à l'hospitalisation des enfants. Elle préconise onze recommandations parmi lesquelles figure le devoir du médecin d'informer les parents. Plus récemment, les droits de l'enfant hospitalisé ont été reconnus dans la charte de l'enfant hospitalisé rédigée par des associations européennes oeuvrant pour l'humanisation des conditions d'accueil de l'enfant à l'hôpital et signée à Leiden (Pays-Bas) en 1988. L'article 4 de cette charte indique que «*les enfants et leurs parents ont le droit de recevoir une information sur la maladie et les soins,*

adaptée à leur âge et leur compréhension, afin de participer aux décisions les concernant».

D'autres textes internationaux affirment les droits patients et en particulier le droit à l'information. Ainsi, les deux textes les plus riches inspirés de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 sont la déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe examinée et signée à Amsterdam par 36 Etats membres réunis par le bureau régional Europe de l'Organisation mondiale de la santé (28-30 mars 1994) et la convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine conclue en 1997 dans le cadre du Conseil de l'Europe³⁴. Ces dispositions ont essentiellement une valeur symbolique. Elles contiennent, à côté des droits de la personne humaine -dont le droit à l'information, le consentement, et le droit à la vie privée- des chapitres sur le génome humain, la recherche scientifique et les prélèvements d'organes et de tissus.

La déclaration d'Amsterdam s'est efforcée de renforcer la promotion des droits des patients en Europe. Le paragraphe 2 de la déclaration est consacré à l'information: *«les patients ont le droit d'être pleinement informés de leur état de santé, y compris des données médicales qui s'y rapportent; des actes médicaux envisagés, avec les risques et avantages qu'ils comportent, et des possibilités thérapeutiques alternatives, y compris des effets d'une absence de traitement; et du diagnostic, du pronostic et des progrès du traitement»*. Ainsi le texte souligne également le droit de ne pas être informé sur la demande expresse du patient.

La déclaration sur les droits du patient établie par l'association médicale mondiale en 1995³⁵ affirme les mêmes principes. Elle dispose notamment que *«tout adulte compétent a le droit de donner ou de refuser de donner son consentement à une méthode diagnostique ou thérapeutique. Il a droit à l'information nécessaire pour prendre ses décisions. Il doit pouvoir clairement comprendre l'objet d'un examen ou d'un traitement, les effets de leurs résultats et les*

³⁴La convention contient un chapitre II, article 5 qui dispose: *«une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne peut, à tout moment, librement retirer son consentement»*

³⁵Association médicale mondiale, déclaration de Lisbonne sur les droits du patient, adoptée par la 34e Assemblée Médicale Mondiale (Lisbonne, 1981) et amendée par la 47e Assemblée générale (Bali, Indonésie, 1995)

conséquences d'un refus de consentement».

Ainsi, de nombreuses dispositions textuelles affirment le principe de l'obligation d'information du médecin à l'égard du patient. Elles précisent après de l'énonciation de la règle quel est l'auteur et le destinataire de l'information médicale.

2. L'auteur de l'information et le destinataire de l'information

Le débiteur de l'obligation d'information médicale est fort logiquement le médecin (a.) et le destinataire de cette information est a priori le patient (b.). Malgré la réponse apparemment évidente, la question mérite d'être analysée.

a. Les débiteurs de l'obligation d'information

L'obligation d'information médicale incombe à tous les médecins que le patient est amené à rencontrer. Ainsi, le devoir d'information pèse à la fois sur le médecin prescripteur d'un acte et sur celui qui le réalise conformément à l'article 64 alinéa 1 du code de déontologie médicale qui dispose que *«lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés; chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade»*. Ainsi, chaque médecin doit assurer l'information de ses propres actes diagnostiques ou thérapeutiques, mais aussi des actes des praticiens auxquels il les demandera ou les aura demandés. Le médecin réalisant une prescription ne saurait s'abriter derrière le fait que l'information aurait été donnée par le médecin prescripteur.

Par un arrêt rendu le 29 mai 1984³⁶, la Cour de cassation réaffirme que le praticien prescripteur et le praticien exécuteur sont l'un et l'autre tenus à une obligation d'information: *«la responsabilité du médecin prescripteur d'une aortographie est à bon droit retenue, à la suite de la paraplégie dont a été atteint le patient, dès lors que le pourcentage des risques était suffisant pour que, alors qu'il ne les ignorait pas, il fût tenu d'aviser son client ou son représentant des*

³⁶Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984 Toty-Savart

conséquences possibles de l'intervention de façon à le mettre à même de comparer les bienfaits estimés et les risques encourus. Le médecin radiologiste qui a procédé à cette aortographie est également responsable dès lors que, n'étant pas tenu par les prescriptions de son confrère, il disposait, de par sa qualité et ses fonctions, d'un droit de contrôle sur la prescription et avait également l'obligation d'éclairer les parents du malade sur les risques de l'intervention qu'il devait pratiquer et qui n'était ni indispensable ni urgente, intervention pour laquelle il n'avait pas obtenu lui-même le consentement éclairé des parents».

Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt du 14 octobre 1997³⁷: le juge rappelle que le devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription. *«Toutefois, dans la pratique, les médecins peuvent se concerter -ce qui serait d'ailleurs très souhaitable- pour délivrer l'information en fonction de leurs compétences respectives, mais chacun doit à tout le moins s'assurer qu'elle a bien été donnée»*³⁸.

Chacun des médecins intervenant dans le processus de soins est ainsi tenu d'informer le patient. Mais l'obligation d'information ne se limite pas à cette exigence dans la mesure où l'intérêt du patient exige que chaque médecin informe son confrère de tous les éléments qui sont de nature à avoir une influence sur les soins à donner. Un arrêt du 28 octobre 1997³⁹ a retenu la responsabilité d'un médecin, qui devait procéder à une opération de la cataracte de son patient, pour n'avoir pas averti l'anesthésiste que le globe oculaire dudit patient était plus allongé du fait d'une grande myopie. Cet anesthésiste avait pratiqué une anesthésie par injection rétro-globulaire et l'aiguille à biseau long avait perforé le globe oculaire, alors que la particularité anatomique précitée commandait soit une anesthésie générale, soit l'utilisation d'une aiguille à biseau court. Cette nécessaire information entre confrères s'impose d'autant plus dans le milieu hospitalier où le patient peut être amené à voir plusieurs médecins.

L'obligation d'information pèse sur chaque médecin, et elle ne bénéficie pas au seul patient.

³⁷Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1997, rapport P. SARGOS

³⁸P. SARGOS, «L'obligation d'informer le patient», *Petites affiches*, n°189, 22 septembre 1999, p: 10

³⁹Cass. civ. 1ère, 28 octobre 1997, Bull. civ. I, n°298

b. Les destinataires de l'information

En règle générale, c'est le patient qui est le destinataire de l'information. Mais les proches peuvent également être informés. Enfin, le cas particulier des incapables n'est pas sans poser de difficulté face à l'obligation d'information médicale.

Normalement c'est le patient qui consent à l'acte médical. Il est donc logiquement le destinataire de l'information médicale dans la mesure où c'est son propre choix qu'il s'agit d'éclairer. Cependant il peut arriver que le malade est inconscient ou n'est pas en état de consentir à l'acte médical. Dans ce cas il convient de recueillir le consentement *«des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels»*⁴⁰. L'article 36 du code de déontologie médicale de 1995 confirme cette jurisprudence dans la mesure où son troisième alinéa dispose que *«si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que ses proches aient été prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité»*. Lorsque l'information ne peut être délivrée au patient lui-même, les proches se substituent à ce dernier pour recueillir cette information. Mais cette information n'est pas de même nature que celle qui, à l'adresse du malade, est un préalable à son consentement.

Si la notion de proches désigne a priori l'entourage familial, elle est *«délibérément assez vague pour tenir compte de réalités pratiques pour des personnes sans famille ou ayant rompu avec leur famille, et pourra concerner, par exemple, les personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité»*⁴¹.

La famille peut également être informée alors même que le patient est conscient, dans la mesure où celle-ci joue un rôle important dans la prise de décision en matière médicale, elle dispose d'une influence auprès du malade pour se faire hospitaliser ou pour subir des interventions. Mais l'accord du patient est préalablement nécessaire aussi bien pour la délivrance de l'information que pour la désignation des proches qui en seront bénéficiaires. Le troisième alinéa de l'article 35 du code de déontologie médicale confirme cette thèse dans le cas particulier du pronostic fatal: *«les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite»*.

⁴⁰Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1955

⁴¹P. SARGOS, «L'obligation d'informer le patient», loc. cit.
Sanaa MARZOUG – Mémoire de l'École Nationale de la Santé Publique - 2000

La garantie pour le patient qu'aucune information sur son état de santé ne peut être donnée sans son assentiment se traduit par le secret médical qui s'impose à tout médecin comme en dispose l'article 4, alinéa 1 du code de déontologie médicale selon lequel «*le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi*». Un éventuel manquement au secret par le médecin serait sanctionné conformément à l'article 226-13 du code pénal⁴². Les tests génétiques et la médecine prédictive soulèvent à cet égard des problèmes nouveaux, dans la mesure où le secret médical interdit de procéder à l'information de l'entourage d'un patient chez lequel a été détectée une maladie si celui-ci s'y oppose.

Il peut arriver que le médecin ne soit pas en mesure de donner l'information directement au patient en raison de son état (traumatisme crânien, coma, anesthésie,...), et qu'il ne sache pas alors à qui s'adresser. Le comité consultatif national d'éthique propose que soit mise à l'étude la possibilité pour toute personne de désigner pour elle-même un «*représentant*» ou «*mandataire*» ou «*répondant*» chargé d'être l'interlocuteur des médecins aux moments où elle est hors d'état d'exprimer elle-même ses choix. Le représentant serait la première personne à informer et à consulter sur les choix à faire pendant que le patient est dans l'incapacité de répondre pour lui-même. Cette proposition a été prise en compte dans la mesure où l'avant-projet de loi relatif à la modernisation du système de santé présenté en juillet 2000 par la secrétaire d'Etat à la santé et à l'action sociale stipule que toute personne majeure peut désigner une «*personne de confiance*» qui est consultée au cas où elle-même est hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cependant, le principe de l'information prioritaire du patient n'est pas remis en cause. L'obligation d'information se pose en termes plus délicats lorsque le patient est incapable.

L'information médicale s'impose dans la mesure où elle le précède à un consentement éclairé. Cependant, l'acte de consentir suppose une double capacité: il faut pouvoir comprendre (capacité «mentale») et pouvoir se déterminer de façon autonome (capacité juridique). Sont tenues pour incapables à donner un consentement éclairé les personnes qui sont dans un état de dépendance juridique (mineurs et majeurs protégés). Les patients souffrant de troubles psychiatriques sont

⁴²L'article 226-13 du code pénal dispose que «*la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende*»

quant à eux supposés en mesure de donner un consentement éclairé. Or, leur capacité de compréhension peut être diminuée en raison de leur pathologie. Ainsi, il arrive que le médecin soit confronté à la non-coïncidence entre capacité réelle et capacité légale.

Certains patients n'ont pas la capacité juridique de prendre des décisions pour eux-mêmes. Il s'agit des mineurs (enfants au dessous de 18 ans) et des majeurs protégés (personnes sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice) qui constituent la catégorie juridique des incapables. Ainsi, le mineur et le majeur protégé lorsqu'ils se retrouvent en situation de patient n'ont pas la capacité juridique de consentir à l'acte médical par eux-même; le consentement doit être donné par le représentant légal qui est pour le mineur non émancipé la personne titulaire de l'autorité parentale et pour le majeur protégé le tuteur. L'article 42 alinéa 1 du code de déontologie médicale dispose à cet égard que le *«médecin appelé à donner des soins à un mineur ou à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir son consentement»*.

Cependant si les incapables ne sont pas en mesure de consentir aux actes médicaux d'un point de vue juridique, ils bénéficient tout de même du droit d'être informés. En effet, si l'article 42 alinéa 3 du code de déontologie médicale n'énonce pas explicitement le devoir d'information du médecin à l'égard du patient incapable, il précise que *«si l'avis de l'intéressé peut être recueilli, le médecin doit en tenir compte dans toute la mesure du possible»*. Certes, cette information n'aura pas pour finalité de constituer un préalable à un consentement éclairé, mais elle s'inscrit dans le contexte de la reconnaissance des droits des patients, y compris ceux des patients dits incapables. D'autres dispositions confirment cette tendance. En effet, le devoir d'information médicale des mineurs est régie par plusieurs textes même si c'est de façon indirecte à travers la question du consentement⁴³: il doit être informé lorsqu'il est en état de comprendre et de supporter l'information.

Certains juristes s'interrogent sur la cohérence de dispositions juridiques qui d'une part admettent qu'un jeune de 15 ans est apte à prendre des décisions relatives à sa vie sexuelle (contraception) et d'autre part le considèrent incapable de faire lui-même ses choix de santé. Ils proposent qu'au delà de l'âge de 13 ans le consentement du mineur puisse être recueilli et son information

⁴³Par exemple: article 42 du code de déontologie médicale cité, article 371-2 du code civil, circulaire n°83-24 du 1er août 1993 relative à l'hospitalisation des enfants, la charte de l'enfant hospitalisé de 1988...

préalable garantie comme celle d'un adulte⁴⁴.

Si les mineurs et les majeurs incapables sont considérés comme des incapables d'un point de vue juridique, les patients psychiatriques sont dits dépourvus de capacité «mentale». C'est pour cette raison que l'obligation d'information médicale peut paraître inadaptée à la pathologie psychiatrique.

La psychiatrie est particulière du fait des patients à qui elle s'adresse et du contexte dans lequel les soins sont prodigués (les malades sont quelquefois hospitalisés contre leur gré), mais aussi pour des raisons historiques (la folie n'a pas toujours été considérée comme une pathologie).

⁴⁴S. GROMB et A. GARAY (sous la direction de), Consentement éclairé et transfusion sanguine aspect juridique et éthique, éditions ENSP, 1996, p: 67

Le patient psychiatrique est celui qui souffre d'atteintes passagères ou durables qui touchent ses facultés dites intellectuelles ou mentales par opposition aux affections proprement corporelles. Cependant, l'altération des facultés mentales d'une personne ne constitue pas une justification en soi pour se dispenser de l'informer et obtenir son consentement éclairé.

Comme dans le reste de la médecine, le patient psychiatrique est une personne qui doit être considérée comme un partenaire du processus thérapeutique à intégrer de façon active. En effet, le traitement a pour but de modifier un comportement, une façon de penser, une manière de percevoir les choses..., à l'aide médicaments mais également par la volonté du patient. Cette volonté va être une des clefs de la réussite de la thérapie, ce qui implique que le patient accepte la maladie et la nécessité des soins. Les psychiatres soulignent l'importance de l'adhésion du malade à son traitement⁴⁵. Ils vont jusqu'à dire que, dans la plupart des cas, la phase la plus longue et la plus importante est cette phase d'explication, de dialogue qui va permettre au patient de prendre conscience du caractère pathologique de son comportement et ainsi comprendre la nécessité du traitement.

Dans ce cadre, on comprend que l'information prend une place importante dans le traitement des troubles mentaux et cette information n'est pas seulement à destination du patient mais aussi de ses proches, dans la mesure où ils jouent aussi un rôle important à l'égard du malade.

Ce dialogue qui s'instaure entre le médecin et le patient psychiatrique peut également aboutir à un refus de soins. Dans ce cas, il est tout aussi indispensable de donner une information sur les conséquences de ce choix. Dans une telle situation, aucune thérapie ne peut être mise en oeuvre par le praticien (hormis les cas où le médecin est placé devant une obligation de soins). Dans le cas de troubles mentaux qui peuvent se manifester par des tendances suicidaires, les établissements doivent tout mettre en oeuvre pour convaincre le patient de la nécessité du traitement et ainsi dégager leur responsabilité en cas de récurrence dès la sortie du patient. Dans ce contexte précis où le patient souhaite quitter l'institution contre avis médical, la preuve de l'information est établie par un document écrit signé par le malade. A cette justification curative, il faut ajouter une exigence légale applicable aux patients psychiatriques hospitalisés. En effet, la loi n°90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation consacre le droit à

⁴⁵J-C. ESCOLIER, P. GOMINET, M-F. PATRIS, J-C. PENOCHET, «Enquête sur la loi du 27 juin 1990 auprès des psychiatres des hôpitaux», *L'information psychiatrique*, n°6, juin 1992

l'information du patient psychiatrique⁴⁶. Le patient psychiatrique «hospitalisé avec son consentement pour des troubles mentaux [...] dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour une autre cause»⁴⁷. Dans un article paru en 1990, le doyen J-M. AUBY insiste sur le fait que les différents textes et principes concernant les libertés publiques applicables à l'hospitalisé pour une cause autre que la psychiatrie sont applicables au patient psychiatrique en hospitalisation libre⁴⁸. Ainsi, il bénéficie du droit commun en matière d'information médicale dès lors que l'hospitalisation est libre. L'hospitalisation libre représente environ 90% des séjours hospitaliers en psychiatrie. En revanche, le médecin n'a pas le même devoir d'information envers le malade psychiatrique hospitalisé sous contrainte, dans la mesure où ces hospitalisations sans consentement correspondent à des situations médicales graves et spécifiques. L'hospitalisation peut prendre deux formes: l'hospitalisation à la demande d'un tiers et l'hospitalisation d'office. L'hospitalisation à la demande d'un tiers exige que le patient «soit atteint de troubles rendant impossible son consentement, et que son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier»⁴⁹. L'hospitalisation d'office concerne «les personnes dont les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes»⁵⁰. Dans ces cas, si l'information médicale n'est pas nécessairement inexistante, elle peut légitimement et légalement être limitée par le psychiatre pour des raisons liées à la condition du patient.

⁴⁶L'article L. 326-3 de cette loi dispose que «lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement en application des dispositions du chapitre III du présent titre, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en oeuvre de son traitement. En toutes circonstances, la dignité de la personne hospitalisée doit être respectée et sa réinsertion recherchée. Elle doit être informée dès l'admission et, par la suite, à sa demande, de sa situation juridique et de ses droits»

⁴⁷Article L. 326-2 de la loi du 27 juin 1990

⁴⁸J-M. AUBY, «La loi n°90.527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, Doctrine-1990», *La semaine juridique*, Ed. G, n°39 cité par P. MICHEL, Des spécificités de l'information du malade adulte hospitalisé en raison de troubles mentaux à travers l'exemple du Centre hospitalier spécialisé de Rennes, Mémoire ENSP filière directeur d'hôpital, 1992, p: 24

⁴⁹Article L. 333 de la loi du 27 juin 1990

⁵⁰Article L. 342 de la loi du 27 juin 1990

Ainsi, sauf cas particulier (hospitalisation sans consentement), le patient psychiatrique est incontestablement détenteur d'un droit à l'information. Cependant il n'est pas toujours en mesure de comprendre les propos qui lui sont tenus, dans la mesure où sa pathologie peut l'empêcher de recevoir correctement l'information. Ainsi, lorsque le patient souffre de troubles psychiatriques graves qui altèrent sa capacité d'entendement, son adhésion au processus thérapeutique est inexistante. Or, l'information n'a d'intérêt que si la personne à laquelle elle est donnée est capable de la recevoir. Dans ce cas, si l'obligation d'informer le patient psychiatrique s'impose d'un point de vue juridique, elle n'a pas pour finalité, lorsque l'altération des facultés mentales est grave, d'éclairer le consentement. L'information est alors également fournie à un proche du patient conformément à la déclaration de Hawaii votée en octobre 1977 par l'association mondiale de psychiatrie. En effet, «*toutes les fois où cela est possible, un consentement devra être obtenu de la part de quelqu'un qui est proche du patient*»⁵¹.

Les textes imposant aux médecins d'informer le patient pour obtenir son consentement éclairé préalablement aux soins, s'ils ont le mérite d'exister, se contentent généralement d'affirmer le principe sans répondre à toutes les questions qui peuvent se poser quant au contenu précis de ce devoir d'information médicale.

B. Le rôle essentiel de la jurisprudence pour préciser le contenu de l'obligation d'information médicale

Le but de l'information étant de permettre au patient d'être à même de prendre des décisions, c'est-à-dire de consentir ou non aux actes proposés, tous les éléments utiles à cette décision doivent être portés à sa connaissance. Cependant, les textes se bornent, sans précision, à poser le principe d'une information large, mais ils ne définissent nullement le contenu de l'obligation, ce qui suggère un assez large pouvoir d'appréciation pour le médecin qui doit tout de même tenir compte de l'interprétation du juge. Ce dernier a d'ailleurs eu un rôle considérable dans la délimitation précise de l'obligation d'information.

Pour remplir correctement son devoir d'information, le médecin est tenu de fournir au patient une

⁵¹Cité par C. CABANAC, Pourquoi et comment améliorer l'information du malade mental, Mémoire ENSP filière directeur d'hôpital, 1996, p: 23

information présentant certaines qualités (partie 1.). D'autre part, l'obligation d'information médicale si elle est de plus en plus étendue (partie 2.) n'est ni générale ni absolue (partie 3.).

1. Les qualités de l'information médicale: permettre au patient d'accéder à l'information sans schématiser

La Cour de cassation affirme dès 1961 que le consentement est véritablement éclairé lorsque le médecin fournit au patient une «*information simple, approximative, intelligible et loyale*»⁵². Si des dispositions textuelles sont intervenues depuis, elles ne font que consacrer la jurisprudence. Ainsi, l'article 35 du code de déontologie médicale précise que l'information doit être «*loyale, claire et appropriée*». La charte du patient hospitalisé définit quant à elle les qualités requises de l'information donnée par le médecin en ces termes: «*le médecin doit donner une information simple, accessible, intelligible et loyale à tous les patients. Il répond avec tact et de façon adaptée aux questions de ceux-ci. Afin que le patient puisse participer pleinement, notamment aux choix thérapeutiques qui le concernent et à leur mise en oeuvre quotidienne, les médecins et le personnel paramédical participent à l'information du malade, chacun dans son domaine de compétences*».

Le législateur va retenir des adjectifs assez proches dans la mesure où l'avant-projet de loi relatif à la modernisation du système de santé précise que l'information doit être «*intelligible, loyale et adaptée à son destinataire notamment en cas de handicap*».

Premièrement, l'information est loyale: sauf dans les cas dérogatoires prévus par l'article 35 du code de déontologie médicale, l'information doit être complète et exacte, et ne pas être une information simulacre ou fantaisiste.

Ensuite, l'information est claire, c'est-à-dire qu'elle est compréhensible par celui qui la reçoit; l'article 35 invite le médecin à s'assurer de la compréhension de cette information⁵³. Ainsi, le patient ne peut être bien informé que s'il reçoit des données intelligibles, compatibles avec son niveau d'instruction et même avec sa langue natale. Plus le niveau de compréhension du patient est fragile, plus le praticien doit s'appliquer à être compris pour s'assurer son adhésion. Le juge

⁵²Cass. civ., 21 février 1961, *JCP*, 1961, Tome II, 12129

⁵³Voir article 35 du code de déontologie médicale: «*Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension*»

vérifie que l'information donnée a pu permettre au patient de donner son consentement en toute connaissance de cause. «*Il ne s'agit pas d'un contrat de prêt à la consommation auquel on peut renoncer dans les sept jours. L'acte médical peut avoir des conséquences graves et irréversibles dont le patient doit avoir conscience au moment où il accepte de se soumettre à celui-ci. Il ne faut donc pas considérer l'information par elle-même, mais bien comme un élément de l'obtention du consentement éclairé du patient*»⁵⁴. En effet, pour obtenir le consentement éclairé, encore faut-il que des informations, claires et précises, soient données au patient. Il faut éviter l'emploi d'un langage technique incompréhensible pour le patient. On pourrait imaginer que des journalistes spécialisés dans la vulgarisation médicale rédigent en collaboration avec les médecins des documents destinés à l'information du patient afin de garantir l'accessibilité de l'information.

Trois facteurs sont à retenir pour qualifier l'information d'appropriée. En effet, l'information doit d'abord être adaptée selon la maladie et le pronostic. Ainsi, l'information ne sera pas la même pour une angine banale, une intervention chirurgicale lourde ou un cancer. Ensuite l'information est ajustée en fonction du traitement de l'affection ainsi que l'évolution de la maladie. Enfin, le médecin doit tenir compte de la personnalité du patient: il s'agit d'un élément essentiel qui ne permet pas d'édicter des règles absolues. «*En aucun cas, la vérité d'une maladie n'est substituable à la vérité d'une personne malade*»⁵⁵.

Il est évident que l'information, ainsi conçue, nécessite un effort important d'adaptation. Si elle était donnée en termes techniques exacts, elle n'atteindrait pas son but. Pour être compris, le médecin doit traduire en termes simples tout ce qui relève de la technique. C'est en ce sens qu'il est obligé de rechercher des à-peu-près, des approximations, pour reprendre la terminologie employée autrefois par la jurisprudence. Il s'agit de donner une information qui sans être scientifiquement exacte a le mérite d'être compréhensible pour le patient tant il est évident qu'une information incompréhensible n'en est pas une. Ainsi, c'est sur la conséquence (perte d'un oeil) et non sur la dénomination technique du risque (thrombophlébite du sinus caverneux) que doit porter l'information d'après l'arrêt du 7 octobre 1998 de la Cour de cassation⁵⁶: peu

⁵⁴J. SAUQUET, E. GOLDSTEIN, «Consentement et information du patient», *La médecine hospitalière*, n°2, juin 1996, p: 12

⁵⁵E. HIRSCH, «Enjeux éthiques et responsabilité d'informer», *Jurisanté*, n°26, juin 1999, p: 6

⁵⁶Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1998, Mme C. c/ Clinique du Parc et a., *JCP* 1998 II n°10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS

importe que l'information soit approximative, ce qui compte c'est que l'essentiel soit perçu par le malade. Mais jusqu'à quel point le médecin doit-il s'assurer que l'information a bien été comprise et comment? Cette question traduit toute la difficulté pour un médecin de remplir correctement son devoir d'information.

La nécessité de donner des informations au patient est devenue un enjeu central des relations entre praticiens et patients; et ce même s'il n'existe pas de protocole strict sur ce qu'il faut dire ou ne pas dire dans telle situation ou face à telle ou telle autre question: «*la règle dans ce domaine, c'est qu'il n'y en a pas, si ce n'est celle du bon sens, du respect de la personne humaine et de la volonté d'apporter des réponses appropriées aux attentes et aux besoins des malades et de leur entourage*»⁵⁷. Mais s'il n'y a pas de règle générale sur la façon de délivrer l'information médicale tant la relation médecin-patient est spécifique, le juge dans une démarche créatrice a précisé le contenu de l'information médicale.

2. L'extension du contenu de l'information ou l'alourdissement de l'obligation d'information par la jurisprudence

Le code de déontologie médicale ne donne aucune précision quant au contenu exact de l'information. Les textes étant muets, le juge dispose d'une grande latitude en la matière. Ainsi le contenu concret de l'obligation d'information ne résulte pas de la loi ou du règlement mais des dispositions de la jurisprudence. D'aucuns vont même jusqu'à affirmer que le juge «*crée*» le droit en la matière⁵⁸. La jurisprudence conduit à l'alourdissement de l'obligation d'information incombant au médecin dans la mesure où le juge exige la délivrance au patient d'une information de plus en plus étendue.

Il ne faudrait pas déduire du fait que les jurisprudences civile et administrative ont essentiellement eu à statuer sur l'information relative aux risques d'une intervention ou d'une thérapeutique, que celle-ci devrait se limiter à ces derniers. L'information doit porter sur plusieurs

⁵⁷B. HOERNI, cité par M. FUKS, «L'information du patient: comment concilier droit à l'information et devoir d'informer?», *L'infirmière magazine*, n°143, novembre 1999, p: 37

⁵⁸Voir par exemple l'article de C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 17

éléments.

L'information doit d'abord porter sur l'état de santé du patient, son évolution prévisible et les investigations ou soins nécessaires; elle concerne ensuite la nature et les conséquences de la thérapeutique proposée ainsi que les alternatives thérapeutiques éventuelles. L'information s'étend aux suites normales d'un traitement ou d'une intervention (durée de l'hospitalisation, temps de convalescence, précautions à prendre), avec la réserve des complications éventuelles pouvant entraîner un allongement de l'hospitalisation ou de la convalescence. Enfin, le médecin est tenu d'informer le patient sur les risques des investigations ou des soins. Il s'agit de la partie la plus délicate de l'information: le médecin doit faire ressortir les avantages et les inconvénients des soins et traitements qu'il propose. Eu égard à sa finalité, l'information porte plutôt sur les risques, dans la mesure où ils sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou de refuser des actes médicaux. Ces derniers sont le siège de la quasi-totalité des procès. La jurisprudence considérait jusqu'à une période récente que le médecin n'était pas tenu d'informer le patient des risques qui n'ont qu'un caractère exceptionnel. En effet, les magistrats tant administratifs que judiciaires estimaient que la seule circonstance que les risques connus d'un type d'intervention se réalisaient exceptionnellement dispensait les praticiens d'en informer le patient⁵⁹. L'obligation d'information ne recouvrait que les risques graves et normalement prévisibles en se référant aux données acquises de la science médicale; étaient considérés comme risques prévisibles ceux présentant à peu près plus de 1% de chances de se réaliser. La connaissance d'un risque très exceptionnel n'était pas considérée de nature à éclairer le consentement du malade; elle pouvait seulement faire peser sur lui une charge psychologique inutile et peut-être nuisible au succès du traitement.

L'une des difficultés rencontrées dans le domaine de l'information du patient provient d'une dualité d'objectifs : le médecin doit d'une part éclairer le patient, l'inciter à la réflexion et le responsabiliser mais dans le même temps il convient de le rassurer. La jurisprudence qui privilégiait le second objectif -rassurer le patient- était justifiée par le souci de ne pas nuire à l'efficacité des traitements par l'accroissement de l'anxiété des malades et ne pas les dissuader de se soumettre à des soins ou à des examens souhaitables. C'est seulement dans des cas

⁵⁹Voir par exemple: CE, 16 décembre 1964, Dlle Le Bré, tables du recueil Lebon p: 1008; CE, 9 janvier 1970, Carteron, recueil Lebon p: 17; CE, 12 juin 1970, Dame Nercam, recueil Lebon p: 406; CE, 21 juillet 1972, Dame Rabus, recueil Lebon p: 594; CE, 28 avril 1976, Epoux Fourteau, recueil Lebon p: 222; CE, 19 mai 1976, Dame Veuve Cogniera, tables du recueil Lebon p: 1113; CE, 9 avril 1986, Ciesla, recueil Lebon p: 85; CE, 1er mars 1989, Gélinau, recueil Lebon p: 65

particuliers, comme par exemple la chirurgie esthétique, que l'obligation d'informer a toujours été plus large portant sur l'ensemble des risques connus⁶⁰. En effet, le juge considère dans ce cas que l'intervention n'étant pas curative, le patient ne peut valablement y consentir qu'en étant complètement informé de tous les risques encourus, et ce quelle que soit leur fréquence.

Cette façon de limiter et d'effacer l'obligation d'information du médecin dans des cas de complications exceptionnelles a été beaucoup critiquée d'une part parce qu'un patient peut avoir la volonté d'éviter tout risque même si celui-ci n'est que marginal dès lors que les conséquences sont réelles et graves et d'autre part parce que la fiabilité statistique des risques n'est pas totale et qu'il est bien difficile de fixer le niveau à partir duquel leur réalisation doit être qualifiée d'exceptionnelle. La quantification du risque est, en effet, une opération très délicate. Quand l'expert avance un chiffre, il revient au juge de déterminer si le seuil de l'exceptionnel est ou non dépassé. Des appréciations différentes pouvaient être portées selon les juridictions, voire selon les affaires. Dans ces conditions, la mise en oeuvre de la jurisprudence traditionnelle a été marquée par de réelles disparités de traitement et par une dérive consistant à admettre que des risques certes peu élevés en terme quantitatif mais significatif compte tenu de leur gravité ne soient pas révélés au patient. En outre, le critère exclusivement quantitatif présentait le défaut majeur de ne pas tenir compte des particularités du patient tant en ce qui concerne la nature et la gravité de son affection, que son âge et sa situation familiale et professionnelle. La limitation de l'obligation d'information aux risques prévisibles de la thérapeutique envisagée était considérée comme une survivance d'un certain paternalisme médical sous-estimant les capacités du patient à affronter la réalité. Ainsi la conclusion suivante s'est imposée: même en cas de survenance rare, les risques doivent en raison de leur gravité être portés par le médecin à la connaissance du patient.

Par un arrêt du 14 octobre 1997, la Cour de cassation met fin à la distinction qu'elle retenait jusqu'alors entre risques prévisibles et risques exceptionnels: d'après cette décision, l'information médicale doit porter sur «*les risques des investigations ou soins*» sans faire la distinction sur la nature du risque. Une telle solution laissait supposer que le médecin devait informer le malade de tous les risques, même exceptionnels dès lors qu'ils apparaissaient comme sérieux et graves. D'ailleurs, selon le rapport du conseiller SARGOS sur cette affaire, «*l'information doit porter*

⁶⁰Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, *Gazette du Palais* 17 et 18 mai 1991, p: 19; CE, 15 mars 1996, Mlle Durand, recueil Lebon p: 85

sur les risques qui par leur gravité, sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou de refuser les investigations ou les soins». Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt du 7 octobre 1998⁶¹, qui précisera que l'information concerne «les risques graves afférents aux investigations ou soins proposés» et que «le médecin n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réaliseraient que de manière exceptionnelle». En matière de chirurgie esthétique, la jurisprudence, traditionnellement plus stricte obéit à la même tendance: la notion de risques graves a laissé la place à celle d'inconvénients pour lesquels l'information doit être exhaustive. En effet, «en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter»⁶².

Plus récemment, le Conseil d'Etat a également consacré une obligation générale d'information sur les risques graves unifiant ainsi les jurisprudences administrative et civile: la haute juridiction administrative a opéré une extension du champ de l'obligation d'information. Elle a, en effet, jugé dans deux arrêts très attendus du 5 janvier 2000 Consorts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris⁶³ que «lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé; que, si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation». Dans la première affaire, un malade opéré en 1988 à Lyon pour une malformation artérioveineuse a été victime, après rupture d'un microcathéter introduit dans une artère cérébrale, d'une paralysie du bras et de la jambe gauches. L'arrêt Assistance publique-Hôpitaux de Paris porte quant à lui sur une affaire concernant un homme souffrant d'une anomalie vasculaire héréditaire, qui après deux tentatives thérapeutiques pratiquées en 1987 à l'hôpital Lariboisière (Assistance publique-Hôpitaux de Paris) s'est trouvé atteint d'une paraplégie des membres inférieurs. Il a été jugé dans ces deux cas que même si ces accidents

⁶¹Cass. civ. 1ère, 7 octobre 1998, Mme C. c/ Clinique du Parc et a., *JCP* 1998 II n°10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS

⁶²Cass. civ. 1ère, 17 février 1998, *JCP*, 1998 I 144 n°20

⁶³CE, 5 janvier 2000, Consorts Telle c/ Hospices civils de Lyon, n°181899 et CE, 5 janvier 2000, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Guilbot, n°198530

revêtaient un caractère exceptionnel, les risques présentés par le traitement eu égard à leur gravité auraient dû être portés à leur connaissance. Ces deux affaires montrent d'ailleurs les limites de la jurisprudence antérieure dans la mesure où face à deux cas présentant des risques similaires les juges de première instance retiennent des solutions différentes. Dans l'affaire consorts Telle, le tribunal administratif de Lyon a reconnu la nécessité d'une information préalable, alors que dans l'affaire concernant l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, le tribunal administratif de Paris s'est contenté d'une affirmation vague de l'expert selon laquelle les risques pouvaient être regardés comme exceptionnels.

Désormais, le praticien hospitalier est tenu d'informer le patient de tous les risques graves inhérents à l'investigation ou au traitement, y compris lorsque ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement dès lors qu'ils sont connus. En revanche, les risques exceptionnels qui n'ont pas de particulière gravité peuvent être laissés de côté. La logique qui a conduit à cette jurisprudence est la même que celle retenue par la juridiction judiciaire: tous les éléments doivent être communiqués au patient pour lui permettre de prendre parti en toute connaissance de cause. Sur la notion de risque grave, les arrêts du Conseil d'Etat sont plus précis que les décisions de la Cour de cassation qui évoque plus largement le «*risque grave*» sans le définir davantage. Il s'agit des risques de décès ou d'invalidité pour le juge administratif. En s'appuyant sur les conclusions du commissaire du gouvernement, D. CHAUVAUX, sur les arrêts Consorts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris, on peut dire plus généralement que les risques graves peuvent se définir comme étant ceux de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiques lourdes, compte tenu de leurs répercussion psychologiques ou sociales. La notion de conséquence invalidante doit s'entendre comme celle qui aboutit à la perte ou à la forte diminution d'une fonction (perte totale ou partielle de la vue, du goût, de l'usage d'un ou plusieurs membres, de la sexualité...). D'autre part, l'obligation d'informer sur les risques graves ne se déclenche que si ces risques sont connus. Pour chaque type d'acte médical, la littérature médicale mentionne certains accidents, parfois très rares, mais dont le mécanisme est connu et dont le risque a pu être évalué statistiquement. Les risques connus se distinguent ainsi des risques qui ne peuvent pas être prévus, risques infinitésimaux qui n'apparaissent pas dans les statistiques.

Ainsi, la gravité du risque est le critère retenu par les magistrats en ce qui concerne l'étendue de l'information et non plus la fréquence lorsque ce risque est connu. Cependant, *«il ne saurait être question, en simple bon sens, d'imposer la remise d'une sorte de 'catalogue' plus ou moins compréhensible à un patient, mais plutôt, après avoir décrit en termes simples la nature des investigations ou des soins proposés, d'attirer son attention sur les conséquences des risques graves encourus»*⁶⁴. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement D. CHAUVAUX va dans le même sens en affirmant que les médecins ne sont nullement tenus de procéder à une énumération exhaustive des types d'accidents constatés quelle que soit leur fréquence. *«En effet, ce n'est pas d'un tel inventaire sinistre que le patient a besoin pour prendre sa décision. Il suffit*

⁶⁴P. SARGOS, «Information et consentement du patient», *Bulletin de l'Ordre des Médecins*, janvier 1999, p: 12

qu'il obtienne une réponse loyale à une question simple qu'il se pose nécessairement: quel est l'ordre de grandeur du risque de décès ou d'invalidité que je cours en acceptant l'opération? [...] Pour certaines opérations, l'information consistera simplement à indiquer que le risque existe théoriquement mais qu'il est très exceptionnel et peut être négligé en pratique. Pour d'autres interventions, comme celles qu'ont subies M. G. et M. T., le praticien devra faire état d'un risque plus significatif, pouvant influencer sur le choix du patient, et dire pour quelles raisons il lui recommande néanmoins d'accepter le traitement proposé».

Nombreux sont les médecins qui redoutent qu'un tel renforcement de l'obligation d'information ne constitue un frein à la réalisation d'exams ou de traitements qui sont souhaitables pour les patients compte tenu de leur état, et ce d'autant plus qu'il existe un risque dans toute intervention sur le corps humain. Ils considèrent, en effet, qu'informer exactement le malade sur les risques même exceptionnels comme l'impose la jurisprudence revient parfois à le dissuader d'accepter un traitement qui lui est bénéfique sauf risque statistique. C'est donc parfois l'exposer à un danger. Mais on peut avoir une approche différente et considérer que l'information exhaustive du patient a pour fondement la nécessité de lui éviter de s'exposer à un risque inconsidéré. Informer le malade de tous les dangers inhérents à une intervention sur son corps, c'est lui permettre de se soustraire à ce danger en refusant l'intervention. Telle est d'ailleurs l'explication donnée par le conseiller SARGOS à la jurisprudence de la Cour de cassation. S'il est impossible d'envisager la conduite de soins dénuée de tout risque pour le patient, il est important que ceux qui sont connus soient clairement indiqués à ce dernier et qu'il soit précisé comment les médecins y feront face en cas de survenance. Il s'agit bien d'imposer au médecin de donner une information sur les risques qui sont de nature à avoir une influence sur les décisions du malade d'accepter ou de refuser les investigations ou les soins effectués sur sa personne. Et *«si l'information doit porter sur ces risques graves -fussent-ils quantitativement rares- il est bien évident qu'il ne s'agit pas de noyer le patient sous une multitude d'informations car l'excès d'information tue l'information. Ainsi, par exemple en matière d'intervention chirurgicale, un rappel général du risque de toute anesthésie devrait, à notre sens, suffire, et les risques majeurs mortels ou invalidants, ou encore esthétiques graves, spécifiques de l'intervention réalisée devraient seuls être signalés»*⁶⁵.

Le médecin ne doit pas seulement informer le patient des risques du traitement et de

⁶⁵P. SARGOS, «L'obligation d'informer le patient», *Petites affiches*, n°189, 22 septembre 1999, p: 12

l'intervention envisagé, mais aussi des risques de son refus (théorie du bilan entre avantages escomptés et les risques encourus): le refus de soins affirmé par l'article 36 du code de déontologie médicale ne dispense pas le médecin d'informer le patient. En effet, le médecin doit informer le patient des conséquences d'un tel refus. Et pour que le refus soit éclairé, l'obligation d'information est même plus étendue.

Cependant, par un arrêt du 18 janvier 2000, la Cour de cassation a estimé que *«le médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande»*⁶⁶. Il s'agissait de se prononcer sur une affaire opposant une patiente opérée de la cataracte de l'oeil droit au médecin ayant pratiqué l'intervention. Celle-ci a eu lieu sous anesthésie locorégionale conformément au souhait de la patiente qui refusait l'anesthésie générale proposée par le praticien. Après l'injection anesthésique est apparu un chémosis hémorragique qui a provoqué la rupture du bloc oculaire entraînant pour la patiente la perte de l'usage de son oeil droit. La cour d'appel avait retenu la responsabilité du médecin au motif qu'il connaissait les dangers et les risques d'une anesthésie locale et s'il en a informé la patiente il aurait dû *«être en mesure de convaincre sa patiente des dangers présentés par un tel acte»*. Le médecin avait alors formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision en invoquant le moyen selon lequel son attitude ne pouvait pas être qualifiée de fautive dès lors que la nécessité de l'intervention, ni le fait que la patiente avait reçu toute l'information nécessaire sur le caractère plus dangereux d'une anesthésie et avait donné son consentement avant la réalisation de l'opération. Cette affaire met en lumière la délicate question de la frontière entre l'information permettant au patient de se prononcer lui-même en toute connaissance de cause et le fait de convaincre le patient d'accepter tel ou tel traitement, voire de le lui imposer.

En l'espèce, il apparaît que le médecin poursuivi avait mis en garde la patiente contre les dangers d'une anesthésie locorégionale et qu'il avait cédé devant l'insistance de cette dernière.

Cependant si le médecin n'est pas tenu de convaincre le patient d'accepter un traitement, le droit et la déontologie médicale imposent en cas de désaccord sur la démarche thérapeutique de ne lui faire courir aucun risque injustifié. Ainsi, l'article 40 du code de déontologie médicale dispose que *«le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié»*.

Il peut arriver que le patient informé décide de recourir à une intervention ou à traitement à

⁶⁶J. GUIGUE, «A propos de la poursuite d'un médecin pour ne pas avoir convaincu sa patiente des dangers de l'acte médical qu'elle demandait», *L'entreprise médicale*, n°202, 19 juin 2000, p 11-12

l'encontre des indications du médecin. Dans ce cas, le médecin est en droit de ne pas déférer à la demande du patient. Les alinéas 2 et 3 de l'article 47 du code de déontologie médicale prévoient, en effet, que *«hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins»*.

L'article 42 du décret n°74-27 du 14 janvier 1974 relatif aux règles de fonctionnement des centres hospitaliers et des hôpitaux locaux précisent que *«lorsque les malades n'acceptent pas le traitement, l'intervention ou les soins qui lui sont proposés, leur sortie sauf urgence médicalement constatée nécessitant des soins immédiats, est prononcée par le directeur général (ou le directeur) après signature par l'hospitalisé d'un document constatant son refus d'accepter les soins proposés. Si le malade refuse de signer ce document, un procès-verbal de ce refus est dressé»*.

Si le juge est intervenu pour préciser l'étendue de l'obligation d'information médicale dans le cas général, des dispositions législatives et réglementaires régissent des cas particuliers. Ainsi, le code de la santé publique en contient une série d'exemples.

Préalablement à l'expression d'un consentement libre, éclairé et exprès d'une personne qui se prête à la réalisation d'une recherche biomédicale, un médecin doit informer celle-ci des objectifs de la recherche, sa méthodologie et sa durée ainsi que les bénéfices attendus, les contraintes et les risques prévisibles. Il doit informer également la personne de son droit au refus de participer à une recherche (article L. 1122-1 du code de la santé publique).

L'article L. 2141-10 du code de la santé publique précise que la mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers entre les demandeurs et l'équipe médicale.

Tout médecin doit lorsqu'il diagnostique ou traite une maladie vénérienne contagieuse informer le patient de la maladie dont il est atteint, lui indiquer les dangers de contamination qui résultent de la maladie et l'avertir qu'il est tenu de se faire examiner et traiter par un médecin jusqu'à disparition de la contagiosité (article L. 256 du code de la santé publique⁶⁷).

⁶⁷ Il est à noter que cet article n'a pas été repris dans la nouvelle codification du code de la santé publique (annexe à l'ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de la santé publique)
Sanaa MARZOUG – Mémoire de l'École Nationale de la Santé Publique - 2000

Concernant le dépistage des handicaps, les parents ou les titulaires de l'autorité parentale sont informés dans le respect des règles déontologiques, lorsqu'un handicap a été suspecté, décelé ou signalé chez leur enfant, notamment au cours des examens médicaux prévus pour tous les enfants de moins de 6 ans, de la nature du handicap et de la possibilité pour l'enfant d'être accueilli dans des centres spécialisés (article L. 2132-4 du code de la santé publique).

Lorsqu'une femme consulte un médecin en vue d'une interruption volontaire de grossesse, le praticien doit dès la première visite informer la femme des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures et de la gravité biologique de l'intervention qu'elle sollicite. Un dossier-guide lui est également remis comportant notamment le rappel des dispositions législatives et réglementaires en matière d'interruption volontaire de grossesse (article L. 2212-3 du code de la santé publique).

En matière de don d'organes par une personne vivante, l'article R. 671-3-1 du code de la santé publique prévoit que le donneur qui entend consentir un prélèvement d'organe sur sa personne est informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement par le médecin responsable du service dans lequel le prélèvement est envisagé.

Une information préalable au consentement du don de gamètes est effectuée à l'occasion d'entretiens entre le donneur et les membres de l'équipe médicale. Cette information porte notamment sur les dispositions relatives au don de gamètes et leurs conséquences au regard de la filiation (article R. 673-5-5 du code de la santé publique).

Les analyses destinées à établir un diagnostic prénatal doivent avoir été précédées d'une consultation médicale de conseil génétique antérieure au prélèvement permettant d'informer la femme enceinte sur le risque et les caractéristiques pour l'enfant à naître d'être atteint d'une maladie d'une particulière gravité, compte tenu des antécédents familiaux ou des constatations médicales effectuées au cours de la grossesse (article R. 162-16-7 du code de la santé publique).

Au cours de son séjour hospitalier, le patient auquel a été administré un produit sanguin labile en est informé par écrit. L'information est communiquée pour les mineurs aux titulaires de l'autorité parentale et pour les incapables à la personne qui exerce la tutelle (article R 710-2-7-1 du code de la santé publique). Par ailleurs, la circulaire n°98-231 du 9 avril 1998 souligne la nécessité d'informer a priori les patients des risques des traitements avant la transfusion ou

publique)

l'administration de médicaments dérivés du sang. La circulaire propose un texte à remettre à chaque personne concernée qui donne des définitions et expose les risques encourus. Tous ces articles du code de la santé publique mettent en évidence que moins l'acte s'avère vital pour la santé ou la survie du patient, plus l'information donnée doit être précise et étendue. Cependant l'information n'est ni générale, ni absolue dans la mesure où le médecin peut déroger à son devoir d'information.

3. Des dérogations à l'obligation d'information médicale justifiées par l'intérêt du patient

C'est l'intérêt du patient qui a conduit le juge à renforcer l'obligation d'information pesant sur les médecins en l'étendant aux risques graves même exceptionnels dès lors qu'ils sont connus. Les dérogations à cette obligation sont justifiées par la même raison: le fondement de la non-information, comme de l'information, réside dans l'intérêt du patient. Et là aussi, si des dispositions textuelles énoncent la possibilité de déroger à l'obligation d'information médicale, le rôle du juge est essentiel. Il apprécie en cas de litige, si la dérogation est fondée.

Dans tous les cas, il est possible de limiter l'information, lorsqu'il apparaît au médecin que l'information est de nature à avoir une influence négative sur la réussite des investigations ou des soins. En effet, il garde la faculté -même si elle doit rester exceptionnelle- de limiter l'information pour des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient.

«Dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves»⁶⁸. Ce qui fut la règle sous l'empire du code de déontologie médicale de 1979 constitue dorénavant une exception. On revient donc, à titre spécial, à la modalité antérieure qui faisait du médecin l'interprète des intérêts des patients: cette dérogation au devoir d'information est fondée sur l'idée que le médecin est le juge légitime de l'intérêt physique et moral du patient dans un souci d'humanité. L'article 35 du code de déontologie médicale apporte une grande restriction à l'obligation d'information en précisant que le médecin est invité à l'apprécier *«en conscience et dans l'intérêt du malade»*, dans l'hypothèse d'un diagnostic ou d'un pronostic grave.

⁶⁸ Article 35 du code de déontologie médicale

Le praticien peut déroger à l'obligation d'information en vertu de la «*limitation thérapeutique de l'information*» selon l'expression employée par le conseiller SARGOS. On peut déduire de la formule «*la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement*» employé dans l'arrêt Consorts Telle précité que le Conseil d'Etat a affirmé implicitement la possibilité de manière exceptionnelle de recourir à une limitation thérapeutique de l'information.

Le médecin a le pouvoir de déterminer le contenu de l'information en fonction de l'appréciation qu'il fera de la situation du patient. Mais, il devra le cas échéant être en mesure de justifier cette attitude lors d'une éventuelle expertise médicale ordonnée par le juge. En effet, il ne faut pas que le médecin abuse de son droit de limiter l'information et s'appuie sur ce droit pour ne pas remplir son devoir d'information et l'utilise donc à l'encontre de l'intérêt du patient. Ainsi, l'appréciation de cette limitation thérapeutique risque d'être très controversée car les médecins pourront toujours dire qu'ils souhaitent épargner le patient. Cependant, même si ce risque de dérive existe, la possibilité pour le praticien de recourir à la limitation thérapeutique de l'information doit être maintenue. En effet, «*il ne peut être question, en simple bon sens, d'imposer un dogmatisme irréaliste et pernicieux en imposant une information qui pourrait être néfaste pour le malade, même si le risque est élevé (on peut ainsi penser qu'un patient dont le pronostic vital est en jeu, qui manifeste une forte anxiété et qui ne peut être sauvé que par une intervention à forts risques, qui peuvent être encore accrus par son état d'anxiété, ne doit pas être informé de ces risques; cette observation va d'ailleurs dans le sens du caractère absurde de la justification de la non-information par le seul caractère exceptionnel de la survenance d'un risque)*»⁶⁹.

Cependant, si le médecin a la possibilité d'apprécier si le patient doit être tenu dans l'ignorance de son état, l'article 35 du code de déontologie médicale lui impose d'informer le patient lorsqu'il est atteint d'une maladie qui risque de contaminer un tiers. Dans ce cas particulier, le praticien ne peut pas invoquer l'intérêt du patient pour ne pas remplir son devoir d'information.

En plus de cette dérogation d'ordre déontologique, la jurisprudence a introduit d'autres restrictions: il est des situations où le patient n'est pas à même de recevoir l'information. Aussi, le médecin est tenu d'une obligation d'information hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé lorsque ce dernier ne peut ou ne veut pas recevoir d'information. Mais c'est au praticien d'apporter la preuve de l'existence de l'une de ces trois causes d'exonération.

⁶⁹P. SARGOS, «L'obligation d'informer le patient», *Petites affiches*, n°189, 22 septembre 1999, p: 12

Ainsi en cas d'urgence, les soins priment sur l'exigence d'information du patient. L'information relative aux actes médicaux urgents relève d'un régime spécifique, reflet de la singularité du cadre dans lequel les soins sont dispensés. «*L'urgence et l'urgence seule à laquelle se réfère en termes formels la Cour de cassation autorise le chirurgien à se faire juge de l'intérêt du malade*»⁷⁰. Le médecin peut dans l'intérêt du malade intervenir sans le consentement de celui-ci s'il est incapable de le donner et si son état l'impose. Lors d'une intervention en urgence, le praticien doit avertir son patient du geste envisagé lorsque celui-ci est conscient mais sa responsabilité pour défaut d'information ne peut être recherchée comme lors d'un acte préparé. L'urgence est, en effet, exonératoire de responsabilité s'il est démontré qu'elle imposait une intervention immédiate ne permettant pas de délivrer l'information. C'est ainsi que la responsabilité d'un centre hospitalier public ne peut être engagée pour défaut d'information lorsque l'état du patient nécessite une intervention urgente⁷¹. La jurisprudence est constante pour affirmer que plus l'acte de soins est urgent, plus l'obligation d'information du médecin est amoindrie. Cependant, le Conseil d'Etat a précisé que pris isolément, le critère de l'urgence ne peut légitimer une atteinte à l'intégrité physique sans le consentement éclairé du patient, et donc sans son information. Les juges du Palais royal ont ajouté une condition supplémentaire en exigeant que le traitement médical d'urgence ait été le seul susceptible d'améliorer l'état de santé du patient, à l'exclusion de tout autre. Dans des affaires concernant des thérapies de suroxygénation des prématurés, le Conseil d'Etat a retenu le principe d'exclusivité d'un traitement imposé en statuant de la manière suivante: «*la responsabilité des services hospitaliers ne peut être engagée par le seul fait que les parents (...) n'ont pas été prévenus du risque que comportait le traitement, dès lors que l'état du grand prématuré nécessitait qu'il y soit procédé d'urgence et qu'aucun autre traitement ne pouvait être appliqué*»⁷².

La notion d'impossibilité n'a pas été précisée par la jurisprudence. On peut supposer qu'il s'agit des cas où le patient est inconscient. L'impossibilité pourrait aussi être invoquée par le praticien pour déroger à son obligation d'information lorsqu'il est confronté à des patients qui ne sont pas

⁷⁰F-J. PANSIER, A. GARAY, Le médecin, le patient et le droit, éditions ENSP, 1999, p: 53

⁷¹Par exemple: CE, 31 janvier 1964, Dlle Bruchet, recueil Lebon p: 71; CE, 19 mai 1983, Moudjahed, recueil Lebon p: 824

⁷²Voir par exemple, CE, 10 janvier 1979, Tarrabia

en mesure de recevoir l'information soit en raison de la spécificité de leur pathologie (le malade psychiatrique) ou de leur situation juridique (enfant mineur ou majeur incapable). La jurisprudence ultérieure devra préciser le champ que recouvre la notion d'impossibilité.

Le praticien peut également déroger à l'obligation d'information lorsqu'il est confronté au refus du patient d'être informé. De même que le patient peut refuser les soins (l'article 36 du code de déontologie précise que lorsque le patient refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le patient de ses conséquences), de même, il peut refuser que le médecin l'informe des conséquences de l'acte envisagé.

L'obligation d'information médicale est imposée par les textes, et si le médecin peut y déroger, ce n'est qu'exceptionnellement dans des cas particuliers. L'absence d'information s'analyse dès lors juridiquement comme une faute susceptible d'engager la responsabilité médicale. Ainsi, le juge intervient dans l'intérêt du patient pour sanctionner le médecin en cas de manquement à l'obligation d'information. Comme toute obligation, l'obligation d'information médicale ne vaut que par le risque de sanction qu'elle comporte. Ce risque a été amplifié ces dernières années en raison de l'évolution de la jurisprudence.

Deuxième partie:

L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE A L'OBLIGATION D'INFORMATION MÉDICALE INVITE A REPENSER LA RELATION MÉDECIN-PATIENT

La question de la responsabilité des dommages causés par l'activité médicale est aujourd'hui l'une des plus débattues. Face aux conséquences d'un défaut d'information, le juge accepte dans certaines conditions de mettre en jeu la responsabilité médicale et d'indemniser le patient.

Le défaut d'information doit s'entendre non seulement d'une absence ou d'une insuffisance d'information sur les risques d'un traitement ou d'une intervention mais plus largement de toute défaillance d'explication ne permettant pas au patient de prendre une décision en toute connaissance de cause.

Ce défaut d'information peut être invoqué à chaque fois qu'un patient victime d'un accident sanitaire soutient qu'il n'avait pas été informé des risques que comportait l'acte qui lui était proposé et n'avait donc pas pu donner un consentement éclairé.

Si le régime juridique applicable et la juridiction compétente sont différents selon que le praticien exerce en secteur public ou libéral, les deux ordres de juridictions ont été conduits à prendre position sur les mêmes questions: les conditions dans lesquelles un manquement à l'obligation d'information peut être invoqué devant le juge et le droit à réparation qu'il ouvre au patient. Juge judiciaire et juge administratif ont été amenés à adopter des positions identiques dans le domaine de l'obligation d'information médicale établissant ainsi au profit du patient un régime unifié. Ainsi, que le défaut d'information se soit produit dans un hôpital public ou dans le cadre de la médecine libérale, les mêmes principes jurisprudentiels sont applicables.

Les manquements à l'obligation d'information du médecin sont sanctionnés par l'engagement de sa responsabilité devant le juge pour réparer le dommage ainsi causé au patient (partie A.), si le praticien ne parvient pas à démontrer qu'il a bien rempli son devoir d'information. Ainsi, la jurisprudence fait peser la charge de la preuve sur le médecin, et ce renversement ne devrait pas

être vécu comme un fardeau mais comme une façon de repenser sa relation avec le patient (partie B).

A. L'engagement de la responsabilité juridique pour sanctionner un manquement au devoir d'information

L'harmonisation des jurisprudences administrative et civile en matière d'information du patient est la bienvenue dans la mesure où elle met fin à la coexistence de deux droits divergents de la responsabilité médicale (partie 2) et elle conduit à ne plus distinguer, en matière de réparation, selon que la victime a subi un dommage en secteur public ou privé (partie 3). Cependant, tout défaut d'information ne conduit pas nécessairement le patient à recourir au juge, notamment en milieu hospitalier. En effet, l'intervention d'une commission de conciliation pour rétablir le dialogue entre l'établissement de soins et le patient peut permettre d'éviter le contentieux (partie 1).

1. La commission de conciliation: une information postérieure à l'acte pour éviter le recours au juge

La mise en place de la commission de conciliation et du médecin conciliateur dans les établissements de soins s'inscrit dans le cadre d'une démarche de prévention des litiges et de garantie des droits des patients qui passe par l'information du patient certes après l'acte médical mais avant l'intervention du juge.

L'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 relative à l'hospitalisation publique et privée dispose que dans chaque établissement public et privé de santé est mise en place une commission de conciliation investie d'une double mission. Elle est d'abord chargée d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement, et de lui indiquer les voies de la conciliation et de recours dont elle dispose (article L. 1112-3 du code de la santé publique). Il s'agit de rétablir un dialogue entre un patient mécontent de son séjour à l'hôpital et l'établissement. A ce stade, l'intervention de la commission doit permettre l'écoute du plaignant, son information juridique, son orientation vers l'interlocuteur adéquat. Cela

nécessite une permanence au moins hebdomadaire dans l'établissement⁷³. Cette permanence n'est pas un passage obligé pour le plaignant, ni un lieu d'enregistrement des réclamations, mais elle constitue une garantie de l'accès à l'information.

A cette première mission d'information et de conseil s'ajoute une mission d'analyse des plaintes et de recommandations auprès de la direction de l'établissement qui n'est pas tenu de les appliquer mais seulement d'informer la commission des suites qui leur sont données⁷⁴.

Les demandes et réclamations relatives à l'activité médicale sont transmises au médecin conciliateur. Celui-ci est habilité à mener des investigations auprès de ses confrères afin d'apprécier le déroulement des faits pour apporter aux patients les informations nécessaires.

Le médecin conciliateur est désigné par le directeur de l'établissement parmi les médecins exerçant ou ayant exercé dans l'établissement après avis de la commission médicale d'établissement dans les établissements publics et de la commission ou de la conférence médicale dans les établissements privés.

Le médecin conciliateur rencontre le patient et ses proches; il peut consulter le dossier médical du demandeur avec son accord écrit. Il apporte une dimension humaine et toute son expérience pour permettre la reprise du dialogue entre le patient, ses proches et l'équipe médicale. Ainsi, son intervention s'impose notamment lorsqu'un patient victime de la réalisation d'un risque dont il n'avait pas été informé demande des explications. Néanmoins, il ne lui appartient en aucun cas de se prononcer sur d'éventuelles responsabilités. Il rend compte de son intervention au directeur de l'établissement.

Les demandes et réclamations relatives à l'activité médicale ne sont pas transmises au médecin conciliateur lorsqu'elles constituent un recours gracieux (demande d'indemnisation directement adressée au directeur de l'établissement) ou un recours juridictionnel. En effet, ni la commission de conciliation, ni le médecin conciliateur n'ont vocation à instruire les plaintes ou à donner un avis sur les demandes en réparation: chargée essentiellement d'un rôle d'écoute, de conseil et de dialogue, la commission n'est pas une instance de résolution des différends. Cependant, son rôle ne doit pas être négligé pour tenter d'éviter le contentieux pour manquement à l'obligation d'information. La commission permet de briser le silence auquel a été confronté le patient au cours de son hospitalisation.

⁷³ Article R. 710-1-5 du code de la santé publique

⁷⁴ Articles R. 710-1-8 et R. 710-1-9 du code de la santé publique

La volonté d'assurer l'ouverture et la transparence du service public hospitalier est confirmée par l'avant-projet de loi relatif à la modernisation du système de santé. Ce texte prévoit la mise en place dans chaque établissement de santé d'une commission de la qualité de la prise en charge et des relations avec les usagers; sa mission sera de «*veiller au respect des droits des usagers et de contribuer à l'amélioration de la qualité de l'accueil et de la prise en charge*».

Lorsque la commission n'est pas parvenue à une conciliation, le patient dûment informé sur les voies de recours dont il dispose peut alors recourir au juge pour sanctionner un défaut d'information. Ainsi, le juge apparaît comme le garant des droits du patient.

2. La mise en jeu de la responsabilité médicale en cas d'inexécution de l'obligation d'information médicale

«*La médecine a pour éthique essentielle la responsabilité, un médecin qui refuse de prendre ses responsabilités n'en est pas un*»⁷⁵. Ainsi le praticien qui manque à ses obligations professionnelles est censé répondre de ses actes devant le juge.

La responsabilité médicale quel que soit le lieu d'exercice repose principalement sur la faute du médecin. Or, le fait pour un médecin de dispenser des soins à un patient sans l'avoir informé et donc sans son consentement éclairé est en principe constitutif d'une faute. Ainsi, la responsabilité du médecin pour défaut d'information peut être engagée dans la mesure où le consentement du patient n'a pas été éclairé par une information suffisante alors que l'acte médical est de nature à constituer une atteinte à l'intégrité corporelle. Ainsi, La méconnaissance du devoir d'information incombant au médecin est fréquemment invoquée dans des litiges indemnitaires portés soit devant le juge judiciaire lorsque le dommage trouve sa source dans l'exercice de la médecine libérale (a.), soit devant le juge administratif lorsqu'est recherchée la responsabilité d'un hôpital public (b.).

⁷⁵D. SICARD cité par D. TABUTEAU, Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, Berger-Levrault, 1995, p: 21

a. La responsabilité juridique du médecin libéral

Le manquement du médecin libéral à son devoir d'information peut conduire le patient victime d'un accident sanitaire à engager la responsabilité civile professionnelle du praticien. En revanche, la responsabilité pénale du médecin ne peut pas en principe être engagée pour défaut d'information. Cette assertion, si elle peut sembler péremptoire, mérite d'être analysée.

Dans le cadre de l'exercice libéral de la médecine, l'inexécution de l'obligation contractuelle d'information pèse sur le médecin et risque de mettre en jeu sa responsabilité civile. Ainsi le médecin est tenu de réparer le préjudice résultant de l'inexécution du contrat le liant au patient. Si plusieurs médecins sont concernés par l'acte médical en cause, ils peuvent être jugés responsables conjointement du défaut d'information: ainsi, l'absence d'information sur les conséquences d'un test de la rubéole par le médecin traitant établissant le certificat prénuptial et plusieurs années après par le gynécologue a entraîné la condamnation des deux praticiens à réparer le dommage subi par la patiente⁷⁶.

Dans certains cas, la compétence du juge judiciaire est admise pour statuer sur un litige découlant d'un défaut d'information alors que le médecin exerce dans un établissement public de santé. Ainsi, le praticien hospitalier peut voir sa responsabilité civile engagée lorsque le manquement au devoir d'information s'est produit pendant qu'il était en activité libérale. En effet, les praticiens hospitaliers sont autorisés, lorsque l'intérêt du service public hospitalier n'y fait pas obstacle, à exercer une activité libérale. Les relations s'établissant entre les praticiens exerçant au titre de leur activité libérale au sein du service public hospitalier et les patients relèvent du droit privé et les litiges qui peuvent résulter de cette activité ressortissent à la compétence du juge judiciaire⁷⁷.

La compétence du juge civil reste de mise en cas de défaut d'information imputable à un médecin libéral alors même qu'il exerce dans un établissement public de santé dans le cadre d'une clinique

⁷⁶Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991

⁷⁷CE, 10 octobre 1973, Dlle de Saint-Louvent et Caisse primaire d'assurance maladie du Calvados, recueil Lebon p: 556

ouverte. Ainsi, conformément à l'article L. 6146-10 du code de la santé publique, une clinique ouverte est un service dépendant d'un établissement public de santé dans lequel *«les malades blessés ou femmes en couche, admis à titre payant, sont libres de faire appel aux médecins, chirurgiens, spécialistes de leur choix ainsi qu'aux sages-femmes n'appartenant pas au personnel titulaire de l'établissement»*. Bien que ce service fonctionne au sein même d'un hôpital public, il présente certaines particularités de la médecine libérale et les relations contractuelles s'établissant entre les malades admis en clinique ouverte et leurs médecins relèvent donc du droit privé⁷⁸.

Si le défaut d'information concerne une personne dans le cadre de recherches biomédicales, quel que soit le cadre dans lequel la faute a été commise, le juge judiciaire dispose d'une compétence exclusive en cas de contentieux comme le prévoit l'article L. 1126-7 du code de la santé publique.

Le défaut d'information médicale n'est pas en principe retenu comme un délit pénal. En effet, conformément au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines, le médecin qui manque à son devoir d'information ne voit sa responsabilité pénale engagée que s'il existe un texte spécifique réprimant l'absence de recueil d'un consentement éclairé dans un domaine particulier. Ainsi, l'article L. 1126-1 du code de la santé publique relatif aux recherches biomédicales dispose que *«le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre éclairé et exprès de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur dans les cas prévus par les dispositions du présent code est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende»*. Mais l'infraction pénale n'est prévue qu'en matière d'expérimentation sur l'être humain. En effet, il n'existe pas d'infraction punissant de manière générale l'atteinte à l'intégrité de la personne en l'absence d'un consentement éclairé. Cependant, E. LOQUIN dans un article consacré à *«la mise en danger et l'information du malade sur les risques encourus»*⁷⁹ s'interroge sur l'application de la nouvelle infraction de mise en danger d'autrui au cas où un médecin n'informe pas ou informe mal un patient sur les risques de son intervention. Il considère en effet l'article 223-1 du code

⁷⁸CE, 4 juin 1965, Hôpital de Pont-à-Mousson, recueil Lebon p: 351

⁷⁹E. LOQUIN, «La mise en danger et l'information du malade sur les risques encourus», *Revue générale de droit médical*, n°2, 1999, p: 165-175

pénal⁸⁰ «est porteur d'immenses possibilités d'extension, dès lors que sa raison d'être est de réprimer les comportements de ceux qui exposent directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement». Faute d'informer, le médecin fait courir un risque au malade qui a accepté une intervention sur son corps, qu'il supposait sans danger particulier: il expose le patient à un danger potentiel de mort ou de blessure. Dès lors le manquement au devoir d'information est susceptible d'être appréhendé par la définition de l'infraction de l'article 223-1 du code pénal. Mais l'infraction ne serait constituée que dans les seules hypothèses où un risque grave existait. Autrement dit, toutes les violations de l'obligation d'informer ne seraient pas incriminées. D'autre part, il faudrait démontrer que le mutisme du médecin a réellement fait courir un risque au patient, risque qui n'existe pas s'il apparaît que même informé le malade aurait accepté l'intervention. En outre, la conduite du médecin qui n'informe pas ou éclaire mal son patient peut-elle être qualifiée automatiquement de faute délibérée? Ainsi, la voie de la pénalisation du manquement à l'obligation d'information médicale semble ouverte, même si elle reste incertaine. Certains auteurs considèrent que l'utilisation faite par la jurisprudence civile de l'obligation d'informer en matière de responsabilité civile, oblige à reconsidérer le fondement de l'obligation d'information médicale. Le moyen tiré du manquement du médecin à l'obligation d'information permettrait au juge civil de réparer le dommage résultant de l'aléa thérapeutique, faute de pouvoir retenir une responsabilité sans faute. Ainsi, ce serait la difficulté de prouver une faute technique ou l'inexistence de celle-ci qui conduiraient les juges favorables à la réparation des victimes d'accidents médicaux à se placer sur le terrain du manquement au devoir d'information et à renforcer les obligations pesant sur le médecin en la matière⁸¹. Mais une telle affirmation ne résiste pas à l'analyse: il ne faut pas confondre les deux questions. En effet, le juge impose la réunion de conditions strictes avant d'accorder d'éventuels dommages et intérêts pour réparer un préjudice en cas de défaut d'information. En outre, la jurisprudence administrative connaît un

⁸⁰L'article 223-1 du code pénal dispose que «le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende»

⁸¹Y. LACHAUD, L. AVELINE, «La responsabilité médicale pour défaut d'information», *Gazette du Palais*, 17 juin 1999, p: 4-8

régime de responsabilité sans faute, mais ce n'est pas sur ce terrain qu'est engagée la responsabilité hospitalière pour sanctionner un défaut d'information. Ainsi, l'argument selon lequel le juge civil pallie l'inexistence d'une responsabilité civile sans faute par l'engagement de la responsabilité médicale pour défaut d'information ne tient pas. Le défaut d'information correspond à un manquement du médecin à l'une de ses obligations, l'aléa se produit alors que le praticien n'a commis aucune faute et traduit le fait qu'en matière médicale le risque zéro n'existe pas. Engager la responsabilité du médecin pour réparer l'effet de la réalisation de l'aléa thérapeutique revient à lui imposer une obligation de résultats. En revanche le principe de l'information du patient participe de l'obligation de moyens incombant au praticien.

La jurisprudence renforçant l'obligation d'information pesant sur les médecins si elle ne constitue pas une réponse palliative à la question de l'aléa a eu le mérite de susciter une réflexion pour étudier dans quelle mesure et à quelles conditions l'intervention du législateur permettrait de répondre à la demande nouvelle d'indemnisation en matière médicale. Ainsi, le futur texte de loi relatif à la modernisation du système de santé qui comprendra dans sa version définitive un titre III concernant les modalités d'indemnisation de l'aléa thérapeutique, et qui fait encore l'objet d'arbitrages interministériels concernant les aspects juridiques et financiers envisage la création d'un fonds d'indemnisation de l'aléa thérapeutique. La mise en place de ce fonds ne conduira certainement pas à l'extinction du contentieux touchant le défaut d'information. En effet, la finalité d'un tel fonds n'est pas de faire supporter par la solidarité nationale les manquements des médecins à leur devoir d'information.

Si le manquement à l'obligation d'information conduit le patient à saisir le juge civil pour condamner un médecin libéral, il en va différemment lorsqu'il s'agit d'un praticien hospitalier.

b. La responsabilité médicale du praticien hospitalier

Pendant longtemps, les médecins hospitaliers sont irresponsables juridiquement et seuls les médecins libéraux risquent de voir leur responsabilité engagée devant le juge judiciaire. En effet, jusqu'à l'arrêt Blanco du tribunal des conflits du 8 février 1873, il est juridiquement impossible de mettre en cause la responsabilité juridique des services publics, y compris hospitalier, dans la mesure où l'Etat, qui «*ne peut mal faire*», est censé de pas commettre de faute. Le juge administratif n'a donc pas à en connaître. Il faut attendre 1935 pour voir le service public de la

santé touché par le principe de responsabilité: le Conseil d'Etat juge alors qu'une faute lourde dans l'accomplissement d'un acte chirurgical réalisé au sein d'un établissement hospitalier public met en cause la responsabilité de celui-ci⁸².

Les deux ordres de juridiction ont longtemps été en désaccord en ce qui concerne l'indemnisation des fautes commises par les praticiens hospitaliers. Le juge administratif s'estimait compétent pour connaître des litiges portant sur les dommages dus aux fautes des médecins hospitaliers commises dans le cadre du service public hospitalier⁸³. En revanche, le juge judiciaire distinguait l'activité administrative des médecins hospitaliers de leur activité proprement médicale. Dans le cas d'une activité administrative, la responsabilité personnelle du médecin n'est engagée qu'en cas de faute détachable des fonctions alors que les fautes commises dans le cadre de l'activité proprement médicale se détachaient du service en raison de l'indépendance professionnelle des médecins⁸⁴. Après quelques hésitations, la question a été tranchée par le tribunal des conflits le 25 mars 1957 en faveur de la compétence du juge administratif: «*les fautes imputées aux médecins et à la sage-femme, si elles étaient démontrées, se rattacheraient à l'exécution du service public dont ces deux médecins et la sage-femme avaient respectivement la charge*»⁸⁵. Ainsi, les juridictions administratives sont seules compétentes pour connaître d'une action en responsabilité à raison d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions par un médecin hospitalier, sauf lorsque cette faute peut être considérée comme détachable du service. En l'occurrence, un manquement à l'obligation d'information pesant sur le praticien hospitalier n'est pas constitutive d'une faute personnelle. Par conséquent, l'action en indemnisation doit être

⁸²CE, 08 novembre 1935, Dame Vion, recueil Lebon p: 1019

⁸³CE, 08 novembre 1935, Veuves Loiseau et Philipponeau, recueil Lebon p: 1020

⁸⁴Cour d'appel de Paris, 20 avril 1953, cité par D. TABUTEAU, Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, Berger-Levrault, 1995, p: 102: «*considérant que les médecins et chirurgiens des hôpitaux, ainsi que les internes qui sont employés dans leurs services, ne sont en aucune façon, quant à l'exercice de leur art, les préposés ni les agents de l'administration dont dépendent les hôpitaux (...); que c'est en toute indépendance qu'ils exercent leur profession médicale dans les établissements hospitaliers auxquels ils sont attachés, sans que l'autorité administrative ait sur eux, en ce qui concerne l'exercice de leur art, absolument aucun pouvoir de direction ni aucun droit de contrôle; que les actions en responsabilité et réparation des fautes dommageables commises par un médecin ou par un de ses internes au cours de l'accomplissement d'un acte médical ressortissent aux seuls tribunaux judiciaires, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause l'autorité administrative dont dépend l'hôpital*»

⁸⁵TC, 25 mars 1957, Chilloux et Isaad Slimane, recueil Lebon p: 816

dirigée contre la personne morale de droit public gérant le service public hospitalier⁸⁶. Autrement dit, dans le cadre hospitalier le non respect du devoir d'information par le médecin est de nature à engager la responsabilité de l'établissement hospitalier, dans la mesure où il s'agit d'un acte dommageable commis par un praticien hospitalier dans l'exercice de ses fonctions.

La responsabilité du médecin exerçant dans un centre hospitalier public relève donc de la juridiction administrative et du droit administratif. La jurisprudence a longtemps imposé de dissocier les dommages dus à la mauvaise organisation et à un mauvais fonctionnement du service hospitalier et ceux résultant d'une faute médicale du praticien hospitalier. Une telle distinction avait pour objet de classer l'activité médicale dans une catégorie à part tenant compte de sa difficulté et qui évite de la soumettre à une obligation de résultats. Dans l'arrêt du 08 novembre 1935, *Veuves Loiseau et Philipponeau précité*, le juge administratif exige la faute simple pour les actes d'organisation et de fonctionnement du service et la faute lourde pour le service médical. Ainsi, l'acte médical était soumis au régime traditionnel applicable aux activités réputées difficiles qui n'ouvraient droit à réparation que dans la mesure où une faute d'une certaine gravité y était décelée. Par conséquent, étant donné que l'obligation d'information médicale incombe au praticien, que cette information constitue un acte médical⁸⁷, tout manquement à ce devoir ne devrait conduire à l'engagement de la responsabilité de l'établissement hospitalier qu'en cas de faute lourde. Cependant, l'analyse de la jurisprudence administrative montre que les magistrats n'exigent pas la faute lourde en matière d'information médicale bien qu'il s'agisse d'un acte médical. Ainsi, la cour administrative d'appel a jugé dans l'affaire *Devresse* qu'en «*s'abstenant d'informer avec une suffisante précision la patiente de tous les suites possibles et notamment du risque neurologique que comportait le traitement chirurgical proposé, le praticien du centre hospitalier régional l'a mise dans l'impossibilité de donner un consentement éclairé à cette intervention, laquelle n'était pas d'une urgence absolue. Il a ainsi méconnu ses obligations et commis une faute de nature à engager la responsabilité de cet établissement*»⁸⁸. Alors qu'il s'agit

⁸⁶TC, 27 mai 1980, Ministère public c/ N'Guyen Vantra, recueil Lebon p: 508

⁸⁷Selon les conclusions du commissaire du gouvernement J. Fournier sur l'arrêt *Rouzet* (CE, 26 juin 1959, *Rouzet*, recueil Lebon p: 405), constituent des actes médicaux «*tous les actes dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et requiert des connaissances spéciales acquises au prix d'études prolongées*». Il semble que l'information médicale réponde à cette définition, et peut dès lors être qualifiée d'acte médical

⁸⁸CAA Nancy, 9 juillet 1991, Mme *Devresse*, recueil Lebon tables p: 1185

d'un acte médical et qu'une faute lourde est a priori exigible, le défaut d'information est qualifié par le juge de faute dans le fonctionnement des services de l'établissement hospitalier. Pour J-M. Clément et C. Clément, *«force est de reconnaître qu'il s'agissait de deux actes médicaux et à ce titre, les juges auraient dû exiger la preuve d'une faute lourde. Mais ils ont préféré, par souci d'équité, élargir le terrain de la faute simple au détriment de celui de la faute lourde. Cela est louable, mais les magistrats vont à l'encontre des règles de droit»*⁸⁹.

Le défaut d'information est susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital sur la base de la faute simple. Si elle ne s'est pas imposée d'emblée, cette qualification ne pose plus de difficultés aujourd'hui. En effet, le débat relatif à la nature de la faute exigible en matière d'information médicale n'a plus lieu d'être dans la mesure où la distinction entre responsabilité hospitalière pour faute lourde et responsabilité hospitalière pour faute simple a été abandonnée. Les limites de cette jurisprudence apparaissent à la fin des années quatre-vingt sous le double effet de l'imbrication et de la technicité croissantes des différents aspects du traitement d'un patient rendant très poreuse la frontière entre acte médical et prestations de soins, et du mouvement de la société en faveur d'une responsabilité plus large des acteurs publics quels que soient leur statut ou leur fonction. Ainsi, en 1992⁹⁰, l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, statuant sur la demande d'indemnisation présentée par une requérante restée atteinte de troubles neurologiques et physiques provoqués par un accident cardiaque survenu lors d'une césarienne, abandonne le régime de la faute lourde pour réunifier le droit de la responsabilité de tout le secteur public de la santé, sous la réserve du régime de la responsabilité sans faute.

Dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, du 5 janvier 2000, Consorts Telle, J. MOREAU affirme que *«la faute reprochée au service public hospitalier n'est ni une faute médicale de nature à..., ni une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service: elle consiste en une perte de chance»*⁹¹. La formulation adoptée par cet auteur prête à confusion: le manquement à

⁸⁹J-M. CLEMENT, C. CLEMENT, Les principales décisions de la jurisprudence hospitalière, Berger-Levrault, 1995, p: 31

⁹⁰CE Assemblée, 10 avril 1992, Epoux V., recueil Lebon p: 171

⁹¹J. MOREAU, «Responsabilité publique hospitalière», *JCP*, II 10 271, n°11, 15 mars 2000, p: 480

l'obligation d'information médicale est certes constitutive d'une faute mais celle-ci ne peut pas être confondue avec la perte de chance, qui correspond au préjudice. Or, il faut faire la distinction entre la notion de faute et de préjudice. La faute conduit à la perte de chance, elle ne consiste pas en cette perte de chance.

3. Le mécanisme de la perte de chance pour indemniser les victimes pouvant se prévaloir d'un défaut d'information

En application des principes traditionnels du droit, le juge exige la réunion de trois conditions cumulatives pour accorder une indemnisation: un fait générateur, un préjudice et un lien de causalité entre fait générateur et préjudice. Mais la jurisprudence a retenu une interprétation souple de ces exigences en matière de réparation pour défaut d'information: le mécanisme de la perte de chance. Avant d'examiner la façon dont se déclinent le lien de causalité (a.), la réparation du préjudice (b.), et sa réalité (c.) avec l'application de la théorie de la perte de chance, il convient de préciser que sur le terrain de la responsabilité administrative, une autre condition est exigée: la décision préalable. L'indemnisation doit à peine d'irrecevabilité de l'action contentieuse pour manquement à l'obligation d'information médicale être demandée au préalable à l'administration hospitalière. Cette règle s'impose en vertu d'un décret du 11 janvier 1965⁹². En l'absence de réponse de la part de l'établissement pendant quatre mois naît une décision implicite de rejet de la demande d'indemnisation qui suffit à lier le contentieux devant la juridiction administrative.

a. Perte de chance et lien de causalité

En matière de responsabilité, la victime doit établir que le dommage qu'elle a subi est directement imputable à l'activité du service public hospitalier ou du médecin libéral. Ainsi, l'application stricte des principes régissant la responsabilité devrait conduire à écarter l'existence d'un lien direct entre le manquement à l'obligation d'informer et l'accident thérapeutique. Mais cette application rigide de la notion de causalité ne permettrait en aucun cas de réparer le dommage subi par un patient qui disposait, compte tenu de son état de santé, d'une liberté de choix dont il a été privé. La théorie de la perte de chance permet d'assouplir cette notion pour rendre possible une réparation partielle, tenant compte de la probabilité d'un refus de

⁹²D. TABUTEAU, Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, Berger-Levrault, 1995, p: 106

l'intervention.

Ainsi, la théorie de la perte de chance construite par la Cour de cassation règle la difficulté posée par le lien de causalité entre la faute résultant du défaut d'information et le préjudice consécutif à l'accident médical, dans la mesure où elle modifie l'objet du lien de causalité. Il ne s'agit plus pour la victime de prouver que la faute établie du praticien est bien la cause directe et certaine des dommages subis par le patient, mais seulement d'établir que cette faute l'a privée d'une chance de refuser l'acte et ainsi d'échapper au risque qui s'est réalisé.

D'aucuns affirment que le souci de favoriser l'indemnisation de la victime d'un accident médical a conduit les juges à substituer à la certitude d'un lien de causalité la théorie d'une perte de chance⁹³. Ainsi, le recours au défaut d'information permettrait au juge de pallier l'absence de faute technique et de réparer partiellement sur ce fondement le dommage subi par le patient.

b. Perte de chance et abandon de la réparation intégrale du préjudice

Alors que le juge administratif, constatant un manquement à l'obligation d'informer, accordait habituellement à la victime une indemnité réparant intégralement les dommages consécutifs à l'acte médical⁹⁴, le Conseil d'Etat dans les arrêts Consorts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris du 05 janvier 2000 s'est aligné sur la jurisprudence judiciaire qui limite l'indemnité à une partie de ces dommages au motif que le défaut d'information a seulement fait perdre au patient une chance de refuser l'intervention et d'échapper ainsi à l'accident qui s'est produit. Ainsi, l'hôpital ne peut être condamné qu'à réparer une fraction des conséquences dommageables de l'accident, déterminée en rapprochant les risques inhérents à l'intervention, des risques encourus par le patient en cas de renoncement au traitement. Cette fraction s'applique tant pour l'appréciation du préjudice de la victime de l'accident que pour celle du préjudice subi par ses proches. Ainsi l'alourdissement de l'obligation d'information par l'extension du contenu de cette information à tous les risques graves s'accompagne d'un allègement du mécanisme

⁹³Y. LACHAUD, L. AVELINE, «La responsabilité médicale pour défaut d'information», *Gazette du Palais*, 17 juin 1999, p: 4-8

⁹⁴Par exemple: CE, 19 mars 1997, Meynial

d'indemnisation du préjudice. Le défaut d'information n'est pas indemnisé de la même manière qu'une faute classique commise par un praticien. La faute que constitue le défaut d'information entraîne pour le patient la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé. La notion de perte de chance n'était pas inconnue de la jurisprudence administrative; cependant, le juge accordait tout de même une réparation intégrale⁹⁵.

La réparation intégrale d'abord retenue par le juge administratif semblait a priori dans son principe plus généreuse pour le patient. En fait elle conduisait à une certaine réticence à admettre l'existence d'un manquement au devoir d'information médicale et elle a sans doute conforté une approche restrictive de l'obligation d'information. Ainsi, le revirement de jurisprudence administrative ne va pas nécessairement à l'encontre de l'intérêt du patient. Et les juges du Palais royal ont adopté la même position que la Cour de cassation en abandonnant le principe de la réparation intégrale pour retenir une réparation de la perte de chance, en ces termes: *«considérant que la réparation du dommage résultant pour M. Telle de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subis; que, compte tenu du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, des risques d'hémorragie cérébrale qui étaient encourus en cas de renoncement à ce traitement, cette fraction doit être fixée au cinquième»*. Cette harmonisation des jurisprudences des deux juridictions suprêmes est d'autant plus opportune qu'elle conduisait à une divergence dans le montant de la réparation allouée au patient pour défaut d'information selon que le praticien auteur du manquement exerçait dans le secteur libéral ou public.

Le mécanisme de la perte de chance pour indemniser les victimes pouvant se prévaloir d'un défaut d'information a été admis dès 1990⁹⁶ par le juge judiciaire. La Cour de cassation estime que le praticien *«qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération»*. Ainsi, le préjudice est spécifique en ce sens qu'il ne peut être

⁹⁵Par exemple, CE, 2 décembre 1977, Dame Rossier, recueil Lebon p: 485; CE, 29 octobre 1980, Marty, tables du recueil Lebon p: 874

⁹⁶Cass. civ. 1ère, 7 février 1990, Bull. civ. I, n°39

assimilé à l'intégralité des dommages subis par le patient du fait du risque qui s'est réalisé, il ne représente qu'une fraction de ce préjudice. Le dommage subi par le patient a consisté en la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé. Il semble difficile de justifier une indemnisation intégrale alors que le défaut d'information qui n'est pas la cause immédiate de l'accident a seulement pu conduire le patient à s'y exposer en acceptant l'intervention. C'est seulement dans des cas marginaux qu'une décision négative de la part du patient pourrait être tenue pour certaine.

Dans le cas de l'affaire Telle, le patient n'éprouvait que des troubles modérés avant l'intervention. L'embolisation a été prescrite en raison de risques de complications spontanées dont la plus grave était la survenue d'une hémorragie cérébrale, pouvant entraîner la paralysie ou le décès. Ce risque d'hémorragie était loin d'être négligeable; l'expert l'a évalué à 3 ou 4% par an. De son côté, l'intervention comportait un risque immédiat de décès estimé à 1%. Dans ces conditions, l'intervention présentait moins de risques que l'abstention. Ainsi, l'option retenue par les praticiens était la plus sage et aurait probablement été retenue par la plupart des patients placés dans la même situation. Mais un choix existait vraiment et ce choix appartenait à M. Telle qui aurait pu préférer courir le risque d'une complication spontanée. L'intéressé a bien été privé d'une chance de refuser l'intervention et d'échapper ainsi à l'accident qui s'est produit.

Le manquement à l'obligation d'information médicale ne donne lieu qu'à une réparation partielle. Il semble donc plus intéressant pour le patient qui souhaite engager la responsabilité hospitalière de se placer sur le terrain de la responsabilité sans faute pour risque. Ce régime de responsabilité repose sur deux décisions majeures du juge administratif: la décision Gomez de 1990 et surtout l'arrêt Bianchi de 1993⁹⁷. Dans cette affaire, le patient admis à l'hôpital pour y subir un examen classique, mais non sans risques, en est ressorti tétraplégique. Cet accident sanitaire n'a pas été causé par une faute. La jurisprudence administrative antérieure constatant l'absence de faute du service public hospitalier aurait conduit au rejet de la demande d'indemnité de M. Bianchi. Or le juge administratif a décidé que «lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est

⁹⁷CAA, Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez et CE, 9 avril 1993, Bianchi, recueil Lebon p: 127

exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité». Considérant que toutes ces conditions étaient remplies, le Conseil d'Etat a condamné l'hôpital à verser à M. Bianchi une indemnité de 1,5 million de Francs. On voit tout l'avantage de cette jurisprudence pour le patient victime d'un défaut d'information et d'un aléa thérapeutique, qui a tout intérêt à préférer au régime de responsabilité pour faute celui de la responsabilité pour risque plus favorable au niveau du montant de la réparation. Cependant, le nombre (sept) et la rigueur des conditions imposées par le juge pour engager la responsabilité pour risque de l'hôpital peuvent laisser penser que la plupart des accidents thérapeutiques n'y répondent pas. Ainsi, le patient victime d'un défaut d'information et d'un aléa thérapeutique ne remplira pas forcément les différents critères cumulatifs sur l'existence desquels le juge exerce un contrôle minutieux pour admettre ou rejeter la responsabilité pour risque.

L'avantage du mécanisme de la perte de chance en matière d'information du patient réside dans le fait que le juge peut au stade de l'évaluation du préjudice tenir compte de tous les aspects de la situation.

La perte de chance pourra être élevée s'il s'agissait par exemple d'un patient jeune dont le pronostic vital n'était pas en jeu ou bien limité si les soins à l'occasion desquels un risque s'est réalisé étaient indispensables et que sans eux le malade serait mort ou aurait été atteint de séquelles encore plus graves. Autrement dit, moins l'acte paraîtra indispensable, et plus l'indemnisation du préjudice se rapprochera de 100%, mais si l'acte était justifié, l'indemnisation du préjudice subi sera d'autant moins élevée que le patient ne pouvait se soustraire à l'examen ou à l'intervention. Comme le soulignait le commissaire du gouvernement CHAUVAUX dans ses conclusions sur les arrêts du 05 janvier 2000 du Conseil d'Etat, «*cette modulation comporte nécessairement une part d'arbitraire. La démarche du juge consiste en fait à se poser la question suivante: sur dix personnes raisonnables placées dans la même situation que le patient, combien auraient refusé l'information?»*».

c. Perte de chance et réalité du préjudice

Le patient victime d'un défaut d'information doit faire la preuve d'un préjudice certain dans la mesure où le juge ne se contente pas d'un préjudice dont la réalisation n'est qu'une éventualité. Le raisonnement juridique s'appuie aussi pour démontrer la réalité du préjudice sur la notion de perte de chance. Un seul défaut d'information ne suffit pas à condamner le praticien ou l'établissement hospitalier à indemniser le patient. Il s'agit certes d'une faute, mais cette faute n'ouvrira droit à réparation au profit du patient qu'à la condition qu'elle lui ait causé un préjudice. Autrement dit, même si la faute du praticien, résidant dans son absence d'information, est caractérisée aux yeux des magistrats, ils peuvent refuser d'octroyer au patient demandeur des dommages et intérêts. Pour qu'un médecin ou l'établissement soit condamné, il faut d'une part qu'il ait commis une faute quant au devoir d'informer son patient sur les risques de l'acte et que, d'autre part que cette faute ait entraîné un préjudice. C'est le degré de probabilité de refus de l'acte par le patient, dans l'hypothèse où l'information lui aurait été délivrée, qui détermine la réalité du préjudice. Toute la difficulté pour les juridictions consiste à apprécier ce degré de probabilité compte tenu de l'état de santé, des antécédents familiaux et de l'état psychologique du patient. Ces appréciations comportent qu'il y a des risques de subjectivité, d'où la disparité des décisions prises par les juridictions.

En n'ayant pas bénéficié d'une information préalable quant aux risques, le patient a perdu une chance d'échapper à ceux-ci par une décision plus appropriée (refuser l'acte). Encore faudrait-il pour les magistrats supposer que le patient dûment informé aurait pu refuser de donner son consentement à l'acte qui peut relever d'une indication indiscutable. Pour le juge judiciaire, deux conditions doivent être cumulativement réunies pour qu'un défaut d'information avéré ne donne pas lieu à la constatation d'un préjudice. Il doit d'abord être démontré que l'intervention était indispensable et donc d'une indication indiscutable. Il convient ensuite de constater que sans l'intervention, l'état du patient aurait été plus mauvais que l'état dans lequel il se trouve à la suite de la réalisation du risque non révélé. Ainsi, dans l'arrêt du 7 octobre 1998 déjà cité, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'il n'y a pas de préjudice subi, l'intervention étant indispensable et de nature à améliorer l'état de la patiente, et ayant en définitive apporté une amélioration effective, malgré la survenance de la complication (syndrome des loges) dont la patiente n'avait pas été informée avant l'intervention, complication engendrant des troubles

sensitifs moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale⁹⁸.

Lorsque la réalité du préjudice est démontrée, le dommage doit pouvoir faire l'objet d'une évaluation financière. Ce sont d'abord les frais médicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation, les pertes de revenus et les troubles dans les conditions d'existence. Mais le juge reconnaît de nombreux autres types de préjudice à commencer par les souffrances physiques ou «pretium doloris». Le préjudice esthétique est également indemnisé⁹⁹. Le Conseil d'Etat est resté longtemps attaché à son refus de réparer la douleur morale, celle-ci ne constituant pas un dommage susceptible d'être réparé en argent. Mais depuis un revirement de jurisprudence en 1961¹⁰⁰, le juge administratif accorde réparation de la douleur morale.

Dans l'affaire Telle, le patient était atteint d'une malformation artérioveineuse qui comportait en l'absence de traitement par embolisation, des risques d'hémorragie cérébrale susceptibles d'entraîner la paralysie voire le décès du patient. Compte tenu du rapprochement entre les risques inhérents à l'intervention et les risques encourus en cas de renoncement au traitement, le préjudice résultant de la perte de chance du patient de se soustraire au risque a été évalué au cinquième des conséquences dommageables de l'accident. Le patient étant resté hémiparétique, le préjudice a été estimé à 320 250 F (290 250 F au titre de l'atteinte à l'intégrité physique et

30 000 F au titre du préjudice d'agrément, des souffrances physiques et du préjudice esthétique). Il convient de relever que du fait du recours de la caisse d'assurance maladie qui avait exposé des frais importants à la suite de l'accident, la victime ne pourra en définitive percevoir qu'une petite partie de l'indemnité que l'hôpital a été condamné à verser. En effet, le code de la sécurité sociale¹⁰¹ prévoit qu'en cas de responsabilité d'un tiers dans l'accident, tel un établissement

⁹⁸N. GOMBAULT, «Un défaut d'information n'entraîne pas de façon systématique la responsabilité du praticien», *Revue française du dommage corporel*, Tome 24, n°4, 1998, p: 491-494

⁹⁹Par exemple, CE, 12 avril 1930, Perset, recueil Lebon p: 479

¹⁰⁰CE, 24 novembre 1961, consorts Letisserand, recueil Lebon p: 661

¹⁰¹L'article L. 376-1 alinéa 3 du code la sécurité sociale dispose que «*si la responsabilité du tiers est entière ou si elle est partagée avec la victime, la caisse est admise à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément. De même, en cas d'accident suivi de la mort, la part d'indemnité correspond au préjudice moral des ayants droit leur demeure acquise*»

hospitalier, la caisse peut obtenir le remboursement des prestations mises à sa charge, dans la limite de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime. Seule la part d'indemnité de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques et morales et au préjudice esthétique et d'agrément est exclue de ce recours. En l'espèce, les frais exposés par la sécurité sociale dépassant l'indemnisation de l'atteinte à l'intégrité physique, celle-ci a été entièrement octroyée à l'assurance maladie. On le voit à travers cette affaire, la solution retenue suppose qu'il soit possible de quantifier les deux types de risques pour pouvoir établir une comparaison et évaluer le montant de la réparation. En outre, le juge se doit dans une démarche totalement transparente d'évaluer le montant total du dommage subi, puis de fixer le montant de l'indemnité à une fraction de ce dommage déterminée en fonction de la probabilité que le patient aurait eu de refuser ou non de l'intervention s'il avait été informé du risque. Cette fraction sera d'autant plus limitée que l'intervention était indispensable.

Cette jurisprudence récente est d'autant plus importante en droit administratif qu'elle est particulièrement novatrice. En effet, la solution retenue par les juges du Palais royal consistant à accorder au patient, au titre d'une perte de chance une indemnité tenant compte du dommage résultant de l'intervention mais ne le réparant que partiellement n'a pas de précédent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat même si ce n'est pas une totale nouveauté en contentieux administratif¹⁰².

Un autre préjudice non invoqué dans les arrêts récents, vraisemblablement faute de demandes en ce sens, semblerait pouvoir motiver une indemnisation, et ce en toutes hypothèses. Il serait qualifié de «*préjudice d'impréparation*»¹⁰³. Ainsi, un patient, qui faute d'information adéquate, n'a pu pas prendre de précautions, professionnelles par exemple, pour faire face à l'éventualité de la survenue d'un risque dont il n'était pas averti et qui s'est finalement réalisé, pourrait invoquer ce préjudice d'impréparation. En effet, il a subi un dommage patrimonial qui justifie une demande de réparation. Un patient, qui n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement à un risque qu'il ignorait, pourrait également invoquer ce préjudice en raison du dommage moral qu'il a subi. L'argument avancé pour justifier le dommage repose sur le fait

¹⁰² Il y a cependant un arrêt de accordant une réparation partielle: CAA Nancy, 9 juillet 1971, Mme Devresse, tables du recueil Lebon p: 1185

¹⁰³ Cette idée est développée par J. PENNEAU dans l'ouvrage collectif suivant: D. NICOLLE, J-P. CANARELLI, P. VIGOUROUX, M-B. LEROUX-LEPAGE, E. MIGNO, M. PENNEAU, G. PONTIGNY, M-J. BILLOT, A. ROGIER, J-C. BROUTIN, La responsabilité médicale et le devoir d'information du patient, édité par le C.H.U. d'Amiens, 1999, 105 p.

que le patient supporterait moralement mieux un dommage auquel il aurait pu psychologiquement se préparer.

Le défaut d'information constitue un moyen fréquemment invoqué pour soutenir des actions en indemnité. Mais encore doit-il être démontré qu'il y a eu manquement au devoir d'information médicale. C'est dès lors la question de la preuve qui apparaît déterminante dans la mise en jeu de cette forme de responsabilité.

B. Un renversement de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information médicale de nature à modifier la relation médecin-patient

Si l'information à donner à un patient qu'il soit usager du service public hospitalier ou cocontractant d'un médecin libéral n'est pas une question nouvelle, c'est essentiellement sa preuve qui a renouvelé l'attention qui lui était portée.

Sur cet aspect aussi, les décisions récentes des deux ordres de juridiction ont harmonisé les jurisprudences administrative et civile: qu'il exerce en milieu hospitalier ou libéral, le médecin doit prouver qu'il a satisfait à son devoir d'information (partie 1.). Nombreux sont ceux qui affirment que cette nouvelle jurisprudence risque d'affecter profondément la relation du médecin avec le patient (partie 2.).

1. La preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information à la charge du médecin

Le juge civil faisait peser la charge de la preuve sur le patient alors que le juge administratif était moins tranché s'appuyant en fait pour se faire une opinion sur les pièces du dossier. En effet, le juge administratif n'avait jamais clairement attribué la charge de la preuve exclusivement au patient contrairement aux magistrats judiciaires. A présent tant en droit public qu'en droit civil, il revient au praticien de démontrer qu'il a bien rempli son obligation d'information à l'égard du patient(a.). En revanche, la preuve reste libre en la matière, et il n'y a pas d'obligation de preuve écrite (b.).

a. Le renversement de la charge de la preuve

L'arrêt Martin de la Cour de cassation du 29 mai 1951¹⁰⁴ posait le double principe de l'obligation de l'information, et de la nécessité, en cas de contestation, de l'apport de la preuve par le patient. En effet, c'était au patient qui invoquait l'inexécution du contrat à prouver en quoi son cocontractant médecin avait été défaillant. Mais mettre à la charge de quelqu'un le soin de faire une preuve négative revient à lui imposer une «preuve diabolique»: cette exigence particulièrement rigoureuse conduisait fréquemment à débouter les patients, compte tenu de la difficulté de rapporter la preuve d'une omission. Il semble plus facile au médecin de prouver qu'il a bien informé le patient qu'à ce dernier de démontrer qu'il ne l'a pas fait.

Cette jurisprudence a été abandonnée par l'arrêt Hédreul du 25 février 1997 dans lequel la Cour de cassation affirme que «*celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de cette obligation*». La Cour en se prononçant de cette manière a ainsi opéré un revirement de jurisprudence fondamental abandonnant l'interprétation stricte de l'article 1315 alinéa 1 du code civil selon lequel «*celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*». Elle a renversé la charge de la preuve, en se fondant sur le deuxième alinéa de cet article 1315 qui dispose que «*réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation...*». Dès lors, un médecin tenu d'une obligation légale d'informer son patient doit prouver qu'il a exécuté cette obligation. C'est un principe applicable à tous les professionnels tenus d'un devoir d'information et de conseil vis-à-vis de leurs clients.

Pour les magistrats administratifs aussi, l'information du patient est une formalité substantielle incombant aux praticiens qui doivent pouvoir justifier qu'ils s'en sont acquittés.

Certes, les arrêts du Conseil d'Etat de janvier 2000 mettent clairement à la charge du centre hospitalier la preuve du respect de l'obligation d'information, mais on ne peut parler d'un bouleversement sur ce point. En effet, traditionnellement dans ce type d'affaires, le juge administratif se forgeait sa propre opinion au vu de l'ensemble des pièces du dossier et se contentait d'un commencement de preuve apporté par la victime: il ne devait pas s'agir d'une

¹⁰⁴Cass. civ. 1ère, 29 mai 1951, Bull. civ. I, n°162; D. 1952, note R. SAVATIER: la Cour affirme qu'il appartient au malade «lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à son obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération»

simple allégation mais le défaut d'information devait sembler plausible à la lecture du dossier. Une certaine souplesse était admise. Et c'est d'ailleurs à cette constatation qu'en venait le Président BRAIBANT dans ses conclusions sur l'arrêt M'Barek du 7 février 1969¹⁰⁵. Le requérant ayant subi d'importantes séquelles à la suite d'une intervention chirurgicale soutenait que celle-ci avait été pratiquée sans son consentement éclairé. Le commissaire du gouvernement s'était à cette occasion interrogé sur la pertinence de la règle alors appliquée par la Cour de cassation en ces termes: *«appliquant la règle selon laquelle la preuve incombe au demandeur, elle [la Cour de cassation] considère qu'il appartient au malade d'établir que son consentement n'a pas été sollicité, et qu'il n'a pas été informé de la véritable nature de l'opération et de ses conséquences possibles. Cette solution nous paraît, comme à certains auteurs, excessivement rigoureuse, parce qu'elle met à la charge du malade la preuve d'un fait négatif qu'il lui est pratiquement impossible d'apporter. C'est pourquoi vous préférez sans doute, conformément à votre habitude, ne pas poser en cette matière des règles rigides de preuve et tenir compte dans chaque cas des circonstances de l'ensemble de l'affaire, en utilisant au besoin les ressources de la procédure inquisitoire»*.

Ainsi, s'agissant de la jurisprudence administrative, on ne peut pas considérer qu'il y a réellement renversement de la charge de la preuve. En effet, le patient victime ne portait pas totalement le fardeau de la preuve dans le procès administratif grâce à une jurisprudence définie au fil des instances et marquée par le souci de remédier à l'inégalité de fait entre l'administration et les requérants. Dans les litiges où étaient en cause le défaut d'information préalable, le Conseil d'Etat adoptait une rédaction neutre selon laquelle *«il résulte de l'instruction»* que le patient a été informé ou ne l'a pas été.

Si le renversement de la charge de la preuve repose avant tout sur un raisonnement juridique, certains y ont vu aussi une *«logique compassionnelle»*¹⁰⁶. On sait qu'il est presque impossible au patient victime d'un accident médical de prouver que dans le cadre du colloque singulier, le médecin a négligé tout ou partie de son devoir d'information. *«A partir de ce constat, la jurisprudence qui dessine les contours d'un droit plus attentif à la détresse ne pouvait se*

¹⁰⁵CE, 7 février 1969, M'Barek, recueil Lebon p: 87

¹⁰⁶J. VILANOVA, «Point sur le devoir d'information du médecin envers son malade», *La Revue du praticien-Médecine générale*, Tome 12, n°433, 12 octobre 1998, p: 48

satisfaire encore longtemps de l'existence d'un tel verrou»¹⁰⁷.

Le renversement de la charge de la preuve a suscité une vive émotion dans le corps médical, comme si les praticiens prenaient conscience de leur obligation d'information. Ce revirement de jurisprudence doit être ramené à de justes proportions: il ne crée pas l'obligation d'information médicale, il a seulement le mérite de rappeler au médecin qu'il doit informer le patient et qu'il devra le cas échéant être en mesure de prouver qu'il n'a pas manqué à son devoir d'information. D'autre part, «*le renversement de la charge de la preuve est en fait limité, car il ne porte que sur l'existence de l'information et non sur son contenu*» comme le précisait le conseiller SARGOS dans son commentaire de l'arrêt précité du 25 février 1997 de la Cour de cassation. Le renversement de la charge de la preuve ne porte que sur l'existence de l'information, et non pas sur la pertinence de son contenu. Ainsi, si le patient allègue que l'information donnée a été mauvaise, il lui appartient de le prouver. En effet, même si le médecin est tenu de dispenser au patient une information loyale, claire et appropriée sur son état, les soins, les investigations et les risques graves y afférents, il adapte nécessairement l'information à la personnalité du patient. Par conséquent, il reste maître de la façon dont il doit informer, dont il doit dire les choses. Si le patient est mécontent, c'est à lui de démontrer que si l'information a été délivrée, elle n'était pas pertinente quant à son contenu.

Le renversement de la charge de la preuve signifie-t-il pour autant la production obligatoire par le médecin d'un recueil écrit de l'information du malade? La réponse est négative dans la mesure où le mode de preuve est libre.

b. Le mode de preuve continue à être libre

Il n'existe pas de réglementation générale de la preuve en matière d'information du patient. Il y a seulement des réglementations particulières à certains actes médicaux qui imposent un écrit signé, par exemple en matière de recherche biomédicale ou de prélèvements d'organes. Ainsi, la loi est intervenue pour exiger un consentement écrit lorsque les motivations de recourir à un acte médical trouvent leur justification non pas dans l'état de santé de celui qui consent à l'acte médical, mais dans des considérations autres: dans un but thérapeutique, mais concernant un tiers

¹⁰⁷ Ibid

dans le cas des dons d'organes, pour des considérations d'agrément dans le cas de la chirurgie esthétique... La généralisation d'un écrit est-elle souhaitable? Il ne semble pas d'autant plus qu'elle aurait de lourdes conséquences pour le médecin d'un point de vue pratique.

La Cour de cassation admet que le praticien peut apporter par tous moyens la preuve qu'il a bien fourni l'information nécessaire¹⁰⁸: le mode de preuve continue à être libre. En effet, le principe de base résultant du code civil est que hormis les cas où une disposition légale spéciale impose un mode de preuve particulier, la preuve est libre. Plus exactement, elle peut se faire suivant l'une des cinq modalités suivantes: l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu, le serment. En matière d'information médicale, plusieurs formes d'écrit et de présomption sont envisageables: la mention sur le dossier du patient des informations qui lui ont été données oralement; la lettre, datée et signée, au médecin traitant ou à un autre spécialiste, dictée en présence du patient et dont une copie sera conservée dans le dossier, voire une lettre adressée au patient lui-même; la remise au patient d'un document qui doit être personnalisé et comporter des indications sur son état de santé et l'évolution spontanée prévisible, la nature, les résultats attendus et les risques des investigations et des traitements proposés; ou encore l'inscription sur le carnet de santé.

La jurisprudence relative à la liberté de la preuve en matière d'obligation d'information médicale ne tardera certainement à être consacré par le législateur dans le mesure l'avant-projet de loi relatif à la modernisation du système de santé affirme qu'en cas de litige il appartient au professionnel de santé d'apporter «*par tout moyen*» la preuve que l'information a été donnée au patient.

Dans les arrêts Consorts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris du 5 janvier 2000, le juge administratif, s'il affirme que c'est à l'établissement hospitalier mis en cause d'apporter la preuve que le devoir d'information du médecin envers le patient n'a pas été méconnu, il ne donne aucune indication quant à la forme que doit revêtir la preuve susceptible d'être fournie. En effet, le Conseil d'Etat ne précise pas, car la question ne se posait pas véritablement, dans quelles conditions la preuve de l'information correcte pourra être apportée par l'hôpital. Toutefois il est de jurisprudence constante que les règles d'administration de la preuve sont souples en droit administratif. Ainsi, le juge forme «*sa conviction en fonction des éléments de toute nature*

¹⁰⁸Cass. civ. 1ère, 14 octobre 1997, Bull. civ. I, n°278

invoqués par l'hôpital»¹⁰⁹.

Dans l'affaire Telle, l'hôpital n'avait pas contesté au cours des opérations d'expertise, ni devant le tribunal administratif, l'affirmation du requérant selon laquelle il n'avait pas été informé. Cependant l'établissement avait produit en appel une attestation établie par un praticien postérieurement à l'intervention et aux termes de laquelle le patient avait été informé des risques du traitement envisagé. Le Conseil d'Etat a jugé que, dans les circonstances de l'espèce un tel document n'était pas de nature à établir que les praticiens s'étaient acquittés de leur obligation d'information. Comme l'expliquait le commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sur cet arrêt, une mention portée par les médecins dans le dossier médical de l'intéressé avant la réalisation de l'intervention aurait pu suffire, mais non un document postérieur à l'acte. On le voit le dossier médical va devenir un élément essentiel de preuve au service du médecin, dans la mesure où le juge y trouvera les éléments qui lui permettront de forger sa conviction à l'occasion des litiges dont il est saisi. La consignation systématique des informations données au patient dans le dossier médical, si elle est considérée comme un moyen d'assurer sa bonne foi en cas de contentieux, favorise l'amélioration de la qualité de la prise en charge médicale du patient notamment en milieu hospitalier dans la mesure où elle permet à l'équipe soignante ou à un autre médecin d'en prendre connaissance dans le but de favoriser la continuité des soins. Dans cette perspective, on ne peut que se réjouir du renversement de la charge de la preuve.

Si le mode de preuve continue à être libre, nombreux sont ceux qui affirment qu'un écrit signé du patient semble de nature à apporter au praticien une meilleure sécurité juridique. Cependant cet écrit ne constitue nullement une décharge de responsabilité, et il ne peut remplacer l'information donnée par oral. En outre *«le juge s'intéresse moins au papier qui aurait été signé par le patient qu'au contexte général qui montre que le malade était bien consentant: une demi-heure passée dans le cabinet du praticien et quelques jours de délai entre cet entretien et, par exemple, une hospitalisation, vaudront toujours mieux qu'un écrit dûment signé mais entre deux portes»*¹¹⁰. Ainsi, la preuve de l'information peut être faite par tous moyens et l'écrit ne s'impose pas. Elle peut notamment se faire par des présomptions: il s'agit d'un *«ensemble de faits, circonstances ou éléments graves, précis et concordants dont le juge déduit que la preuve de la*

¹⁰⁹P. FOMBEUR, «Le contenu et la preuve de l'information donnée aux patients à l'hôpital public», *L'entreprise médicale*, n°198, 14 février 2000, p: 7

¹¹⁰J.SAUQUET, E. GOLDSTEIN, «Consentement et information du patient», *La médecine hospitalière*, n°2, juin 1996, p: 13

délivrance de l'information au patient est rapportée»¹¹¹. Il pourra tenir compte du «nombre de consultations ayant précédé l'intervention, de mentions dans les dossiers médicaux, fiches, comptes rendus, de la pratique habituelle du médecin concerné en matière d'informations, de lettres à des confrères ou au patient, de l'attitude, de la personnalité, de l'activité de ce dernier...»¹¹². La Cour administrative d'appel de Bordeaux dans une décision du 26 avril 1999 avait ainsi admis que la preuve puisse être apportée par une lettre par laquelle le médecin portait à la connaissance des parents le protocole thérapeutique établi et faisant état des différentes interventions chirurgicales envisagées suivie d'un second courrier¹¹³.

Cependant d'aucuns considèrent que la présomption constitue une preuve à caractère aléatoire qui risque d'être contestée en cas de litige de même que le témoignage, notamment s'il émane d'une personne ayant un lien de subordination et des intérêts communs avec le médecin.

Et même si sauf circonstances particulières, il ne saurait être exigé d'un médecin qu'il remplisse par écrit son devoir de conseil, l'écrit apparaît au médecin comme le meilleur moyen de se constituer une preuve. Il s'agit d'être prêt en cas de procès en responsabilité dans lequel le médecin se verrait reprocher de ne pas avoir donné d'information au patient. Une telle analyse correspond à l'opinion majoritaire chez les juristes. C'est notamment la thèse développée par le conseiller P. SARGOS pour qui l'écrit joue un rôle probatoire favorable au praticien dans la mesure où c'est «la forme la plus sûre de la preuve de l'information»¹¹⁴. J. PENNEAU considère également que le seul moyen de preuve indiscutable reste l'écrit et estime que la nouvelle jurisprudence conduit à cette solution bien que la pratique de l'écrit soit étrangère à la tradition médicale¹¹⁵.

Suivant ces conseils de prudence les médecins ont tendance à recourir à un écrit qu'ils font signer au patient alors qu'aucun texte ne l'exige. «Le fait de conserver un double du document d'information remis au patient et signé par lui, reconnaissant qu'il a été informé de façon

¹¹¹P. SARGOS, «Information et consentement du patient», *Bulletin de l'Ordre des Médecins*, janvier 1999, p: 11

¹¹²P. SARGOS, «Information et consentement du patient», loc.cit

¹¹³CAA de Bordeaux, 26 avril 1999, B. c/CHU Toulouse, *Jurisanté*, n°29, avril 2000, p: 23-24

¹¹⁴P. SARGOS, «Information et consentement du patient», loc. cit.

¹¹⁵J. PENNEAU, «L'obligation d'information du patient», *Hospitalisation privée*, 1998, p: 17-20

satisfaisante, permet d'apporter une sécurité supplémentaire. La formule suivante pourrait ainsi venir en conclusion du document rédigé selon les recommandations précédentes: «je reconnais que la nature de l'examen ou de l'intervention ainsi que les risques et avantages m'ont été expliqués en termes que j'ai compris et qu'il a été répondu de façon satisfaisante à toutes les questions que j'ai posées»¹¹⁶. La signature du document d'information par le patient offre une meilleure garantie que la simple remise dudit document, dans la mesure où elle paraît être non seulement le moyen le plus efficace pour le médecin de se constituer une preuve mais aussi de prouver que le patient a bien été informé de l'existence des risques. En effet, une chose est la remise de documents écrits résumant à l'intention du patient les informations, une autre chose est la signature par le patient destinée à confirmer qu'il a bien reçu lesdites informations. Ce document ne constituera pas une décharge de responsabilité à l'égard du patient: si une complication survient, le patient pourra déposer une plainte pour manquement à l'obligation de moyens, mais il ne pourra pas invoquer un manquement à l'obligation d'information. Cependant, l'information orale est le principe et l'écrit l'exception. En outre il semble que cette mesure est de nature à nuire à la relation médecin-malade.

L'obligation d'information médicale n'est pas née avec les récents arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, elle leur est bien antérieure. En revanche, le changement apporté tient à ce que c'est dorénavant au médecin à faire la démonstration qu'il s'est acquitté de son obligation et non plus au patient à démontrer qu'il n'avait pas reçu l'information nécessaire. Ce renversement de la charge de la preuve a conduit les médecins à s'interroger sur le contenu de l'information à donner au patient, mais il a aussi contribué à en faire une préoccupation défensive. De nombreux articles à destination des médecins mettent l'accent sur les méthodes à retenir pour permettre au praticien d'apporter devant un tribunal la preuve qu'il a bien donné l'information, si le patient venait à lui reprocher une défaillance sur ce point. S'il est clair que la preuve reste libre, la majorité des opinions penche pour une solution d'extrême prudence recommandant le recours à un écrit signé. C'est donc la sûreté juridique du procédé qui conduit à recommander cette solution. Mais la formalisation par un écrit signé de l'information délivré au patient risque d'engendrer une altération de la relation de confiance entre le patient et le médecin.

¹¹⁶C. SICOT, «L'information, sans peine, du malade», *L'internat de Paris*, octobre 1998, p: 32

2. La fin du colloque singulier?

«*La relation entre patient et praticien est singulière. C'est en 1935 que Georges Duhamel, médecin avant d'être écrivain, a forgé la formule de «colloque singulier»*»¹¹⁷. L'évolution de la jurisprudence en matière d'information médicale en attribuant le fardeau de la preuve au médecin modifierait la relation médecin-patient: le colloque singulier disparaîtrait laissant la place à une relation de méfiance voire de pur consumérisme (a.). Cette même évolution peut donner lieu à une toute autre interprétation: elle soumet la communauté médicale à la nécessité de concevoir les modalités pratiques d'une relation de soins susceptibles de transformer ces apparentes contraintes en enrichissement et en valorisation des missions qui lui sont imparties. En effet, «*il semble désormais évident que ce qui est considéré par nombre de professionnels comme une crise profonde et une mise en cause de leurs compétences et légitimités procède avant tout de manquements et de carences qui invitent à retrouver les valeurs de la déontologie et donc les fondements et conditions du rapport de confiance indispensable à la relation médecin-malade*»¹¹⁸ (b.).

a. Si la relation de confiance médecin-patient risque d'être mise en danger...

Comme le souligne le rapport de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé «*Information des patients - Recommandations destinées aux médecins*», le renversement de la charge de la preuve de l'information médicale du patient a été ressenti par les milieux médicaux comme un renversement de la relation médecin-patient en faveur de ce dernier. L'évolution de la jurisprudence peut faire craindre «*que le colloque singulier par lequel les médecins cherchent à appréhender le mal-être physique et psychique de la personne, soit remplacé par une prestation de services offrant une gamme d'outils conçus dans les ateliers de la biologie moléculaire, de la radiologie interventionnelle et tout autre laboratoire du vivant*»¹¹⁹. Ainsi, la relation médecin-patient serait mise en danger dans la mesure où, si l'information constitue pour le médecin une

¹¹⁷B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement. Information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998 p: 4

¹¹⁸E. HIRSCH, «Enjeux éthiques et responsabilité d'informer», *Jurisanté*, n°26, juin 1999, p: 4

¹¹⁹Rapport public du Conseil d'Etat 1998, Réflexions sur le droit de la santé, Etudes et documents n°49, La Documentation française, 1998, p: 235

obligation ancienne, la nécessité de faire éventuellement la preuve qu'il a bien donné l'information le conduit à s'organiser de telle manière qu'il puisse démontrer que tel a bien été le cas. Certes l'alourdissement de l'obligation d'information médicale exige certains ajustements délicats dans la relation médecin-patient, mais peut-on pour autant affirmer qu'elle met en danger le colloque singulier?

Les articles consacrés à l'information médicale du patient qui sont publiés dans les revues spécialisées apportent deux réponses à cette question. Soit ils l'analysent comme une obligation du médecin qui, non respectée, est susceptible d'entraîner un procès de la part du patient. Le souci exprimé est moins de fournir des renseignements au patient pour lui permettre de faire des choix en connaissance de cause que d'éviter un contentieux de sa part; les longs développements qui y sont consacrés discutent les différentes modalités de preuve permettant au médecin de faire la démonstration qu'il a bien rempli son obligation d'information, face à un patient qui lui reprocherait de ne pas l'avoir remplie. Soit ils analysent l'information comme constituant un élément essentiel de la relation du médecin avec le patient: le souci exprimé est celui d'une relation de qualité fondée sur l'idée d'un partenariat. L'information est considérée de manière positive comme faisant partie intégrante d'une bonne pratique professionnelle. Ainsi, il y a deux manières d'appréhender la question de l'information au patient, la première liant l'information à la constitution de la preuve dans le but de répondre à une éventuelle action en responsabilité, la seconde considérant l'information comme un moyen de permettre au patient de faire des choix en connaissance de cause indépendamment de tout contentieux éventuel. C'est l'approche défensive qui peut nuire à la relation médecin-patient: ainsi, la signature d'un écrit par le patient témoigne que la confiance ne règne pas entre le médecin et le patient. L'information qui devrait être un élément central dans cette relation de confiance et contribuer à la participation active du malade aux soins n'assure plus cette fonction. Il est *«impératif que l'information du patient, en tant qu'elle permet une prise de décision partagée, soit envisagée comme un élément d'une pratique médicale normale et non pas pensée comme un élément contentieux permettant de produire des arguments contre un patient qui se plaindrait de ne pas avoir été informé ou d'avoir été mal informé»*¹²⁰. Si le contexte juridique doit avoir une influence sur le rapport médecin-patient, elle doit être positive et non pas référée aux conséquences contentieuses de son éventuel

¹²⁰P. BIENVAULT, «les recommandations de L'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé pour l'information des patients», *Le Quotidien du Médecin*, n°6697, 28 avril 2000, p: 12

défaut.

La conception défensive de l'information est largement nourrie par certains auteurs qui portent un regard assez pessimiste sur l'évolution de la relation médecin-patient. Ainsi, pour N. GOMBAULT, directeur juridique du principal assureur des médecins, le Sou médical, si le patient devrait en théorie être gagnant après les décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, *«on peut en douter sérieusement [dans la mesure où] les magistrats sont allés trop loin en imposant au praticien d'informer le patient sur tout risque, quelle que soit sa fréquence. Il n'y a pas de risque zéro et même l'aspirine peut entraîner la mort. S'il faut détailler les risques, même dans la proportion d'une chance sur un million, on va créer des situations irréalistes, irréalisables et anxiogènes. Des malades vont être dissuadés de se soumettre à des examens ou des soins qui les sauveraient, d'autres vont être soumis à une plus forte anxiété qui pourra compromettre leurs chances de guérison»*¹²¹.

Cette inquiétude, nombreux sont les médecins qui l'éprouvent, et certains d'entre eux se font encore plus véhéments face à ce qu'ils qualifient de virage dramatique et fondamental dans l'exercice médical. Si la confiance du patient envers son médecin peut s'en trouver ébranlée, à l'inverse celle du praticien à l'égard de son patient peut compromettre des traitements indispensables: *«le contexte juridique qu'on a créé risque de dissuader le chirurgien de proposer un acte qui présente des risques s'il a l'impression d'avoir affaire à un malade à histoires. Il y a là un effet pervers qui peut être énorme. Et c'est le patient qui en est la principale victime»*¹²². Et même sans être confronté à un patient à «histoires», le médecin pourrait retenir une interprétation très large du principe de précaution¹²³. Ce nouveau concept se définit par l'obligation pesant sur le décideur de s'astreindre à une action ou de s'y refuser en fonction du risque possible. Ainsi, le médecin pourrait se réfugier derrière ce devoir de précaution pour se replier sur des pratiques médicales à l'abri de tout recours en responsabilité.

¹²¹Cité par C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 17

¹²²B. WINISDOERFFER, président de l'union collégiale des chirurgiens et spécialistes français cité par C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 17

¹²³Ce principe est entré dans le droit positif européen avec l'article 130 R du traité sur l'Union européenne et en droit français avec la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement

Selon certains médecins, les magistrats invitent les médecins à faire la liste de tous les éléments à risque pour laisser le malade décider seul. Il y aurait une terrible tentation pour le médecin de se décharger de ses responsabilités pour se comporter en «*vulgaire prestataire de services exécutant le contrat d'un client*» sans tenir compte de la «*spécificité de l'acte médical*»¹²⁴. Ce sombre tableau paraît en fait peu réaliste, tant il est difficile d'imaginer un médecin cynique énumérer une liste de risques et laisser le patient décider seul. Le médecin reste aux côtés du patient, le conseille et lui explique pourquoi malgré les risques exceptionnels qui existent, il a intérêt à subir tel ou tel acte médical.

Ce n'est certainement pas la fourniture d'un écrit qui risque de créer la défiance, mais bien le fait que le médecin exige que ce document soit signé par le patient: l'excès de formalisme nuit à la relation médecin-patient. Certaines fiches d'information ont pour but affiché d'être avant tout une modalité de preuve pour les médecins. Aussi comportent-elles une partie consacrée à l'expression de l'accord du patient, contribuant de ce fait même à faire de la fiche d'information moins un document destiné aux patients pour les aider à se faire une opinion qu'un document à l'usage des médecins leur permettant de prouver qu'ils se sont conformés à leur obligation. La signature de ce document est présentée comme obligatoire pour le patient, obligation fondée sur celle du médecin de faire la preuve qu'il a fourni l'information à son patient. Ainsi, une obligation professionnelle et déontologique est-elle transformée en prescription réglementaire, ce qui constitue une obligation pour le médecin devient une contrainte pour le patient.

¹²⁴C. SUREAU, président de l'Académie nationale de médecine, cité par C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 17

D'une part, comme il a déjà été souligné ces documents ne constituent pas une décharge de responsabilité. D'autre part, le présupposé d'une telle demande, c'est la crainte du médecin que le patient invoque par la suite un défaut d'information. Et le patient peut légitimement y déceler un signe de défiance du praticien, qui l'envisage comme un plaideur potentiel contre lequel il est nécessaire de préconstituer une preuve. Lier une pratique professionnelle quotidienne à la mise en place de modalités dont le but véritable est moins de fournir au patient des informations indispensables que de disposer de preuves adéquates en cas de litige semble problématique. Pour l'instant les modalités pratiques de l'information ne sont soumises à aucune contrainte, ni de la part des juges, ni de la part de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, même si le conseil scientifique de l'Agence a demandé qu'une réflexion soit entreprise sur les recommandations relatives à l'information qu'il serait judicieux que les médecins donnent au patient¹²⁵, cette initiative vise notamment à éviter que l'information ne se réduise à la remise d'un document que les médecins feraient signer par le patient.

Le choix des modalités pratiques de communication des informations au patient constitue un point important, ces modalités étant censées permettre au patient d'accéder de façon optimale à des informations se rapportant à leur situation. La situation dénoncée par B. GLORION, président du Conseil national de l'Ordre des médecins, ne doit pas se généraliser: il affirme que «*pour des raisons médico-légales, certains médecins écrivent des documents qu'ils font simplement signer à leurs malades. Il n'y a plus de dialogue*»¹²⁶. Dans le même esprit, dans son communiqué de presse consécutif aux arrêts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris du 05 janvier 2000, le Conseil d'Etat indique avoir voulu par ces décisions promouvoir les conditions d'un dialogue plus confiant et transparent entre les médecins et les patients, mais n'a pas entendu transformer l'obligation de recueillir le consentement éclairé des patients en une exigence d'information exhaustive dont les médecins pourraient s'acquitter en distribuant et en faisant signer des feuilles stéréotypées de description des risques.

N'envisager la question du rôle de l'information dans la relation du médecin avec le patient que sous l'angle de la responsabilité civile ou administrative est réducteur pour au moins deux

¹²⁵ Cette demande a d'ailleurs abouti à la rédaction d'un rapport: D. THOUVENIN (rapporteur), Information des patients-Recommandations destinées aux médecins, Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, mars 2000, 45 p.

¹²⁶ D. LESTRADE, «L'information, un droit fondamental des malades», *Le journal du sida*, n°116, mai-juin 1999, p: 27

raisons. Il semble difficile de conduire une pratique quotidienne en la fondant sur des règles dont la fonction est de dire à quelles conditions une personne est susceptible d'être déclarée responsable. Celles-ci n'ont à jouer que lorsqu'un patient estime avoir subi un préjudice du fait d'une absence d'information et cette hypothèse ne constitue pas le cas de figure normal de l'activité. En outre, construire des règles relatives à l'information médicale dans la seule perspective d'un procès éventuel contribuerait pour les médecins à ne voir les patients que comme de potentiels plaideurs dont il faut se prémunir. Au contraire, la relation entre le praticien et le patient doit être fondée sur une confiance réelle, à laquelle l'information est censée contribuer.

b. ...l'information est de nature à enrichir la relation médecin-patient

Le premier argument qui peut être avancé pour affirmer que le colloque restera singulier entre le médecin et le patient tient à la nature même de leur relation. Le médecin est en face d'un individu, il n'adopte pas une attitude uniforme mais l'adapte selon le patient qu'il a en face de lui. En effet, *«les paroles sont comme des médicaments: il faut adapter à chaque patient leur forme, leur dose, leur moment d'administration»*¹²⁷. Ainsi, le formulaire remis au patient et retourné signé n'est ni nécessaire, ni suffisant. Tous les patients ne sont pas égaux devant l'information et sa compréhension: les différentes situations médicales (maladie grave ou bénigne) et sociales (malade très éduqué ou malade ayant des difficultés de compréhension) ne pourront pas trouver leur solution dans un outil d'information unique.

Dans cet esprit, D. GILLOT, secrétaire d'Etat à la santé et à l'action sociale répond à ceux qui affirment *«pas d'écrit, pas de protection»* qu'elle ne croit pas *«que la signature d'un formulaire serait une bonne solution. Il faut vraiment éviter de sombrer dans la dérive de la judiciarisation à l'américaine»*. La réticence est la même au conseil national de l'ordre des médecins: *«l'information est par définition orale, explique le professeur B. GLORION. Nous ne sommes en aucune façon favorables à un échange de signature entre le médecin et le malade, un peu comme sur un acte notarié. Un document écrit fournirait au médecin la possibilité de s'exonérer à vil prix de son devoir d'information, lequel constitue une part essentielle du colloque singulier»*¹²⁸.

Comme il a été souligné la conception qu'ont les médecins de l'information peut être défensive dans le but de se prémunir contre un procès éventuel ou positive dans le but de mettre le patient en mesure de comprendre ce qui lui est proposé. En harmonie avec cette conception positive, la jurisprudence relative à l'obligation d'information médicale peut être considérée comme le signe de l'évolution des modalités de la relation médecin-patient. Elle traduit dans le droit la volonté de lutter contre *«l'impérialisme médical»* en rééquilibrant cette relation: il s'agit de mettre fin au *«paternalisme médical prévalant dans nos sociétés occidentales [qui] a longtemps maintenu le*

¹²⁷ B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement, Information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998, p: 63

¹²⁸ Cité par C. DELAHAYE, *«Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets»*, *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 18

patient dans un rapport de dominé à dominant»¹²⁹. Ainsi, l'accent est mis sur la liberté de décision de l'individu, même lorsqu'il est fragilisé par la maladie. «*Le climat passionnel qui entoure le débat est manifestement parasité par un enjeu de pouvoir des uns et des autres. Si l'on se situe dans le registre de la qualité relationnelle et du souci de la mettre au service d'un transfert de savoirs au profit des patients, nul doute que les aspirations légitimes de ces patients puissent être satisfaites, sans pour autant que les professionnels soient frustrés...sauf ceux pour qui le savoir est un outil de pouvoir sur les individus et non un outil du pouvoir de contribuer à la guérison des maladies*»¹³⁰.

Les juges tant administratif que civil ont redonné ces dernières années toute son importance à l'obligation d'information incombant au médecin. La prise de conscience de ce fait devrait conduire à former davantage les médecins à remplir correctement ce devoir. Ainsi, l'information, partie intégrante de l'exercice médical, devrait avoir une place réelle dans le cursus médical tant en formation initiale qu'en formation continue. D'ailleurs, «*l'obligation d'information permet de vérifier que le médecin sait de quoi il parle et maîtrise son sujet, et par la force des choses le contraint de se tenir à jour de l'évolution des techniques et des connaissances. Comment, en effet, informer complètement un patient sur les effets possibles d'une thérapeutique si on ignore le savoir acquis sur cette thérapeutique?*»¹³¹. On peut également espérer que la nécessité de délivrer une information loyale, claire et appropriée va provoquer une meilleure coordination, notamment en milieu hospitalier, entre les divers intervenants auprès du patient qui vont devoir apprendre à se mettre d'accord sur ce qui doit être dit au patient, sur la façon de le dire et sur la personne chargée de le faire.

Les exigences en matière d'information des patients loin de favoriser la dérive contentieuse à l'américaine que certains dénoncent est de nature à diminuer le nombre de procès. «*En effet, lorsqu'un accident médical survient, c'est souvent le silence pesant des médecins qui pousse les familles à intenter un procès, uniquement pour découvrir la vérité*» souligne maître F.

¹²⁹J-P. MARKUS, «La bonne attitude face à un refus de soins du patient», *Impact Médecin Hebdo*, n°449, 23 avril 1999, p: 92

¹³⁰E. DUSEHU, «Information: médecins et patients sont contraints de s'entendre», *Le Quotidien du Médecin*, n°6686, 12 avril 2000, p: 31

¹³¹V. HAÏ M, «De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet», *Recueil Dalloz 1997*, 17ème Cahier, 24 avril 1997, p: 125

THIRIEZ¹³². Ainsi, le médecin qui remplit correctement son devoir d'information n' a pas de raison de voir sa responsabilité engagée. Les conclusions du commissaire du gouvernement D. CHAUVAUX sur les arrêts Telle et Assistance publique-Hôpitaux de Paris confirment cette assertion dans la mesure où *«une fois posée par la jurisprudence, l'obligation d'informer tend d'ailleurs à être respectée par les médecins si bien que le patient ne peut pas exercer une action en responsabilité de ce chef»*.

Le recours à un écrit pour informer le patient en complément de l'information orale peut sans nuire à la relation médecin-patient constituer une preuve pour le médecin en cas de litige. En effet, l'écrit constitue dans ce cas un élément de l'information délivrée au patient. Cet écrit qui se présente sous la forme d'une fiche mais qui n'a à être pas signée par le patient contribue à l'information du patient et permet de conserver une trace de cette information en cas de contentieux. Le conseiller P. SARGOS, en relevant que l'écrit est la forme la plus sûre de la preuve de l'information, fait référence à ces fiches d'information que le praticien peut remettre à son patient en les accompagnant d'explications; il ajoute que la preuve de la remise de cette fiche est une question de pur fait qui n'implique pas la signature systématique par le patient. Ainsi ces documents semblent disposer d'une véritable légitimité aux yeux des juges.

C'est précisément pour répondre aux évolutions jurisprudentielles en matière d'obligation d'information médicale que des fiches d'information ont été réalisées par les sociétés savantes. Mais il importe de souligner que le médecin apprécie toujours, dans l'intérêt de son patient, l'opportunité d'une remise de ces fiches, et qu'il lui incombe, dans le cadre du dialogue singulier avec le malade, de les lui expliciter et de répondre à ses questions. L'objectif poursuivi doit avant tout servir l'intérêt du patient et non la satisfaction personnelle du médecin. Dans cette perspective, les fiches d'information apparaissent comme la traduction de la relation nouvelle qui s'établit entre le praticien et le patient: elles sont censées permettre un partage de la décision.

La pertinence du contenu de l'information s'apprécie de deux points de vue, subjectif et objectif. D'une part, en tant qu'elle s'adresse à un sujet particulier, à un individu, elle doit être adaptée à sa situation personnelle. Ainsi, elle doit concerner spécifiquement son état de santé et sa

¹³² «L'accès direct au dossier médical divise toujours médecins et malades», *Le Monde*, 4 avril 2000, p: 10

pathologie et cette information seul le praticien est capable de la délivrer et de préférence oralement. Mais l'information doit d'autre part s'appuyer sur des données fondées, dont le contenu objectif a été validé. C'est ce type d'information qui peut faire l'objet d'un document écrit. Il n'est cependant pas souhaitable que chaque praticien définisse sa ou ses propres fiches d'information. Il serait préférable que les médecins s'appuient sur des fiches destinées à l'information du patient établies par les sociétés savantes et validées par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé. Ces documents feraient état à la fois de l'objet de l'intervention, de la méthode suivie et des risques. Ils devraient servir de point d'appui pour un dialogue au cours duquel le praticien adapterait l'information au cas du patient. Ce type de documents d'information existent déjà et sont soit à l'attention des médecins, soit destinées aux patients. Il semble que ces fiches destinées aux patients présentent deux défauts majeurs: rédigées par des professionnels, elles ne sont pas toujours compréhensibles pour des personnes qui n'ont pas de connaissance médicale.

Dans la mesure où elles ont été créées par des sociétés savantes pour chaque domaine médical, elles sont rédigées dans un langage médical compréhensible pour des spécialistes, mais dans bon nombre de cas peu accessibles à des personnes non averties. Cela pose la question du recours à un langage savant alors que le document s'adresse à des personnes qui utilisent un langage courant. La nécessité d'une information claire implique pourtant des formulations compréhensibles de ceux à qui la fiche est destinée. Par exemple, que va comprendre la personne à qui on remet un document sur la «réalisation d'une ethmoï dectomie par voie endonasale», à qui il est dit «*qu'au cours de l'intervention, les sinus voisins (sinus frontal, sinus sphénoïdal) sont fréquemment délibérément ouverts*»¹³³. Il semble que les sociétés savantes dans leur souci de mettre au point des documents d'information se sont prioritairement préoccupées de la pertinence du contenu médical de ces fiches sans s'interroger sur le point de savoir si ces documents étaient ou non compréhensibles pour les patients. Il serait intéressant de faire valider les fiches d'information par des patients, que leur contenu soit construit en collaboration avec des patients pour vérifier que ceux à qui elles sont destinées les comprennent.

L'avant-projet de loi relatif à la modernisation du système de santé, tout en consacrant la jurisprudence se rapportant à l'obligation d'information médicale, précise que l'information due

¹³³Fiche relative aux informations médicales avant réalisation d'une ethmoï dectomie par voie endonasale rédigée sous l'égide du Collège français d'oto-rhino-laryngologie et de chirurgie de la face et du cou

par tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences est délivrée au cours d'un entretien individuel; ce qui va évidemment dans le sens d'un renforcement du colloque singulier.

CONCLUSION

Il a beaucoup été question dans les développements qui précèdent de l'avant projet de loi relatif à la modernisation du système de santé. L'ensemble du texte sera présenté en conseil des ministres au mois de septembre 2000 et le débat parlementaire pourrait commencer à la fin de cette année ou au début de 2001. Ce texte très attendu contient une série de dispositions relatives à l'obligation d'information médicale du patient consacrant la jurisprudence. Il est intéressant de souligner que dans ce domaine la jurisprudence a précédé la loi: les magistrats ont été plus sensibles aux évolutions de la société en matière de droits du patients que le législateur. Cependant, contrairement à ce qui est affirmé dans certains articles¹³⁴, le juge ne crée pas le droit, il ne fait que dire le droit. Force est de reconnaître que la contribution des deux ordres de juridiction dans le domaine de l'obligation d'information médicale est essentielle.

L'accès direct au dossier médical est certainement la mesure la plus marquante du futur texte de loi. Le texte dispose que toute personne «*a le droit de prendre connaissance de l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissement de santé, formalisées et ayant contribué à l'élaboration et au suivi du diagnostic et du traitement ou ayant fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels*»¹³⁵. Directement ou par l'intermédiaire d'un médecin désigné par ses soins, le patient pourra notamment avoir accès aux résultats d'examen, comptes rendu de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, aux protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en oeuvre, aux feuilles de surveillance et correspondance entre professionnels de santé. Le médecin ou le service hospitalier à qui s'adressera un patient pour accéder à son dossier médical devra donner suite dans les huit jours. Le texte prévoit une exception à cet accès direct concernant les personnes souffrant de troubles mentaux et hospitalisées sans leur consentement. Dans ce cas la consultation pourra être subordonnée à la

¹³⁴Voir par exemple cet extrait d'un article: «*dans un arrêt du 25 février 1997, la Cour de cassation allait plus loin et créait l'événement et le droit en astreignant le médecin à une obligation particulière d'information*» (C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 17)

¹³⁵B. KELLER, «Un renforcement important des droits des patients», *Le Quotidien du Médecin*, n°6742, 11 juillet 2000, p: 3

présence d'un médecin désigné par le demandeur¹³⁶.

Cette disposition, comme l'obligation d'information du médecin préalable au consentement éclairé du patient, participe du mouvement de reconnaissance des droits du patients. L'administration hospitalière n'échappe pas à l'évolution qui touche l'ensemble des services publics. L'administration affiche un souci de transparence, d'ouverture et d'accessibilité à l'égard de l'utilisateur.

Ces dernières années ont été marquées par un renforcement considérable de l'obligation d'information médicale. En effet, le juge est intervenu pour garantir les droits du patient, l'intérêt du patient étant le maître mot de la jurisprudence nouvelle. Cependant à la réalité de l'infériorité cognitive du patient ne s'est pas substituée une domination juridique au profit du malade. La relation médecin-patient est par essence inégalitaire. Le devoir d'information auquel est tenu le médecin a précisément pour finalité de réduire au maximum ce déséquilibre. Cette approche correspond à un modèle médical fondé sur l'autonomie du patient, centré sur l'information et le consentement aux soins. Le juge veille au respect des libertés individuelles du patient: chaque individu doit avoir la possibilité, le droit et la garantie de décider de ce qui est bon pour lui-même. La relation médicale se confond dès lors avec un partenariat entre le médecin et le patient éclairé qui conduit à une décision thérapeutique partagée. Cette évolution est d'autant plus souhaitable que la coopération entre médecin et patient semble conduire à de meilleurs résultats dans le traitement de la pathologie, l'information favorisant la participation active du malade qui n'est plus seulement sujet mais aussi acteur de soins.

Dans cet esprit, le devoir d'information peut être analysé positivement comme un moyen de repenser l'organisation des soins au sein des établissements de santé. L'information du patient doit être envisagée comme un élément d'une pratique médicale normale, comme un critère d'appréciation de la qualité des soins. Et remplir correctement l'obligation d'information constitue le meilleur moyen pour un médecin ou un hôpital d'éviter tout litige. Cet effort est d'autant plus souhaitable que: «en 1996, le *Bulletin du Conseil national de l'Ordre des médecins* précisait que le défaut d'information est la cause dans plus de la moitié des cas de procédures engagées contre les médecins»¹³⁷.

¹³⁶P. BENKIMOUN, I. MANDRAUD, «Le gouvernement rend les derniers arbitrages pour démocratiser le système de santé», *Le Monde*, 06 juillet 2000

¹³⁷H. HUGUES, «Devoir d'information et consentement éclairé: évolution de la jurisprudence ou du Sanaa MARZOUG – Mémoire de l'École Nationale de la Santé Publique - 2000

Toute la réflexion a porté sur l'obligation juridique d'information pesant sur le médecin. Ce devoir se heurte cependant à des difficultés tenant à l'impossibilité de savoir avec certitude si le patient a bien compris l'information. En outre, le praticien tout en informant ne doit pas dissuader le patient de recourir à des soins nécessaires. La qualité de l'information délivrée par le praticien tient donc beaucoup au patient. Si ce dernier ne remplit pas ses devoirs, il peut nuire à l'information médicale.

Ce qui se joue dans l'information, c'est dire que, malgré la dépendance et la précarité dans lesquelles le place la maladie, le patient demeure sujet autonome capable de formuler ses exigences vis-à-vis des médecins. Mais si un devoir d'information incombe à ces derniers, les patients sont également tenus à certaines obligations. En effet, il ne faut pas perdre de vue que si le patient a des droits, et notamment le droit à l'information, il a également certains devoirs qu'il ne peut omettre à l'égard du médecin. Ainsi, il a le devoir d'informer complètement et honnêtement le praticien sur tout élément relatif à la maladie. Il doit aussi coopérer de façon positive au traitement entrepris. La finalité n'est évidemment pas la même. Si l'information médicale permet au patient d'accepter l'acte ou l'investigation en toute connaissance de cause, ce sont les renseignements fournis par le patient qui conduisent le praticien à poser tel ou tel diagnostic, à préconiser tel ou tel intervention. Encore une fois, la conclusion suivante s'impose: la relation médecin-patient doit donc être un véritable dialogue.

consentement autonomie au consentement négociation», *Revue française du dommage corporel*, Tome 24, n°4, 1998, p: 487

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

P. BICLET, C. JONAS, B. SEVESTRE, Aspect juridique de la pratique médicale, Doin Editeurs, 1996, 199 p.

G. BOUDET, M. HAMON, J-M. SEVERIN, Le dossier médical, droit à l'information et secret, Editions ESF, 1985, 126 p.

J-M. CLEMENT, C. CLEMENT, Les principales décisions de la jurisprudence hospitalière, Berger-Levrault, 1995, 269 p.

J-M. CLEMENT, L'hôpital, environnement, organisation, gestion, Berger-Levrault, 1983, 398 p.

J-M. CLEMENT, Memento de droit hospitalier, Berger-Levrault, 1996, 251 p.

A. DECCACHE, E. LAVENDHOMME, Information et éducation du patient: des fondements aux méthodes, De Boeck-Wesmael, 1989, 239 p.

A-M. DUGUET, La faute médicale à l'hôpital, Berger-Levrault, 1994, 193 p.

S. GROMB et A. GARAY (sous la direction de), Consentement éclairé et transfusion sanguine aspect juridique et éthique, éditions ENSP, 1996, 256 p.

B. HOERNI, R. SAURY, Le consentement, Information, autonomie et décision en médecine, Masson, 1998, 156 p.

P. JEAN, La charte du patient hospitalisé, Berger-Levrault, Collection «H», 1996, 237 p.

D. NICOLLE, J-P. CANARELLI, P. VIGOUROUX, M-B. LEROUX-LEPAGE, E. MIGNO, J. PENNEAU, G. PONTIGNY, M-J. BILLOT, A. ROGIER, J-C. BROUTIN, La responsabilité médicale et le devoir d'information du patient, édité par le C.H.U. d'Amiens, 1999, 105 p.

F-J. PANSIER, A. GARAY, Le médecin, le patient et le droit, éditions ENSP, 1999, 221 p.

F. PONCHON, Les droits des patients à l'hôpital, Que sais-je, Paris, PUF, décembre 1999, 127 p.

D. TABUTEAU, Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, Berger-Levrault, 1995, 210 p.

THÈSES, MÉMOIRES ET RAPPORTS

L. BERNARD, L'information du malade hospitalisé, Mémoire ENSP filière directeur d'hôpital, 1990, 103 p.

C. CABANAC, Pourquoi et comment améliorer l'information du malade mental, Mémoire ENSP filière directeur d'hôpital, 1996, 67 p.

L. DAUBECH, Le statut de l'usager du service public hospitalier, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, 523 p.

C. EVIN (rapporteur), Rapport du conseil économique et social, Les droits de la personne malade, juin 1996, JO n°16 du 18 juin 1996, 194 p.

A. FAGOT-LARGEAULT, H. ATLAN, J-F. COLLANGE (rapporteurs), Rapport du comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soins ou de recherche, septembre 1998, 29 p.

P. MICHEL, Des spécificités de l'information du malade adulte hospitalisé en raison de troubles mentaux à travers l'exemple du Centre hospitalier spécialisé de Rennes, Mémoire ENSP filière directeur d'hôpital, 1992, 100 p.

D. THOUVENIN (rapporteur), Information des patients-Recommandations destinées aux médecins, Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, mars 2000, 45 p.

Rapport public du Conseil d'Etat 1998, Réflexions sur le droit de la santé, Etudes et documents n°49, La Documentation française, 1998, 509 p.

ARTICLES

J-P. ALMERAS, «L'information du patient avant une intervention», *Le concours médical*, n°121-04, 30 janvier 1999, p: 276-278

J-P. ALMERAS, «Responsabilité médicale: la preuve de l'information du patient», *Le concours médical*, n°119-28, 20 septembre 1997, p: 2099-2101

F. ALT-MAES, «L'information médicale du patient, au coeur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle», *Revue de droit sanitaire et social*, n°3, juillet-septembre 1994, p: 381-398

P. BENKIMOUN, «Projet de décret pour la déclaration obligatoire d'infections acquises lors d'une hospitalisation. Les associations réclament l'information des patients», *Le Monde*, 25 juillet 2000, p: 7

P. BENKIMOUN et I. MANDRAUD, «Le gouvernement rend les derniers arbitrages pour démocratiser le système de santé», *Le Monde*, 06 juillet 2000, p: 10

F. BERGERON, «Le devoir d'information s'étend aussi aux modalités de prise en charge des soins», *Le Quotidien du médecin*, n°6699, 3 mai 2000, p: 33

P. BESNARD, «Accueillir et informer à l'hôpital. Le devoir d'information du patient», *Gestions Hospitalières*, n°394, mars 2000, p: 209-214

P. BESNARD, «Un devoir d'informer le patient», *Gestions Hospitalières*, n°364, mars 1997, p: 229-232

I. BESSIERES-ROQUES, «Le défaut d'information au travers de deux décisions des ordres administratif et judiciaire», *Revue française du dommage corporel*, Tome 24, n°4, 1998, p: 495-496

P. BIENVAULT, «Les recommandations de l'ANAES pour l'information des patients», *Le Quotidien du Médecin*, n°6697, 28 avril 2000, p: 12

P. BIENVAULT, «L'Ordre est favorable à un accès direct au dossier médical avec «quelques exceptions»», *Le Quotidien du Médecin*, n°6668, 17 mars 2000, p: 15

P. BIENVAULT, «Les associations interpellent Jospin sur les droits des malades», *Le Quotidien du Médecin*, n°6667, 16 mars 2000, p: 24-25

P. BIENVAULT, «Dominique Gillot affirme que le texte sur les droits des malades reste une priorité», *Le Quotidien du Médecin*, n°6666, 15 mars 2000, p: 46

D. BONIVEAU, «Responsabilité en médecine générale: ce qu'il faut savoir», *Le Quotidien du médecin*, n°6255, 1er avril 1998, p: 24

A-M. CASTERET, «Malades: le dossier médical bientôt accessible?», *L'express*, 27 janvier 2000, p: 40-41

M. CAUSSIN-ZANTE et L. ACCAD, «Les nouveaux contours de l'obligation d'information du médecin», *Le Quotidien du Médecin*, n°6379, 16 novembre 1998, p: 36-37

M. CAUSSIN-ZANTE et L. ACCAD, «Responsabilité: l'obligation de résultat de sécurité confirmée», *Le Quotidien du Médecin*, n°6305, 18 juin 1998, p: 28

S. CHEROUTRE-BONNEAU, «Les nouveaux droits des patients», *Gestions hospitalières*, n°364, mars 1997, p: 173-176

N. COLLIGNON, «Information du patient et responsabilité», *Gestions Hospitalières*, n°393, février 2000, p: 145-146

C. DELAHAYE, «Devoir d'information du patient: pourquoi les médecins sont inquiets», *Le Quotidien du Médecin*, n°6623, 14 janvier 2000, p: 17-18

P. DESCHANDOL, «Le patient, entre citoyen et usager», *Décision santé*, n°135, 15-31 octobre 1998, p: 15-23

R. DUCLOS, «L'urgence face à l'information», *Jurisanté*, n°29, avril 2000, p: 23-24

R. DUCLOS, «La mise en place de la commission de conciliation dans les établissements de santé», *Gestions Hospitalières*, n°388, août-septembre 1999, p: 492-500

M. DURAFFOURG, «Les droits de la personne hospitalisée», *Hospitalisation privée*, juillet 1998, p: 14-16

M. DURAND-ZALESKI et D. JOLLY, «L'évolution de l'information entre médecin et patient», *Jurisanté*, n°26, juin 1999, p: 8-10

E. DUSEHU, «Information: médecins et patients sont contraints de s'entendre», *Le Quotidien du Médecin*, n°6686, 12 avril 2000, p: 31

S. ERKMAN, «Journalistes scientifiques sous influence», *Le Monde diplomatique*, octobre 1996, p: 32

J-C. ESCOLIER, P. GOMINET, M-F. PATRIS, J-C. PENOCHET, «Enquête sur la loi du 27 juin 1990 auprès des psychiatres des hôpitaux», *L'information psychiatrique*, n°6, juin 1992

P. FAUGEROLAS, «Affaires juridiques: le devoir d'information à l'égard du patient et la charge de la preuve», *Revue Hospitalière de France*, n°4, juillet-août 1998, p: 414-418

J. FAURE, «Le patient citoyen», *Le journal du sida*, n°111, décembre 1998, p: 8-10

P. FLAVIN, «Renforcement de l'obligation d'information du patient devant les juridictions administratives», *Revue Hospitalière de France*, n°1, janvier-février 2000, p: 62-66

P. FLAVIN, «Commission de conciliation: pour une nouvelle pratique de la gestion des réclamations», *Revue hospitalière de France-Journal d'information de la SHAM*, n°2, mars-avril 1999, p: 1-2

P. FOMBEUR, «Le contenu et la preuve de l'information donnée aux patients à l'hôpital public», *L'entreprise médicale*, n°198, 14 février 2000, p: 6-8

M. FUKS, «L'information du patient: comment concilier droit à l'information et devoir d'informer?», *L'infirmière magazine*, n°143, novembre 1999, p: 37-39

K. GENET, «Information du patient. La Cour administrative d'appel de Paris met à la charge de l'hôpital public la preuve de cette information», *Jurisanté*, n°23, octobre 1998, p: 18-19

M. GERBE, «L'information dispensée au malade», *Gestions hospitalières*, n°324, mars 1993, p: 222-224

G. GIORGI, «Le citoyen responsable de sa propre santé», *Gestions Hospitalières*, n°388, août-septembre 1999, p: 468-471

N. GOMBAULT, «Un défaut d'information n'entraîne pas de façon systématique la responsabilité du praticien», *Revue française du dommage corporel*, Tome 24, n°4, 1998, p: 491-494

J. GUIGUE, «A propos de la poursuite d'un médecin pour ne pas avoir convaincu sa patiente des dangers de l'acte médical qu'elle demandait», *L'entreprise médicale*, n°202, 19 juin 2000, p: 11-12

V. HAÏ M, «De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet», *Recueil Dalloz 1997*, 17ème Cahier, 24 avril 1997, p: 125-129

M. HARICHAUX, «La preuve de l'information médicale», *Revue de droit sanitaire et social*, n°1, janvier-mars 1998, p: 68-76

S. HASENDAHL, «La FHF lance un questionnaire d'évaluation de l'activité des établissements», *Le Quotidien du Médecin*, n°6698, 2 mai 2000, p: 6

E. HIRSCH, «Enjeux éthiques et responsabilité d'informer», *Jurisanté*, n°26, juin 1999, p: 4-7

E. HIRSCH, «Partager une exigence d'information», *Le journal du sida*, n°116, mai-juin 1999, p: 3

E. HIRSCH, «Exigences éthiques et information médicale», *Le concours médical*, n°121-16, 24 avril 1999, p: 1265-1269

B. HOERNI, S. BRETON, «Accueillir et informer à l'hôpital. Information et consentement: les aspects déontologiques», *Gestions Hospitalières*, n°394, mars 2000, p: 239-243

H. HUGUES, «Devoir d'information et consentement éclairé: évolution de la jurisprudence ou du consentement autonomie au consentement négociation», *Revue française du dommage corporel*, Tome 24, n°4, 1998, p: 485-490

A. JACOB, L. PAZART, E. DEVILLIERS, «Accueillir et informer à l'hôpital. Prise en compte des attentes d'information du patient», *Gestions Hospitalières*, n°394, mars 2000, p: 180-187

C. JONAS, «Les «usagers» de la psychiatrie. Consentement et information du malade mental», *Pratiques en santé mentale: revue pratique de psychologie de la vie sociale et d'hygiène mentale*, Tome 44, n°4, 1998, p: 29-31

B. KELLER, «Un renforcement important des droits des patients», *Le Quotidien du Médecin*, n°6742, 11 juillet 2000, p: 3-4

Y. LACHAUD, L. AVELINE, «La responsabilité médicale pour défaut d'information», *Gazette du Palais*, 17 juin 1999, p: 4-8

F. LECLERCQ, «L'information et le consentement des patients à l'hôpital», *Gestions Hospitalières*, n°364, mars 1997, p: 177-182

A. LEHMANN, «L'information des patients», *Actualité et dossier en santé publique*, n°25, décembre 1998, p: 47-48

E. LOQUIN, «La mise en danger et l'information du malade sur les risques encourus», *Revue générale de droit médical*, n°2, 1999, p: 165-175

J. MARASCHIN, «L'information, un droit fondamental des malades», *Le journal du sida*, n°116, mai-juin 1999, p: 27-28

A. MARIE, «Près de 60% des médecins contre l'accès du patient à son dossier médical», *Le Quotidien du Médecin*, n°6666, 15 mars 2000, p: 45

J-P. MARKUS, «La bonne attitude face à un refus de soins du patient», *Impact Médecin Hebdo*, n°449, 23 avril 1999, p: 92-93

J-P. MARKUS, «Il faut toujours rechercher le consentement du patient», *Impact Médecin Hebdo*, n°446, 5 avril 1999, p: 116-117

J-P. MARKUS, «Le respect du secret médical en milieu hospitalier public ou privé», *Impact Médecin Hebdo*, n°419, 11 septembre 1998, p: 100-101

J. MARTIN, «Le partenariat patient-médecin, de plus en plus nécessaire», *Santé publique*, n°3, 1994, p: 301-308

J. MASSION, «Repères éthiques pour les droits des patients au niveau européen», *Hospital*, février 2000, p: 11-13

J-M. MOLINS, «L'information avant toute opération», *MNH Revue*, n°128, mai 2000, p: 42-43

J. MOREAU, «Responsabilité publique hospitalière», *JCP*, II 10 271, n°11, 15 mars 2000, p: 480

A. MYKLEBUST, «Les droits des patients dans les réformes de 1999 en Norvège», *Hospital*, février 2000, p: 16

J-Y NAU, «La Cour de cassation affirme l'obligation d'information due aux malades», *Le Monde*, 23 août 2000, p: 7

J-Y NAU, «Risque médical et devoir d'informer», *Le Monde*, 20 janvier 2000, p: 15

J-Y. NAU, «La nécessité thérapeutique prime l'information du malade», *La Revue du praticien-Médecine générale*, Tome 12, n°434, 19 octobre 1998, p: 6

C. OUDRY, «La commission de conciliation», *L'entreprise médicale*, n°183, 10 mai 1999, p: 11-12

J. PENNEAU, «L'obligation d'information du patient», *Hospitalisation privée*, juillet-août 1998, p: 17-20

D. PHANUEL, «Accueillir et informer à l'hôpital. Utilisation de la chaîne relationnelle. La charte de l'accueil du centre hospitalier de Bourges», *Gestions Hospitalières*, n°394, mars 2000, p: 194-200

S. PRIEUR, «Précisions sur les obligations de sécurité et d'information du médecin», *Petites affiches*, n°245, 9 décembre 1999, p: 9-18

M. RAIKOVIC, «Gestion et prévention des plaintes», *Décision santé*, n°157, 15-29 février 2000, p: 26-29

M. RAIKOVIC, «L'hôpital public en quête d'auteurs», *Décision santé*, n°153, 15-30 novembre 1999, p: 11-13

J. RIONDET, «Information des patients: recommandations destinées aux médecins», *Gestions Hospitalières*, juin-juillet 2000, p: 433-434

P.ROY, «Devoir d'information: les limites de la responsabilité du praticien», *le Quotidien du Médecin*, n°6742, 11 juillet 2000, p: 14

P. SAFFAR, «L'information du malade en chirurgie de la main», *Hospitalisation privée*, juillet-août 1998, p: 14-22

P. SARGOS, «Accueillir et informer à l'hôpital. La jurisprudence judiciaire relative à l'information du patient, au consentement et au refus des soins», *Gestions Hospitalières*, n°394, mars 2000, p: 231-237

P. SARGOS, «L'obligation d'informer le patient», *Petites affiches*, n°189, 22 septembre 1999, p: 9-14

P. SARGOS, «Information et consentement du patient», *Bulletin de l'Ordre des Médecins*, n°1, janvier 1999, p: 10-12

- P. SARGOS, «Obligations d'information et risques graves», *Médecine et Droit*, n°33, 1998, p: 14-16
- P. SARGOS, «Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient», *Médecine et droit, Information éthique et juridique du praticien*, n°27, novembre-décembre 1997, p: 1-3
- J. SAUQUET, E. GOLDSTEIN, «Consentement et information du patient», *La médecine hospitalière*, n°2, juin 1996, p: 10-14
- J-P. SEGADE, «Le citoyen responsable de sa santé. La nouvelle donne du consentement», *Gestions hospitalières*, n°388, août-septembre 1999, p: 472-474
- C. SEGOUIN, «Les formations à la communication: une réponse aux besoins exprimés par les patients», *Journal international de bioéthique*, Vol. 9, n°3, 1998, p: 131-137
- D. SICARD, «Responsabilité médicale...», *Gamm Infos- Lettre de formation pour la prévention du risque*, n°10, octobre 1999, p: 1
- C. SICOT, «L'information, sans peine, du malade», *L'internat de Paris*, octobre 1998, p: 31-32
- C. SICOT, «L'information du malade», *Le concours médical*, n°119-33, 25 octobre 1997, p: 2514-2515
- E. STROESSER, «Associations d'usagers de l'hôpital: Pourquoi siéger au conseil d'administration?», *Actualités sociales hebdomadaires*, n°2013, 7 mars 1997, p: 25-26
- O. SWINGEDAU, «Le patient, cet inconnu...», *Hospital*, février 2000, p: 6-7
- J. VILANOVA, «Point sur le devoir d'information du médecin envers son malade», *La Revue du praticien-Médecine générale*, Tome 12, n°433, 12 octobre 1998, p: 47-48

ANNEXES

(non fournies par l'auteur)

1. Arrêts du Conseil d'Etat:

- CE, 05 janvier 2000, M. T., n°181899
- CE, 05 janvier 2000, Assistance Publique-Hôpitaux de Paris

2. Article:

- S. MARZOUG, «Information des malades à l'hôpital», *Entreprise Santé*, n°28, juillet-août 2000, p: 10-11