

# Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps

## Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation

Gilles GENICOT

*Maître de conférences à l'Université de Liège  
Avocat au barreau de Liège*

### Introduction

1. Il est banal de souligner la place désormais centrale qu'occupe la notion de consentement éclairé (*informed consent*) dans la réflexion juridique et éthique portant sur l'activité (bio)médicale – sous ses aspects diagnostiques, curatifs, de recherche et d'accompagnement de malades chroniques ou en fin de vie – et d'insister sur l'indéniable progrès qui résulte de la mise au premier plan de ce paradigme, s'agissant d'équilibrer une relation de soins par nature asymétrique et de préserver l'autonomie décisionnelle de la personne et sa maîtrise corporelle. Depuis de longues années, de multiples analyses témoignent de cette évolution marquante<sup>1</sup>, laquelle a conduit à explorer la valeur, le sens et la portée de la notion même de consentement, spécialement lorsque la logique d'autodétermination qu'elle sous-tend doit être confrontée aux impératifs de la recherche<sup>2</sup>.

---

1 Voy. not. l'article précurseur et abondamment référencé de I. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.682. Sous l'angle anthropologique (décryptage des pratiques à l'œuvre quant à la (non-) délivrance mutuelle des informations dans le cadre de la médecine hospitalière), voy. S. FAINZANG, *La relation médecins-malades : information et mensonge*, coll. Ethnologies, Paris, PUF, 2006.

2 La question du consentement éclairé est en effet bien entendu centrale en bioéthique; voy. les avis du Comité consultatif de bioéthique n° 50 du 9 mai 2011 concernant certains aspects éthiques des modifications apportées par la loi du 25 février 2007 à la loi du 13 juin 1986 relative au prélèvement et à la transplantation d'organes, et n° 54 du 10 décembre 2012 relatif au consentement au prélèvement *post mortem* de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique (<http://www.health.fgov.be/bioeth>). Pour une interrogation « sur les conditions historiques et culturelles qui ont présidé à la naissance (du) concept de consentement libre et éclairé », visant notamment à répondre à l'intrigante question « n'est-ce pas au moment même où la personne humaine se trouverait devant le risque réel et concret de se voir transformer en marchandise ou en matériau biologique, qu'on lui accorderait la compensation *imaginaires* de se croire autonome dans ses pratiques sociales? » (p. 8), voy. J.-P. CAVERNI et R. GORI (dir.), *Le consentement. Droit nouveau du patient ou imposture ?*, coll.

Pour reprendre les termes d'un arrêt essentiel de notre Cour de cassation, il est aujourd'hui pleinement acquis – en droit, sinon toujours en fait... – que le médecin qui accomplit sans le consentement libre et éclairé du patient un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique de celui-ci commet un acte illicite, que l'obligation qui s'impose à lui de recueillir ce consentement, qui suppose qu'il donne au patient une information suffisante, est étrangère au contrat qui lie les parties, que le consentement libre et éclairé du patient est de nature à justifier un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif ou préventif d'ordre thérapeutique, et « que l'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention »<sup>3</sup>.

Le consentement du patient est ainsi – il est à peine besoin de le rappeler – la principale condition de licéité de toute intervention médicale, ce qui s'explique non pas tant par le schéma supposément contractuel dans lequel celle-ci s'inscrit<sup>4</sup>, ni d'ailleurs parce que la loi l'impose formellement depuis 2002<sup>5</sup>, mais par l'exigence fondamentale de *protection de son intégrité physique*. Ce consentement n'a de sens et de portée effective que s'il est précédé d'une information complète – ou, plus précisément, conforme aux souhaits du patient, qui peut accepter de consentir en n'étant pas pleinement informé, dès lors que cela procède d'un choix conscient de sa part. L'information n'est, en ce sens, pas une exigence abstraite et désincarnée, mais *finalisée* en considération du consentement valable et exprès qu'elle vise à rendre pleinement possible. Elle est l'indispensable corollaire de ce consentement, valeur cardinale au cœur de la relation de soins et pilier de sa légitimité<sup>6</sup>. Ces principes sont affirmés avec force

---

Champs Libres, Paris, In Press, 2005. Pour un essai engagé, lucide et éclairé disséquant la notion même de consentement et confrontant ses « paradoxes » aux paradigmes du paternalisme et de l'autonomie, voy. M. MARZANO, *Je consens, donc je suis... Éthique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2006.

3 Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, n° 705, concl. de M. le procureur général DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. de M. le procureur général DU JARDIN, note C. TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART; R.O. DALCQ, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488.

4 Schéma aujourd'hui mis en doute (voy. not. M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, coll. Thèses, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2008, qui propose « une rénovation du cadre juridique [...] au profit d'un modèle institutionnel »), mais qui conserve ses farouches partisans : voy. G. MÉMETEAU, « La querelle du contrat médical en droit français actuel », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, n° 5, à paraître.

5 Belgique : loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ; France : loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

6 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 128 ; nous nous permettons de renvoyer aux pages 125 à 185 pour une présentation de l'information et du consentement en droit (bio) médical belge (*adde* la bibliographie citée pp. 125-127). Pour une synthèse actuelle, voy. C. LEMMENS,

et constance, sur le plan tant normatif que jurisprudentiel, et les présentations doctrinales ne manquent pas<sup>7</sup>.

2. Le droit des obligations peut du reste être utilement mis à profit à cet égard, du moins à supposer que l'on admette que le contrat médical, son contenu fût-il en grande partie dicté par les impératifs qu'y insuffle la théorie des droits de la personnalité, reste bel et bien un contrat. S'y rencontrent, pour reprendre une formule célèbre, la conscience de l'homme de l'art et la confiance du malade vulnérable, lequel peut être vu comme le consommateur de services de santé<sup>8</sup> que le professionnel n'est pas autorisé à lui administrer contre son gré. On se souviendra alors que la principale justification juridique permettant d'expliquer que les contractants se doivent mutuellement, en amont (et au cours) de la convention, un éclairage le plus ample possible, est l'exigence de *bonne foi* au stade (pré)contractuel. Ce puissant dogme prônant le plus grand équilibre possible entre partenaires contractuels, et visant à éviter que l'un d'eux surprenne l'autre ou déjoue ses prévisions, est exploré par une doctrine nourrie<sup>9</sup>; il s'agit

---

*Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 93-116, n<sup>os</sup> 125-153.

7 Voy. not., en doctrine belge récente, J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in E. THIRY (coord.), *Actualités de droit médical*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51-97; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2008, pp. 25-82; E. DELBEKE, « De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep : draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskennen », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, pp. 355-369; R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De *informed consent*-vereiste als raakpunt », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 430-457; W. DIJKHOFFZ, « Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, pp. 104-124; T. GOFFIN, « Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1306-1317.

8 Voy. not. sur ce point la thèse de G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, coll. Thèses, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2009, qui conclut que cette influence est nettement plus limitée qu'il y paraît de prime abord, notamment précisément dans le domaine phare de l'obligation d'information, où elle pourrait sembler à son apogée (voy. pp. 80-140) : le devoir d'information pesant sur le professionnel en droit de la consommation n'est pas un concept propre à ce droit dès lors qu'il innerve d'autres aspects de la théorie juridique et particulièrement de la théorie générale des obligations; l'auteur distingue l'information promotionnelle à visée publicitaire, où l'influence consumériste se ressent, et l'information non promotionnelle à visée substantielle, où les divergences apparaissent plus nettement s'agissant de la *nature* et de l'*étendue* de l'obligation médicale d'information (pp. 107-128).

9 Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 168-185, n<sup>os</sup> 93-104 (qui range la bonne foi parmi les « principes fondamentaux du régime contractuel », à l'instar des principes de l'autonomie des volontés, du consensualisme et de la convention-loi); P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 123-130, n<sup>os</sup> 111-118, à propos de l'exécution de bonne foi, également qualifiée de principe général du droit des obligations contractuelles; Fr. GLANSDORFF (dir.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc. Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », pp. 7-50 (panorama très complet des obligations d'information).

à l'évidence d'un cadre général applicable également à la relation médicale, qui ne déroge nullement – sur ce point – au droit commun des contrats.

Ce cadrage inscrit le contrat médical dans l'orbite civiliste où, pour être valable, le consentement à une convention doit être donné *en pleine connaissance de cause* (art. 1108 et 1109 C. civ.), ce qui suppose que les cocontractants se fournissent mutuellement *une information préalable complète et claire sur les éléments du contrat*, sur ce qu'ils proposent et sur ce qu'ils attendent l'un de l'autre. À défaut, ils risquent de consentir sans avoir à l'esprit tous les enjeux du débat, auquel cas leur consentement pourrait être imparfait, voire vicié. Cette obligation d'information pèse sur les deux cocontractants; si l'une des parties parvient à établir que l'autre lui a sciemment caché certains éléments qui auraient été de nature à orienter sa décision, elle pourra invoquer le dol de son cocontractant; on pense ici, davantage qu'à une annulation *ex tunc* du contrat pour dol principal, à l'allocation de dommages et intérêts pour dol incident. Rien n'interdit, en dépit des particularités manifestes du droit médical, de se référer incidemment à la théorie classique des vices du consentement<sup>10</sup>, bien que l'obligation d'information, vaste et complexe, s'y présente évidemment sous un jour très particulier.

3. Sous le bénéfice du rappel de ces principes, il apparaît dès lors quelque peu paradoxal que les réflexions peinent à progresser quant à la *sanction* d'une méconnaissance de ce devoir cardinal d'informer le malade et de recueillir son assentiment plein et entier avant de lui administrer un quelconque traitement ou de le soumettre à une intervention chirurgicale. La question, rarement abordée en doctrine et trop promptement évacuée en jurisprudence, est d'importance<sup>11</sup>. En présence de séquelles corporelles conservées par le patient à l'issue de l'acte, elle se distingue de celle, beaucoup plus classique, de savoir si celles-ci

---

<sup>10</sup> De laquelle il convient de rapprocher la théorie de la *culpa in contrahendo* qui sanctionne, par une responsabilité quasi délictuelle, les fautes commises avant que le contrat ne soit conclu; sur « les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles » (sanctions d'un vice dans la formation du contrat et responsabilité précontractuelle), voy. P. WÉRY, *ibid.*, pp. 288-330, n<sup>os</sup> 317-372; sur la responsabilité précontractuelle et la *culpa in contrahendo*, voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, *ibid.*, pp. 517-538, n<sup>os</sup> 335-349.

<sup>11</sup> Pour un exposé de la doctrine et de la jurisprudence belges « classiques », voy. J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *op. cit.*, pp. 87-97; E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », in Y.-H. LELEU (dir.), *Droit médical*, coll. CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, (p. 227) pp. 247-265. Dans son ouvrage de référence paru en 1995, le professeur Nys conclut que « la large interprétation qui est donnée au consentement présumé et la lourde charge de la preuve qui pèse sur le patient lorsqu'il reproche au médecin de ne lui avoir donné aucune information ou une information insuffisante et de ne pas lui avoir demandé son consentement peuvent avoir comme conséquence que le droit d'information et le droit au consentement du patient sont restés lettres mortes » (H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, pp. 128-131, n<sup>os</sup> 320-325, ici p. 131, n<sup>o</sup> 325). Le constat demeure actuel, voy. E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », R.G.D.C., 2011, (p. 422) pp. 440-441.

peuvent être imputées à une faute « technique » du praticien. Il ne s'agit pas ici d'identifier la cause *matérielle* d'un dommage physique mais, *en amont*, de sanctionner la violation par l'homme de l'art de ce qui est sans doute son principal « devoir d'humanisme »<sup>12</sup> ou « de confiance »<sup>13</sup> : ne poser aucun acte médical sans avoir obtenu le consentement « nécessaire à la licéité » de celui-ci, puisque cet acte, quel qu'il soit et fût-il couronné de succès sur le plan corporel, porte par nature « atteinte à l'intégrité physique » du malade, soit à un droit de la personnalité dont toute personne jouit<sup>14</sup>.

Nous n'évoquerons pas ici la question de la faute d'information comme telle, qui renvoie au *contenu* de l'information légalement requise, et en particulier à son intensité en ce qui concerne les « effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient », pour reprendre les termes de l'article 8, § 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, autrement dit les risques *significatifs*. Cette question paraît aujourd'hui bien balisée<sup>15</sup>. Qu'il suffise d'insister sur ce que la jurisprudence de la Cour de cassation s'est récemment fixée en ce sens que « sauf en cas d'urgence, d'impossibilité d'informer ou de refus d'être informé, un médecin diligent fournit au patient de manière préalable et claire les renseignements requis pour pouvoir consentir de manière éclairée à l'intervention médicale prévue. *La circonstance qu'un risque important et connu par un médecin normalement prudent et diligent lié à l'intervention ne se réalise que dans des cas exceptionnels ne dispense pas le médecin diligent du devoir de porter ce risque à la connaissance du patient.* Ni l'importance des symptômes du patient ni la circonstance que d'autres interventions effectuées antérieurement n'avaient pas engendré de résultat ne dispensent le médecin diligent de son devoir d'information. »<sup>16</sup>

12 F. VIALLA, « La faute d'humanisme », in *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, colloque Université Montesquieu-Bordeaux IV, R.G.D.M., numéro spécial 2013, pp. 61-81.

13 J.-L. FAGNART, « Aspects actuels de la responsabilité médicale », in *Droit et médecine*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 11, 1996, pp. 256-264.

14 Cass., 14 décembre 2001, précité (note 3).

15 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 159-172 sur le contenu de l'information requise et pp. 363-370 sur la faute déduite d'un manquement à cette obligation ; et les références citées *supra*, note 7. Pour un cas où la faute d'information ne fut pas retenue, compte tenu des circonstances et notamment de l'attitude de la patiente, voy. Anvers, 10 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 29.

16 Cass., 26 juin 2009, *Pas.*, n° 440, *Nj.W.*, 2009, p. 812, note I. BOONE, *R.W.*, 2009-2010, p. 1522, note H. NYS, *R.G.D.C.*, 2012, p. 313, note R. D'HAESE. L'arrêt attaqué est censuré pour avoir considéré que, dans les circonstances relevées, il ne pouvait être reproché aux médecins de n'avoir pas informé le patient d'un risque extrêmement rare, d'autant plus que les symptômes de ce patient étaient importants et que les autres techniques d'examen, à savoir un scanner et une IRM, n'avaient pas permis d'obtenir le résultat souhaité. Les juges d'appel ont ainsi fondé leur décision sur le fait que les risques ne se produisent que rarement et, en statuant ainsi, ils n'ont pas légalement justifié leur décision.

Rappelons toutefois qu'en matière de *chirurgie esthétique*, une loi du 6 juillet 2011 (M.B., 5 août 2011) interdit la publicité et réglemente strictement l'information relative aux actes d'esthétique médicale, celle-ci devant être « conforme à la réalité, objective, pertinente, vérifiable, discrète et claire », la publicité trompeuse, comparative ou utilisant des arguments financiers étant proscrite, de même que le recours aux résultats d'examens et de traitements (photographies prises antérieurement et postérieurement à un acte d'esthétique médicale, témoignage de patients). Les dispositions de cette loi, pénalement sanctionnées, ne portent pas préjudice à l'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient dans la mesure où elle vise l'information portant sur des actes qu'elle vise, ce qui est d'autant plus le cas que, depuis une autre loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique (M.B., 2 juillet 2013), les « soins de santé » auxquels s'applique la loi du 22 août 2002 s'entendent également des services dispensés par un praticien professionnel « en vue de modifier l'apparence corporelle d'un patient à des fins principalement esthétiques ». Le législateur a ainsi entendu moraliser ce secteur. La jurisprudence et la doctrine tendent depuis longtemps à être plus sévères en la matière, notamment quant à l'intensité de l'information requise à l'égard des risques, ce qui s'explique selon nous par la circonstance que la plus ou moins grande nécessité thérapeutique d'une intervention est l'un des critères au regard desquels la notion de risques significatifs – « risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient », selon l'article 8, § 2, de la loi relative aux droits du patient – tend à être cernée<sup>17</sup>. Nous n'évoquerons pas davantage la *certitudo causale* devant exister entre la faute et le dommage<sup>18</sup>, la présente étude étant centrée sur la *consistance du dommage*

17 G. GENICOT, *ibid.*, p. 169 et pp. 350-351; dans le même sens, S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., p. 1121. Voy. à cet égard J.-L. FAGNART, « Responsabilité aggravée en médecine esthétique ? », *R.B.D.C.*, 2005, pp. 101-116, et, pour un point de la situation en France, P. SARGOS, « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanences de fond, dissonances factuelles et prospective », *D.*, 2012, p. 2903. C'est l'occasion d'évoquer plus largement la « médecine d'amélioration », qui pose des questions éthiques particulières, voy. J.-A. STIENNON et P. SCHOTSMANS (dir.), *Tous dopés ? Éthique de la médecine d'amélioration*, coll. Réflexions, Bruxelles, Bernard Gilson, 2008.

18 G. GENICOT, *ibid.*, pp. 496-503, et les réf. citées pp. 496-497; voy. surtout J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009; I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, coll. CUP, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 7; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Liège, Anthemis, 2007, p. 37; J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.080; S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 259; P. VAN OMMESLAGHE, « Lien de causalité et dommage réparable : dérives et corrections », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, p. 687. En France, parmi une littérature évidemment très abondante, épinglons L. GRYNBAUM, « Le lien de causalité en matière de santé : un élément de la vérité judiciaire »,

*réparable* consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin. Si l'on veut bien admettre qu'à ce devoir, déontologique, éthique et juridique, correspond un *droit subjectif dans le chef du patient*, puisqu'il en va d'une atteinte à un droit de la personnalité (la maîtrise corporelle)<sup>19</sup>, il convient nécessairement d'examiner si le droit confère à cette prérogative toute la substance voulue. Quel est en effet l'intérêt de proclamer l'existence d'un tel droit de la personnalité si nous peinons à assortir de garanties effectives la protection qu'elle est supposée conférer? Cette question, autant théorique que pratique, n'est guère explorée en doctrine belge, si ce n'est dans une étude pionnière et approfondie à laquelle nous renvoyons<sup>20</sup>.

À l'heure actuelle, à s'en tenir à l'analyse la plus traditionnelle, notre droit ne parvient pas à sanctionner, *pour ce qu'elle est*, l'atteinte qui peut être portée au droit subjectif du patient de recevoir, avant de prendre toute décision relative à sa santé, une information complète, honnête, diligente et transparente (section 1). L'approche sous l'angle de la perte d'une chance est plus pertinente, mais imparfaite (section 2). Une meilleure piste existe; il s'agit, là encore, d'un domaine où l'inspiration venue de France pourrait conduire à une évolution véritablement salutaire, consacrant la notion de préjudice d'impréparation (section 3). On ne s'étonnera donc pas que les développements qui suivent soient amplement nourris de droit français.

---

D., 2008, p. 1928, et, dans ce même dossier « Droit de la santé », P. SARGOS, « La causalité en matière de responsabilité ou le "droit Schtroumpf" », D., 2008, p. 1935. Pour un « état des questions » sur la causalité en droit français actuel, voy. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, pp. 558-560, n° 8.37, et les nombreuses réf. citées, dont p. ex. récemment C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2010; G. CANSELIER, « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 41.

19 Sur cette catégorisation théorique et ses implications, voy. Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-118; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruxelles-Paris, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 63-94.

20 E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », R.G.D.C., 2011, pp. 422-444, spéc. pp. 437 et s., s'agissant du « droit à l'intégrité physique, droit de la personnalité » sous l'angle de la faute et du dommage et de son indemnisation, exposant « la différence de régime qui existe à ce propos en droit belge et en droit français » (p. 440). Voy. aussi, du même auteur, « Droits du patient, droits de la personnalité, indemnisation : quelle cohérence ? », in *Les droits de la personnalité*, précité, pp. 93-118, à propos de l'analyse des droits du patient en droits de la personnalité et de la définition des uns et des autres comme droits subjectifs ou libertés civiles (selon les pistes défrichées par Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, dans le sillage desquelles se situent ces travaux).

## Section 1

### Premier temps : la substitution d'un « patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances »

4. En guise de préambule, rappelons que, dans un arrêt du 16 décembre 2004, notre Cour de cassation a affirmé « que, lors d'une contestation civile portant sur un dommage à indemniser, la charge de la preuve relative à la faute, au dommage et au lien de causalité incombe à celui qui demande l'indemnisation du dommage qu'il a subi ; qu'il n'y est pas dérogé par l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, selon lequel celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ; qu'il s'ensuit que le patient, qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage, a la charge de le prouver ; que le juge peut, certes, considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire »<sup>21</sup>. Avec le professeur Glansdorff, on peut considérer que cette solution laisse perplexe : « on se trouve à un stade antérieur » à la démonstration classique d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal, « qui est de savoir si l'obligation existe et si elle a été exécutée. Ce n'est qu'après, si cette inexécution est établie, qu'on se demandera s'il y a faute ou non, en fonction notamment du caractère de moyen ou de résultat de l'obligation en question [...]. Or, au premier stade où nous nous plaçons, l'article 1315 du Code civil, en ses deux alinéas, est très clair » : c'est au patient « qu'il incombe de prouver l'existence de l'obligation d'information » ; c'est « au professionnel, médecin notamment, qu'il incombe de justifier qu'il a exécuté son obligation, et non l'inverse »<sup>22</sup>.

21 Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, n° 616, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161. Sur les questions de preuve ici à l'œuvre, voy. not. J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », note sous Cass., 27 février 1958 (*Pas.*, 1958, I, p. 712), *R.C.J.B.*, 1959, p. 46 ; du même auteur, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105. Pour une application, voy. Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734 (étendue de l'information requise quant à un risque significatif « pour une personne normale, placée dans les mêmes circonstances que le patient. Le risque est significatif en fonction de sa fréquence, sa gravité, la personnalité du patient et la nécessité de l'intervention. Tel n'est pas le cas d'un risque opératoire de l'ordre de 0,04 pour cent même dans le cas d'une opération d'ordre essentiellement esthétique, et alors que le patient reste en défaut d'établir que, s'il en avait été informé, il aurait refusé l'intervention. »).

22 Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 36. C'est, on le sait, la solution retenue en France, d'abord par le capital arrêt *Hédreul* (Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 25 février 1997, *Bull. civ.*, I, n° 75, *D.*, 1997, somm., p. 319, obs. J. PENNEAU, *Gaz. Pal.*, 1997, 1, p. 274, rapport P. SARGOS, note J. GUIGUE, *J.C.P.*, 1997, I, p. 4025, obs. G. VINEY, *Defr.*, 1997, p. 751, note J.-L. AUBERT, *Rev. dr. sanit. soc.*, 1997, p. 288, note L. DUBOIS, *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN et p. 924, obs. J. MESTRE, *Petites Affiches*, 16 juillet 1997, note A. DORSNER-DOLIVET, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 338, note J.-L. FAGNART, *R.G.A.R.*,

Le professeur Glansdorff considère par ailleurs qu'il est « évident que le débiteur de l'information est garant de sa pertinence et de son caractère compréhensible » – lequel peut « être apprécié différemment, cela va de soi, suivant que le créancier a des compétences en la matière ou non » – « et qu'il est donc tenu d'une obligation de résultat », et que de même « il paraît certain, en tout cas, que l'exécution matérielle de l'obligation d'information ou de conseil, et donc sa délivrance, est une obligation de résultat », de sorte que « le créancier n'est dès lors pas tenu, sur ce plan, de prouver la faute ou la négligence du débiteur de l'obligation » ; il conclut enfin à une obligation de résultat quant à l'utilisation des modalités adéquates de transmission de l'information, de manière à ce que son destinataire la reçoive et la comprenne, et quant au contenu même de l'information ou du conseil, « à moins d'ouvrir la voie à tous les laxismes. Autre chose est l'efficacité de l'information, et plus encore du conseil, ce qui nous éloigne de sa pertinence, sa compréhension ou sa transmission »<sup>23</sup>. Ce n'est cependant pas, on le sait, la solution retenue par la Cour de cassation dans un second arrêt, laconique, du 16 décembre 2004, décidant que « l'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat »<sup>24</sup>.

5. Quoi qu'il en soit, il va de soi qu'en ce qui concerne le *préjudice subi*, il incombe au demandeur en réparation d'en établir la nature et la consistance. Celui-ci consiste, lorsqu'il est consécutif à une faute contractuelle, à la fois dans la perte subie et dans le gain dont le créancier de l'obligation a été privé (art. 1149 C. civ.), pourvu que celui-ci soit « une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention » (art. 1151 C. civ.). Sous l'angle quasi délictuel, il est constant que tout dommage, même minime, qui se trouve en lien causal avec le fait générateur de responsabilité doit être (intégralement) réparé. Les cours et tribunaux jouissent, sous le contrôle des notions légales et de la logique du raisonnement qu'exerce la Cour de cassation, d'une grande latitude à cet

---

1997, n° 12.858, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2000, t. I, n° 13, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), L.G.D.J., 2009, pp. 150-160, obs. M. REYNIER, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n° 7-8, pp. 47-55, obs. P. SARGOS et C. BERGOIGNAN-ESPER), puis par la loi (art. L. 1111-2 du Code de la santé publique, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : « En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen »).

23 Fr. GLANSDORFF, *ibid.*, p. 37. Nous souscrivons, sous quelques nuances dans lesquelles il n'y a pas lieu d'entrer ici sous peine de s'éloigner du propos, à cette analyse. *Contra* : P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2008, pp. 66-79.

24 Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN.

égard. Mais en quoi consiste précisément le dommage consécutif à l'absence de révélation préalable d'un risque qui se réalise et cause un préjudice corporel ?

L'analyse majoritaire (voire quasiment systématique) de cette problématique consiste à se demander *ce qu'aurait décidé le patient s'il avait été complètement informé*. Plus précisément, confrontés à cette question, les cours et tribunaux tendent à recourir à l'alternative suivante<sup>25</sup>. Soit le patient fait valoir qu'il n'a pu prendre une décision en parfaite connaissance de cause ou se soustraire à une intervention risquée, en raison d'une information lacunaire ou déficiente, *et il parvient à établir* que, s'il avait su ce qui lui a été tu, il aurait *refusé purement et simplement* l'intervention en question ; il est alors possible de conclure que l'entier dommage qu'il subit, consécutivement à la réalisation d'un risque inhérent à cette intervention, *ne se serait pas produit en l'absence de la faute*, puisqu'alors l'intervention n'aurait tout simplement pas eu lieu, ce qui conduit à indemniser purement et simplement *toutes les conséquences dommageables* de celle-ci<sup>26</sup>. Soit le patient ne parvient pas à rapporter cette preuve, et il ne recevra alors *aucune indemnisation*, bien que la faute par rétention d'informations soit établie. La jurisprudence insiste pour imposer au patient la preuve qu'il aurait refusé l'intervention s'il avait été au courant du risque tu, soit la preuve d'une incidence causale *effective* du défaut d'information sur le consentement exprimé et sur les conséquences corporelles dommageables de la réalisation dudit risque<sup>27</sup>.

25 Pour une description de la situation actuelle sous l'angle du dommage et du lien causal, voy. R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De *informed consent*-vereiste als raakpunt », R.G.D.C., 2010, pp. 452-454 ; E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, pp. 440-441, qui conclut que cette situation « mène à une conception restrictive de la notion de préjudice, critiquable puisqu'elle ne permet pas la sanction du seul défaut d'information par le droit de la responsabilité, ce qui est contradictoire avec l'assise légale du droit à l'information ».

26 L'hypothèse se rapproche ainsi, même si les deux situations sont conceptuellement différentes, d'une intervention purement et simplement *non consentie*. Sur ce que l'exécution d'un acte médical sans avoir obtenu le consentement du patient conduit à la responsabilité extracontractuelle du médecin qui a procédé à l'intervention, et sur ce que le dommage subi par le patient à la suite des complications qui se sont produites après l'intervention ne serait pas survenu puisque l'intervention n'aurait pas eu lieu de la manière et dans les circonstances où elle fut effectuée, voy. H. NYS, « Overzicht van rechtspraak. Medisch recht 2005-2010 », T.P.R., 2011, p. 870, n° 46 ; du même auteur, *Recente ontwikkelingen in het gezondheidsrecht*, Kluwer, 2012, pp. 39-40, n° 68. Au sujet des interventions pratiquées malgré le refus formel du patient, voy. not. C. VANNIJLEN, « *Informed refusal* en negatieve wilsverklaringen », *Jura falc.*, 2004-2005, pp. 167-201 ; M. DEGUERGUE, « Le dilemme du médecin face au refus de consentement du patient à l'acte médical », A.J.D.A., 2002, pp. 160-263 ; G. MÉMETEAU, « L'intervention thérapeutique en dépit du refus conscient du patient », R.G.A.R., 2000, n° 13.309. En jurisprudence, voy. Mons, 29 juin 2004, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 34 (stérilisation non consentie) ; Civ. Gand, 9 juin 2006, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 23 (réparation intégrale, mais le défaut d'information n'était pas la seule faute retenue).

27 Voy. Gand, 11 mars 1992, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 54, note Th. VANSWEEVELT ; Civ. Nivelles, 5 septembre 1995, R.R.D., 1995, p. 298 ; Anvers, 21 février 1997, R.W., 1997-1998, p. 1078, note H. NYS ; Mons, 11 janvier 1999, R.G.A.R., 2001, n° 13.353, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note Th. VANSWEEVELT ; Anvers, 20 septembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 364 ; Anvers, 13 mars 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 245 ;

6. Il faut bien dire que la Cour de cassation semble encourager les juges du fond à raisonner de la sorte. Dans deux importants arrêts, elle a posé que le patient, qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa personne sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé – donc sans l'avoir complètement et correctement informé – doit, pour obtenir *réparation de son dommage né de cette intervention* – donc des séquelles corporelles –, établir l'existence d'un lien de causalité entre *cette* faute et *ce* dommage. S'ils canalisent certes le propos, ces arrêts ne ferment pas la porte à la suggestion qui sera formulée ci-après.

Dans un premier arrêt du 12 mai 2006<sup>28</sup>, le patient avait fait valoir qu'à défaut pour le médecin d'avoir obtenu, après une information adéquate, son consentement libre et éclairé sur l'exécution d'une éventuelle polypectomie, ce médecin était tenu de prendre en charge les risques nés de cette résection du polype pratiquée lors d'une coloscopie (à laquelle le patient avait consenti) et, en conséquence, de réparer la totalité du dommage causé par la perforation du côlon. Il s'agissait donc d'une hypothèse d'*extended operation*<sup>29</sup>. Le médecin contestait devoir indemniser ce dommage en soutenant qu'il n'avait pas manqué à son obligation d'information. Après avoir retenu que le médecin avait commis une faute en n'obtenant pas préalablement le consentement libre et éclairé du patient pour procéder, le cas échéant, à une polypectomie, la cour d'appel avait considéré que « la théorie du déplacement des risques ne peut être retenue au motif que, selon les règles de la responsabilité applicables en droit belge, [...] c'est la règle inverse qui s'applique, à savoir que la victime doit supporter le dommage sauf pour elle à démontrer l'existence de la faute d'un tiers et d'un lien causal entre la faute et le dommage », et que ce lien n'était pas établi en l'espèce.

Estimant que la cour d'appel a ainsi vérifié, comme elle y était tenue, si les conditions d'application de la responsabilité du médecin étaient réunies, notamment la relation causale nécessaire entre la faute et le dommage – celui dont la réparation était poursuivie –, la Cour rejette comme manquant en droit le moyen du patient soutenant qu'un médecin, qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalable-

Civ. Namur, 30 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 34; Anvers, 28 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 181; Anvers, 13 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 245; Liège, 25 septembre 2006, R.G.A.R., 2007, n° 14.324; Civ. Anvers, 21 février 2007, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 373; Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 154, note C. LEMMENS; Civ. Liège, 3 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1752.

<sup>28</sup> Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, n° 270, avec les conclusions éclairantes de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.T.*, 2006, p. 491, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116, note J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », pp. 122-127.

<sup>29</sup> Sur cette problématique, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 146-151.

ment à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage<sup>30</sup>. S'il condamne par là sans ambiguïté la théorie du *déplacement des risques*, prônée par le professeur Dalcq<sup>31</sup>, cet arrêt n'interdit pas de tenter une approche plus fine du « dommage né de cette intervention » et qui, lui, peut se trouver en lien causal avec la faute retenue, pourvu qu'on ne le décrive pas comme étant constitué des séquelles corporelles elles-mêmes mais qu'on l'approche (aussi) sous l'angle de *l'impréparation*, sur laquelle nous reviendrons ci-dessous.

Dans un second arrêt du 11 juin 2009<sup>32</sup>, la Cour rejette, comme manquant en droit, le moyen soutenant que, lorsqu'il est constaté qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sans avoir obtenu préalablement le consentement libre et éclairé du patient et que celui-ci a subi un dommage résultant de cette intervention, le patient ne doit pas établir l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage, mais il incombe au médecin de prouver que ladite faute est sans relation causale avec ledit dommage. La Cour paraît ainsi s'en tenir au principe, conforme à la théorie de l'équivalence des conditions, selon lequel la victime doit établir que, sans la faute commise, le dommage *ne se serait pas produit comme il s'est produit in concreto*.

30 Cet arrêt du 12 mai 2006 est intéressant sous un autre aspect, qui dépasse le cadre de la présente étude. L'arrêt attaqué énonçait « que si (le patient) avait été averti (par le médecin) qu'il devait se présenter très rapidement à l'hôpital en cas d'anomalies quelconques, la réaction péritonéale qui s'est aggravée par l'écoulement du temps eût été moindre et aurait permis d'éviter avec un degré de probabilité suffisant le traitement qualifié d'agressif par la littérature citée consistant non seulement en une laparotomie mais également en une colostomie pratiquée en l'espèce en raison de la gravité de la réaction péritonéale ». Ayant ainsi considéré que, sans la faute du médecin, les traitements lourds précités *eussent été évités*, la cour d'appel n'a pu légalement décider que le dommage causé au patient a consisté « en la perte d'une chance d'être traité plus rapidement et de pouvoir subir des traitements moins lourds » : ce dommage consistait *dans le fait même de les avoir subis*, avec leurs conséquences potentiellement néfastes, dès lors qu'en vertu de l'article 1382 du Code civil, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui est tenu de réparer le dommage *réellement subi*. En d'autres termes, le juge ne peut limiter la réparation à la perte d'une chance s'il constate que, sans la faute, la situation eût été autre, et n'aurait pas simplement eu *une chance* d'être autre. Voy. sur cet aspect les concl. de M. l'avocat général DE KOSTER précédant l'arrêt, n<sup>os</sup> 42 à 50.

31 L'éminent spécialiste de la responsabilité civile considérait qu'en donnant son consentement libre et éclairé à une intervention, le patient *accepte d'en supporter les risques* indépendants de toute faute commise par le médecin, tandis que si ce dernier agit sans avoir recueilli le consentement du malade, ces risques doivent rester à sa charge (R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1967, n<sup>o</sup> 1074; note sous Liège, 23 avril 1980, R.G.A.R., 1981, n<sup>o</sup> 10.351; « Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 423, n<sup>o</sup> 16).

32 Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, n<sup>o</sup> 397, avec les concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 27, note Q. VAN ENIS.

Telle qu'ici rappelée par la Cour de cassation, cette règle, parfaitement orthodoxe sur le plan du lien causal, laisse pareillement intacte, à notre sens, la question de la *description du préjudice réparable* qu'entraîne un manquement au devoir d'information. Les faits de l'espèce, tels que les relève l'arrêt attaqué, le confirment : la patiente avait signalé à son chirurgien ne pas souhaiter une anesthésie péridurale, sans cependant qu'il puisse être déduit de son comportement avant l'intervention qu'elle y aurait opposé un refus catégorique. C'est néanmoins une anesthésie péridurale qui fut pratiquée, et elle engendra diverses complications dont la patiente demandait la réparation<sup>33</sup>. La Cour rappelle que, pour décider qu'une faute est sans relation causale avec un dommage, le juge doit considérer que, sans cette faute, le dommage se serait néanmoins réalisé tel qu'il s'est produit *in concreto*. Elle relève que l'arrêt attaqué a considéré qu'en raison d'un ensemble de circonstances qu'il énonce, il n'était pas démontré que, si un dialogue avait eu lieu avant l'intervention litigieuse entre le médecin et la patiente, celle-ci n'aurait pas suivi la recommandation de son chirurgien et aurait maintenu sa préférence pour une anesthésie générale, et donc refusé l'anesthésie péridurale ayant causé son dommage. Ce faisant, l'arrêt, qui tient compte de la situation concrète de la cause<sup>34</sup>, justifie légalement sa décision que la relation causale entre la faute commise par le médecin en ne recueillant pas le consentement de la patiente pour pratiquer une anesthésie péridurale et le dommage subi par cette dernière à la suite d'une telle anesthésie n'est pas établie.

7. Dans la logique majoritaire ici évoquée, il faut donc que le patient convainque le juge que, *s'il avait été correctement et complètement informé, il aurait nécessairement refusé l'opération*. C'est l'approche dominante, par référence à ce qu'aurait décidé « un patient raisonnable », soit en recourant à un critère objectif et non subjectif<sup>35</sup>. Il ne serait pas critiquable, pour le juge, de considérer qu'il subsiste un doute sérieux quant à la question de savoir si le patient aurait refusé l'intervention s'il avait été adéquatement informé et, pour cette raison, de le débouter purement et simplement de son action<sup>36</sup> : « en ne donnant pas une

<sup>33</sup> Il ne s'agit donc pas d'une hypothèse d'acte médical pratiqué *en dépit du refus exprès du patient*, dont par définition toutes les conséquences potentiellement dommageables doivent être réparées puisque l'intervention est dans son ensemble fautive (voy. les réf. citées *supra*, note 26) ; et la patiente ne sollicitait – d'après ce que l'on peut comprendre à la lecture de l'arrêt – que l'indemnisation des séquelles corporelles subies, sans décrire autrement le préjudice pouvant découler d'un manquement au devoir d'information.

<sup>34</sup> Rappelons qu'aux yeux de la Cour de cassation, le raisonnement de l'*alternative légitime* ne peut être appliqué que si la situation concrète prise en considération est la même que celle dans laquelle l'accident s'est produit (Cass., 15 mai 1990, *Bull.*, n° 542).

<sup>35</sup> Concl. de M. l'avocat général DE KOSTER précédant Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, n° 270, n° 26 ; E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », in Y.-H. LELEU (dir.), *Droit médical*, coll. CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 251-253. Voy. les décisions citées *supra*, note 27.

<sup>36</sup> Concl. précitées, n° 28.

information, le médecin commet une faute qui consiste à ne pas avoir obtenu le consentement éclairé mais non pas, comme il est parfois soutenu à tort, le fait de pratiquer une intervention non consentie. Dans la perspective de cette définition de la faute, la démonstration du lien de causalité suppose que le patient établisse que, dûment informé, il aurait refusé l'intervention prévue. »<sup>37</sup>

On peut concevoir deux manières d'aborder la question de savoir si le patient aurait consenti à l'intervention s'il avait été correctement informé : par référence soit à un critère d'appréciation objectif, celui du *patient raisonnable* (mais placé dans les mêmes circonstances), soit à un critère subjectif consistant à se demander si le *patient spécifique dont question dans le cas d'espèce*, compte tenu de ses particularités, de ses antécédents et de sa situation de santé personnelle, aurait consenti à l'intervention s'il avait préalablement été avisé des risques qui y sont liés. L'âge du patient, sa situation financière et économique, ses convictions religieuses et philosophiques peuvent alors jouer un rôle dans l'appréciation de la causalité<sup>38</sup>. La doctrine est divisée à cet égard. Certains auteurs estiment qu'il y a lieu de privilégier le critère subjectif, qu'ils jugent plus conforme à la philosophie de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient étant donné que son article 8, § 2, impose au médecin de communiquer au malade les « effets secondaires et (les) risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient » ainsi que « les autres précisions jugées souhaitables par le patient »<sup>39</sup>. D'autres considèrent que ce critère subjectif pose problème dès lors qu'il dépend du témoignage du patient, qui aura beau jeu d'affirmer qu'il aurait forcément refusé l'intervention s'il avait eu connaissance des risques, affirmation qui est en soi dépourvue de toute valeur probante. Mais à l'inverse, un critère purement objectif présenterait l'inconvénient de ne guère tenir compte de la personne victime d'une atteinte

37 Concl. de M. l'avocat général DE KOSTER précédant Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, n° 397, n<sup>os</sup> 12-13.

38 J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in E. THIRY (coord.), *Actualités de droit médical*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 93-96; du même auteur, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 110-111; H. NYS et T. GOFFIN, « Recente ontwikkelingen met betrekking tot de autonomie van arts en patiënt », in H. NYS et S. CALLENS (éd.), *Medisch recht*, coll. Themis, Bruges, die Keure, 2011, pp. 83-84, n° 97, et les réf. citées.

39 H. NYS et T. GOFFIN, *ibid.*; J.-L. FAGNART, *ibid.*, p. 95, n° 100. C'est le raisonnement conduit en droit suisse, où la notion de « consentement hypothétique » – consistant *pour le praticien* à démontrer que, si le patient avait été correctement informé, il aurait consenti – ne renvoie pas, quant à l'étendue de l'information qu'il aurait fallu révéler, au « modèle abstrait d'un patient raisonnable, mais (à) la situation personnelle et concrète du patient » (C. DEVAUD, *L'information en droit médical. Étude de droit suisse*, Zurich, Schulthess, 2009, pp. 196-197). Notons qu'il paraît étonnant que, dans cette étude doctorale, les conséquences d'un manquement du médecin à son devoir d'information et, partant, la *nature du dommage indemnisable* dans le chef du patient ne soient pas abordées. Pour une autre étude helvétique pluridisciplinaire récente, centrée sur un secteur spécifique, voy. D. MANAI, C. BURTON-JEANGROS et B. ELGER (éd.), *Risques et informations dans le suivi de la grossesse : droit, éthique et pratiques sociales*, Berne-Bruxelles, Stämpfli-Bruylant, 2010.

à son intégrité physique, prérogative éminemment individuelle<sup>40</sup>. À vrai dire, aucun des critères n'est satisfaisant, du fait de leur artificialité manifeste, et la tendance médiane – spécialement dans les systèmes de *common law* – se référant à un test objectif « modifié » ou « subjectivé » en se demandant ce qu'aurait décidé une personne raisonnable *placée dans les mêmes circonstances que le patient*<sup>41</sup> ne l'est guère plus.

La tendance à l'œuvre en jurisprudence confirme pourtant inlassablement ce recours au critère objectif « subjectivé », autrement dit à la méthode de « substitution » : il s'agit d'« imaginer ce qui se serait produit si le médecin avait correctement informé son patient », d'« estimer quelle aurait été la réaction du patient dûment informé », et, dans cet exercice, « la jurisprudence belge semble encline à concevoir de manière *abstraite* le comportement du patient bien informé. Les juges s'inquiètent de savoir quelle aurait été la réaction d'un *patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances*. Leur appréciation repose sur la détermination du comportement hypothétique du malade. »<sup>42</sup> La jurisprudence majoritaire est en ce sens<sup>43</sup>. Il est tenu compte du caractère nécessaire, voire vital de l'intervention, de la fréquence et de la gravité du risque, de l'existence de traitements alternatifs et des caractéristiques personnelles objectives du patient – soit les mêmes critères que ceux permettant, sur le plan de la faute, de déterminer si un risque est *significatif* et doit, partant, être révélé<sup>44</sup>.

8. Il nous semble que ce questionnement – « s'il avait été correctement et complètement informé, le patient aurait-il nécessairement refusé l'opération, ou l'aurait-il néanmoins acceptée ? » – n'a pas lieu d'être, et qu'il serait urgent que la jurisprudence abandonne ce raisonnement aussi « traditionnel » que cri-

<sup>40</sup> Comme l'écrit J.-L. FAGNART (*ibid.*, p. 94, n° 99), « la théorie du patient raisonnable est difficilement acceptable parce qu'elle confond en réalité la nécessité objective de l'intervention et le consentement nécessairement subjectif qui doit être donné par le patient. La nécessité thérapeutique d'une part et le consentement éclairé du patient d'autre part, sont deux conditions distinctes de la licéité de l'acte médical. Le patient a le droit de refuser un traitement utile ou même nécessaire », autrement dit un traitement qu'un patient *raisonnable* ne refuserait pas.

<sup>41</sup> E. DELBEKE, « De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep : draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, (p. 355) pp. 366-367.

<sup>42</sup> I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, coll. CUP, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 24 et les réf. citées notes 52 à 55; l'auteur observe avec pertinence que le risque est alors qu'« en substituant au défaut d'information une information exacte, la victime reconstruit l'histoire rétrospectivement et tente d'établir qu'*in fine*, le préjudice dont elle se plaint ne se serait pas produit ». Un raisonnement similaire a pu – autrefois du moins, voy. *infra* – être utilisé également en France, notamment en matière de chirurgie esthétique, domaine dans lequel « la sévérité des juges [...] est certaine », même si la technique généralement adoptée « aboutit à indemniser le préjudice qui est né du seul défaut d'information, à l'exclusion du préjudice né du risque réalisé » (S. WELSCH, *Responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, p. 95).

<sup>43</sup> Quoiqu'avec des nuances et à des degrés divers. Voy. les décisions citées *supra*, note 27.

<sup>44</sup> G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 169-172.

tiquable. Tout d'abord, il est naturellement particulièrement difficile pour le patient, dont on a rappelé qu'il supporte la charge de cette preuve, d'établir « ce qu'il aurait décidé si, *quod non*, on lui avait tout dit » : il sera bien sûr tenté, de manière très compréhensible, d'en être rétrospectivement convaincu et de l'affirmer avec force, mais le juge, voire l'expert seront tout autant enclins à ne pas le croire sur parole, et on n'aperçoit guère à quelles présomptions un tant soit peu décisives il pourrait recourir, hors circonstances très particulières. Ensuite, cette manière de voir ne nous semble pas conforme à la logique du droit de la responsabilité civile, ainsi que nous avons pu l'indiquer par ailleurs<sup>45</sup>, car elle aboutit à modifier fictivement et rétrospectivement les circonstances concrètes de l'espèce. Si le patient allègue victorieusement une méconnaissance du devoir d'information dans le chef du médecin, et si donc une faute est retenue sur le plan de l'exhaustivité des renseignements délivrés, il appartient au juge d'examiner *si cette faute, telle qu'elle a été commise, se trouve en lien causal certain avec un préjudice subi par le patient*, ce que, bien entendu, ce dernier doit établir, mais il ne doit rien établir d'autre : il n'y a pas lieu d'exiger de lui qu'il *prouve qu'il aurait refusé l'intervention s'il avait été mieux informé*, et de lui refuser toute indemnisation s'il n'apporte pas cette preuve.

Enfin et surtout, on rejoint le professeur Fagnart lorsqu'il stigmatise « une œuvre périlleuse » dès lors que, « dans l'immense majorité des cas, la preuve du lien de causalité est pratiquement impossible. On balance entre l'incertitude et l'arbitraire. Lorsqu'un problème ne trouve pas de solution raisonnable, c'est souvent parce qu'il est mal posé », et lorsqu'il souligne que la « théorie mixte » qui juxtapose les critères objectif et subjectif « ne convainc pas » car elle « greffe un raisonnement inadéquat sur un néant probatoire »<sup>46</sup>. D'autres voix fortes ont mis en évidence qu'« apprécier si les circonstances permettent de penser que le patient, s'il avait été dûment informé, aurait ou non consenti à l'opération [...] repose sur une intrusion dans la psychologie du patient qui est extrêmement contestable et favorise encore une fois l'arbitraire », et ont dénoncé « le recours à l'appréciation inquisitoriale, divinatoire – notamment lorsque la victime est morte ou en état végétatif – et pour tout dire arbitraire par le juge des probabilités qu'aurait eues *a posteriori* le patient, s'il avait été informé du risque, de refuser de le courir »<sup>47</sup>.

---

45 G. GENICOT, « Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome », note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 111.

46 J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *op. cit.*, pp. 96-97, n<sup>os</sup> 101-102.

47 G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », *R.D.C.*, 2012, (p. 1104) pp. 1121-1124.

Dès lors que le juge doit – à tout le moins en matière de responsabilité médicale – uniquement analyser les circonstances concrètes dans lesquelles la faute a été commise et le dommage est survenu, *sans envisager ce qui eût pu se produire si ces circonstances avaient été différentes*<sup>48</sup>, il n'y a pas lieu, en règle, de se demander ce qui se serait passé si la faute en question *n'avait pas été commise*... autrement dit d'apprécier si, à supposer qu'il ait été correctement et complètement informé – *quod non* –, le patient se serait ou non soumis à l'intervention qui s'est avérée dommageable. Il n'a pas été complètement informé ; telle est la seule circonstance sur laquelle le juge doit bâtir son raisonnement relatif au préjudice se trouvant en lien causal avec cette faute. Du reste, cette manière de voir aboutit à des confusions et des excès : confusion entre les interventions *non consenties*, et donc *ab initio* et irrémédiablement fautives, et le consentement vicié par rétention d'informations ; excès si, la preuve en question étant rapportée – c'est rare –, le juge indemnise l'intégralité des séquelles dommageables, alors que ce n'est évidemment pas – il est à peine besoin de le souligner – le manquement au devoir d'information qui est *comme tel* la cause du dommage consécutif à la réalisation (par hypothèse en soi non imputable à faute) d'un risque inhérent à l'intervention ; excès inverse si, à défaut de parvenir à convaincre le juge, le patient est purement et simplement débouté, de sorte que la faute d'information, pourtant dûment établie, échappe à toute sanction, la maîtrise corporelle de la victime, droit de la personnalité, étant alors dépourvue de protection effective.

<sup>48</sup> Voy. not. Cass., 31 mai 2000, *Bull.*, n° 334, *Bull. ass.*, 2002, p. 946 : pour apprécier l'existence d'un rapport de causalité entre le défaut de prévoyance ou de précaution et le décès d'une personne, le juge doit tenir compte de la situation concrète telle qu'elle apparaît, sans avoir à supputer ce qui se serait passé sans la faute. De ce que le juge doit uniquement décider si, à supposer que la faute n'ait pas été commise, le dommage ne se serait pas produit *tel qu'il s'est réalisé*, il découle qu'il importe peu qu'il se soit peut-être produit *dans d'autres circonstances*, moyennant d'autres paramètres que ceux, concrets, de l'espèce ; dans l'appréciation du lien de causalité, cela est indifférent et les hypothèses que les scientifiques peuvent émettre à cet égard ne peuvent être retenues dans le cadre du raisonnement juridique (J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 144, n° 283). En ce sens, voy. Liège, 24 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1747, qui rappelle que la causalité scientifique et la causalité juridique ne sont pas des notions qui coïncident, car la science est loin de n'être faite que de certitudes, et qu'il appartient au juge de déterminer s'il peut déduire, des éléments retenus par l'expert scientifique, une certitude juridique en matière de responsabilité médicale. Sur cette passionnante question, voy. not. O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 443, Paris, L.G.D.J., 2005.

## Section 2

### Deuxième temps : la perte d'une chance de prendre une décision en pleine connaissance de cause

9. La faute d'information est bel et bien la source d'un préjudice, qui peut prendre les contours d'une perte de chance. Comme l'observe le professeur Porchy-Simon, « l'identification du préjudice réparable a été source de difficultés en jurisprudence. Dans la plupart des hypothèses, la réparation de l'entier préjudice corporel causé par la réalisation du risque dont le patient n'a pas été informé, s'avère en effet difficile. Si le médecin avait recueilli le consentement libre et éclairé du patient, celui-ci se serait *peut-être* opposé à l'acte dommageable. Mais *une incertitude irréductible demeure*, dans la plupart des cas, sur ce qu'aurait été sa décision s'il avait été correctement informé, interdisant donc de mettre à la charge du professionnel ou de l'établissement de soins, la réparation de l'entier préjudice corporel. C'est pourquoi la jurisprudence a considéré, jusqu'à très récemment, que le seul préjudice réparable était la perte de chance de refuser l'acte dommageable. » Mais « cette solution présentait toutefois de graves inconvénients sur le terrain de la sanction des droits », car l'application des critères permettant de retenir une perte de chance de refuser l'acte « a conduit les juges du fond à rejeter, dans la majorité des hypothèses, la responsabilité liée au défaut d'information du fait d'une absence de préjudice réparable »<sup>49</sup>, exactement comme en Belgique par le biais du raisonnement contestable rappelé ci-dessus.

La composante de l'indemnisation constituée par le *gain dont le créancier a été privé* est ici au cœur du raisonnement ; elle se prête par nature malaisément à une évaluation précise, en particulier lorsque le préjudice consiste en ce que le fait fautif a privé la victime d'une *possibilité* de faire quelque chose. N'ayant reçu qu'une information incomplète et incorrecte, le patient n'est-il pas confronté à la *perte d'une chance* – au sens propre de ce terme, soit « la perte certaine d'un avantage probable »<sup>50</sup> – qui se trouve en lien causal avec la faute reprochée ? La sanction d'un défaut d'information est fréquemment abordée sous cet angle, du

---

<sup>49</sup> S. PORCHY-SIMON, « L'information en santé depuis la loi du 4 mars 2002 », in M. BACACHE, A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades : 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2013, (p. 33) p. 47.

<sup>50</sup> J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 73. Perte d'un *avantage*, donc *dommage* au sens d'une différence négative entre la situation de la victime après l'accident et celle dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de cet accident ; perte *certaine*, le dommage devant être certain dans son principe et se trouver en lien causal avec la faute ; d'un avantage *probable*, ce qui correspond à la définition même de la chance : absence de certitude que l'avantage perdu se serait concrétisé – mais certitude qu'il existait et qu'il a été perdu en raison de la faute commise – et appréciation souveraine de la probabilité de sa concrétisation, dont dépend la hauteur de l'indemnisation octroyée. Pour un exposé des principes applicables et

moins en France, moins spontanément en Belgique où, comme nous l'avons relevé, on tend à exiger abusivement du patient la preuve qu'il aurait refusé l'intervention s'il avait été au courant des risques qui y sont liés.

Nous ne reviendrons pas ici sur la notion même de perte d'une chance au sens où elle nous semble devoir être entendue, c'est-à-dire un type particulier de *dommage* qu'il importe de distinguer soigneusement du lien causal, certain, qu'il doit présenter à l'égard de la faute<sup>51</sup>. En droit de la responsabilité médicale, l'hypothèse où la faute consiste en un manquement au devoir d'information pesant sur le médecin apparaît comme l'un des domaines d'élection de la théorie de la perte d'une chance, précisément en raison de l'impossibilité de savoir avec certitude ce que le patient aurait décidé si l'information avait été optimale : on considère alors que le patient a, en raison de la faute, *incontestablement perdu un avantage*, celui de choisir, de décider lui-même. Le juge devra apprécier soigneusement la situation dans laquelle il se serait trouvé en l'absence du fait dommageable et exprimer sa certitude que, sans la faute, le patient aurait eu une chance réelle et sérieuse<sup>52</sup> de se trouver dans une situation plus favorable, avec des perspectives plus ouvertes, plus franches sinon plus rassurantes. Cette approche serait conforme au précepte selon lequel le juge doit uniquement examiner les circonstances concrètes dans lesquelles le dommage est survenu, sans envisager ce qui eût pu se produire si ces circonstances avaient été différentes.

La chance perdue est ici celle de prendre une décision en parfaite connaissance de cause, de se soustraire à une intervention risquée, ou de se soumettre

---

du raisonnement à suivre (ou qui devrait être suivi) à cet égard, voy. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, nos 86-89, pp. 437-447.

51 Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 478-496 et la bibliographie citée pp. 478-479; G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », note sous Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1165-1182, spéc. pp. 1166-1173; G. GENICOT, « Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d'une chance », note sous Liège, 9 septembre 2010 et Liège, 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1087-1091. Nous renvoyons également à la contribution du professeur Van Ommeslaghe dans le présent ouvrage.

52 Si elle invoque avoir subi la perte d'une chance, la victime doit, pour être indemnisée, établir cette perte, laquelle doit être certaine et non seulement hypothétique, et convaincre le juge que la chance en question était *sérieuse et réelle*, se distinguant d'un simple espoir. En d'autres termes, il faut, d'une part, que la chance qu'elle prétend avoir perdue du fait de l'acte dommageable se soit réalisée de façon suffisamment certaine en l'absence de celui-ci et, d'autre part, qu'il soit établi que c'est en raison de l'acte dommageable qu'elle n'a pu se réaliser. Il se confirme ainsi que la notion de perte d'une chance ne concerne pas l'indispensable *lien causal* qui doit exister entre la faute et le dommage (G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *op. cit.*, pp. 1170 et 1172). Voy. not., en jurisprudence, Anvers, 24 septembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 47, note S. CALLENS; Anvers (ch. mises acc.), 12 novembre 2009, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 387 (pas d'application de la théorie de la perte d'une chance en matière pénale); Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 224, note (critique) Q. DE RAEDT (double perte de chance : perte d'une chance de prouver les chances de survie).

à une intervention qui n'est légalement possible que durant un certain délai, telle l'interruption volontaire de grossesse<sup>53</sup>. Ainsi que le souligne la Cour de cassation française – nettement plus prolixe que la nôtre sur cette question à laquelle elle est beaucoup plus souvent confrontée –, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable équivaut à une perte de chance réparable; celle-ci « présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du [...] décès (ne sont) de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise par (le médecin), laquelle avait eu pour effet de retarder la prise en charge (de la patiente), et la perte d'une chance de survie pour cette dernière »<sup>54</sup>.

Notons d'emblée que deux principes gouvernent l'indemnisation en pareil cas. D'une part, l'indemnité allouée en réparation de la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue proprement dite; elle ne saurait donc être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ni, partant, à

53 Liège, 22 janvier 2009, précité, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS. Dans cette espèce relative à un avortement infructueux (obligation de moyens, mais faute dans la transmission des résultats), la mère n'ayant appris qu'après l'expiration du délai légal de douze semaines qu'elle était toujours enceinte, alors qu'elle avait clairement marqué son souhait de ne pas garder l'enfant, le dommage certain consistait en ce que la mère, mal – tardivement – informée, « a été contrainte de [...] mener à son terme » cette grossesse qu'elle ne désirait pas – ce qui était son droit le plus strict. Partant, elle a dû, par la faute du médecin, « subir cette grossesse », alors qu'elle aurait pu la faire interrompre une seconde fois si cette faute n'avait pas été commise. L'enfant est né; en raison du défaut d'information, sa mère n'a pas eu la *possibilité* d'interrompre sa grossesse; le dommage consiste donc dans la perte de cette possibilité. Demander qu'il soit procédé à une IVG constitue, dans le chef de la mère, sinon un droit – et même, selon nous, un droit subjectif discrétionnaire –, du moins une liberté; il peut, par voie de conséquence, y être porté fautivement atteinte lorsqu'elle en est privée (voy. sur la question, la remarquable étude de M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, pp. 285-318).

54 Cass. fr., 1<sup>re</sup> civ., 14 octobre 2010, *Bull. civ.*, I, n° 889, *D.*, 2010, p. 2430, obs. I. GALLMEISTER, et p. 2682, note P. SARGOS, *D.*, 2011, p. 35, obs. P. BRUN et O. GOUT, et p. 2565, note A. LAUDE, *Gaz. Pal.*, 14-15 janvier 2011, p. 42, note D. BANDON-TOURRET, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 128, obs. P. JOURDAIN, *R.D.C.*, 2011, p. 77, obs. J.-S. BORGHETTI, *R.G.D.M.*, 2011, n° 38, p. 483, note M. GIRER. Voy. aussi les nombreux autres arrêts cités par M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 16 janvier 2013, *D.*, 2013, pp. 620-621. Ainsi que l'observe de manière limpide M. Pierre Sargos dans sa note précitée (p. 2685), « la perte de chance [...] n'est pas une forme d'atténuation du lien de causalité, mais un préjudice nouveau à part entière. La perte de chance en matière médicale [...] repose sur la combinaison d'une incertitude et d'une certitude. L'incertitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise il ne peut être certain que la guérison, ou au moins une amélioration de l'état du patient, aurait pu être obtenue. La certitude tient au fait que si la faute n'avait pas été commise, le malade avait une chance de guérison ou d'amélioration et que la faute l'a privé de cette chance ». Cette théorie présente « deux grands risques [...] : la privilégier alors qu'il existe en réalité une relation causale certaine entre la faute et l'entier préjudice, la nier en contestant sa certitude par des éléments d'incertitude qui ne sont pertinents que pour écarter le lien causal entre la faute et l'entier préjudice ». On ne saurait mieux dire. *Adde* : F. DESCORPS-DECLÈRE, « La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin », *D.*, 2005, p. 742.

*l'entier préjudice effectivement subi*. Cette règle de bon sens prévaut tant en France qu'en Belgique : seule la valeur économique de la chance perdue est susceptible de réparation, cette valeur ne pouvant pas équivaloir au montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu<sup>55</sup>. D'autre part, la perte certaine d'une chance, *même faible, voire minimale*, est indemnisable ; il faut, pour y échapper, démontrer l'absence de *toute probabilité* de réalisation de cette chance<sup>56</sup>. Ce n'est là que la traduction du principe classique de droit de la responsabilité selon lequel tout dommage certain est réparable, quelle qu'en soit l'importance ; ce message est bien admis en droit belge<sup>57</sup>.

**10.** La théorie de la perte d'une chance – que comme l'on sait la Cour de cassation n'a nullement condamnée, contrairement à ce que d'aucuns ont pu craindre, à supposer qu'elle soit effectivement invoquée devant le juge du fond<sup>58</sup> – peut être exploitée en présence d'une information déficiente ou lacunaire ; une abondante jurisprudence et de nombreuses analyses doctrinales en témoignent<sup>59</sup>. Le lien causal, qui doit bien sûr être établi avec certitude, relie

<sup>55</sup> Cass., 17 décembre 2009 (deux arrêts), *Pas.*, n<sup>os</sup> 757 et 760 ; 23 septembre 2013, R.G. n<sup>o</sup> C.12.0559.N ; 21 octobre 2013, R.G. n<sup>o</sup> C.13.0124.N, qui précise que « le juge appelé à déterminer l'indemnité est tenu d'avoir égard au degré de probabilité d'une heureuse issue ». Pour une analyse approfondie des principes applicables et des arrêts récents de la Cour en la matière, N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », R.C.J.B., 2013, pp. 605-624.

<sup>56</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 16 janvier 2013, *D.*, 2013, p. 619, note M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », R.G.D.C., 2014, p. 125, note I. SAMOY et K. RONSIJN, « Verlies van een geringe kans : geen minimum waarschijnlijkheid vereist ». Il s'agissait *in casu* de la faute de l'avocat qui n'a pas interjeté régulièrement appel alors qu'il en avait l'instruction ; la Cour casse un arrêt ayant retenu que la perte de chance d'obtenir la réformation du jugement était trop faible, l'issue de l'appel apparaissant incertaine, dès lors que, ce faisant, il ne démontre pas l'absence de *toute probabilité* de succès de l'appel manqué.

<sup>57</sup> I. SAMOY et K. RONSIJN, note précitée, p. 127, et les réf. citées ; R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De *informed consent*-vereiste als raakpunt », R.G.D.C., 2010, p. 454, n<sup>o</sup> 102.

<sup>58</sup> Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, n<sup>o</sup> 350, *J.T.*, 2009, p. 28, note A. PÜTZ, *N.j.W.*, 2009, p. 31, note I. BOONE, *R.W.*, 2008-2009, p. 795, note S. LIERMAN, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 210, note S. LIERMAN, *Bull. ass.*, 2008, p. 418, note H. BOCKEN (perte d'une chance réelle de guérison et/ou de survie, en relation *sine qua non* avec la faute retenue).

<sup>59</sup> *Vot. not.* en doctrine française récente, ici singulièrement précieuse, N. ALBERT, « Obligation d'information médicale et responsabilité », *R.F.D.A.*, 2003, p. 353 ; F. ALT-MAES, « La faute éthique pour défaut d'information », in *La réparation du dommage médical. Rupture ou continuité depuis la loi du 4 mars 2002 ?*, R.G.D.M., 2010, n<sup>o</sup> 37, p. 35 ; F. ALT-MAES, « La réparation du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », *J.C.P.*, 2013, p. 547 ; M. BACACHE, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, p. 1908 ; M. BÉNÉJAT, « L'autonomie de la responsabilité médicale pour défaut d'information (à propos de quelques arrêts rendus en 2010) », R.G.D.M., 2011, n<sup>o</sup> 38, p. 195 ; A.-E. CRÉDEVILLE, « Non à la dérive des préjudices », *D.*, 2008, p. 1914 ; F. DESCORPIS-DECLÈRE, « La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin », *op. cit.* ; S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, *doctr.*, p. 1121 ; S. HOCQUET-BERG, « La place du défaut d'information dans le mécanisme des accidents

alors la faute à la chance perdue et non au préjudice final effectivement constaté, ainsi que l'a souligné avec netteté la Cour de cassation : la perte d'une chance réelle d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage peut donner lieu à réparation, *pourvu que la faute retenue soit la conditio sine qua non de la perte de cette chance*. Or, l'existence d'une chance n'implique *aucune certitude quant à la réalisation du résultat espéré*, de sorte que le préjudicié peut obtenir la réparation de la perte d'une chance *même s'il n'est pas certain que, sans la faute, le résultat espéré aurait été obtenu*<sup>60</sup> ; mais il faut, d'une part, que la victime ait *effectivement réclamé* – en général en ordre subsidiaire – la réparation d'une perte de chance et, d'autre part, que le juge ne laisse subsister *aucun doute sur le lien de causalité* reliant celle-ci à la faute épinglée.

Revenons à la très délicate question probatoire évoquée plus haut : si le patient ne parvient pas à établir qu'ayant reçu une information correcte et complète, il aurait certainement refusé l'opération, échappant ainsi aux conséquences dommageables du risque réalisé – au prix, sans doute, d'une aggravation de sa condition, l'intervention litigieuse présentant bien sûr par hypothèse un réel intérêt thérapeutique –, le dommage qui se trouve en lien causal *certain* avec la faute consistant en une information lacunaire ne peut-il être, à tout le moins, décrit comme la *perte d'une chance d'avoir pu prendre une décision en toute connaissance de cause*? Il résulte clairement de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, et plus largement du principe d'autonomie et d'autodétermination qui charpente tout notre droit (bio)médical, que le patient peut choisir d'accepter un risque, même élevé, *pourvu qu'il sache exactement à quoi il s'expose*. Il y a là dans son chef un *droit subjectif*<sup>61</sup> qui demande à être pleinement reconnu, et qui se voit bafoué lorsqu'un éclairage crucial, préalable au choix à poser, lui est celé<sup>62</sup>. Or, dans la quasi-totalité des situations, *il subsistera toujours un doute* sur

---

médicaux », *Resp. civ. et assur.*, 2010, étude n° 5 ; S. PORCHY, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.*, 1998, chr., p. 379 ; F. VIALLA, « La faute d'humanisme », in *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, colloque Université Montesquieu-Bordeaux IV, R.G.D.M., numéro spécial 2013, p. 61 ; G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », *R.D.C.*, 2012, p. 1104.

<sup>60</sup> Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, n° 182.

<sup>61</sup> Sur cette notion, voy. not. E. LANGENAKEN, « Droits du patient, droits de la personnalité, indemnisation : quelle cohérence ? », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 93-118 ; du même auteur, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 422-444 ; et d'une manière générale – outre les ouvrages généraux et les *Introductions au droit* – J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis droit, Paris, PUF, 2011, pp. 149-213 ; Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; et bien sûr J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2008, et P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2005 ; *Le droit subjectif en question*, *Arch. philos. dr.*, 1964, t. IX.

<sup>62</sup> À moins que le patient fasse valoir son « droit de ne pas savoir » (art. 7, § 3, et 8, § 3, de la loi du 22 août 2002) ; rappelons que l'information due au patient ne doit pas nécessairement être exhaustive, mais

la question de savoir si, correctement et complètement informé, le patient se serait ou non soumis à l'intervention litigieuse qui s'est avérée dommageable. Il n'est pas exact d'en conclure qu'il n'existe *aucun dommage* en lien causal avec la faute retenue, mais ce dommage présente alors une autre coloration. Il ne saurait consister *dans les lésions encourues elles-mêmes*, sous peine de méconnaître l'exigence d'un lien causal certain ; mais il est permis au juge, pourvu que cela lui soit suggéré en conclusions – la précision est d'importance –, de retenir un préjudice consistant en la *perte d'une chance d'avoir pu prendre une décision parfaitement éclairée* et, partant, de s'être *peut-être* – d'où la référence à une chance perdue, dont la réalisation en l'absence de la faute n'était pas certaine – soustrait au risque qui s'est réalisé. Un tel raisonnement est orthodoxe.

Cette piste est au demeurant abordée (et approuvée) par le ministère public près la Cour de cassation. Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 26 juin 2009<sup>63</sup>, M. l'avocat général Dubrulle observait que, dans cette affaire, la patiente victime de la réalisation d'un risque non révélé ne soutenait pas que, sans ce manquement au devoir d'information, elle n'aurait pas consenti au traitement à risque et n'aurait ainsi pas pris le risque générant un dommage, mais ajoutait que, toutefois, si elle « avait tout de même déduit une conséquence, cela n'aurait été que celle d'une *occasion manquée pour la patiente de ne consentir qu'à un traitement moins risqué et donc une occasion manquée pour éviter d'encourir un dommage* ». Ce faisant, tout en estimant qu'il est justifié d'imposer au patient la charge de prouver que, s'il avait été correctement informé, il aurait refusé l'intervention risquée, M. l'avocat général ouvre la porte à la perte d'une chance<sup>64</sup>.

**11.** C'est sous l'angle de la perte d'une chance que, pendant longtemps, la *jurisprudence française* a sanctionné les manquements à l'obligation médicale d'information. Refusant la réparation intégrale des atteintes corporelles résultant d'une opération à risque, la Cour de cassation n'a durablement admis qu'une

---

*conforme à ce que chaque patient souhaite*. Rappelons également que « l'exception thérapeutique » (art. 7, § 4, de la loi) ne vise pas les informations détaillées dont il est ici question, portant notamment sur les risques inhérents à une intervention, telles que décrites dans l'article 8, § 2. Sur cette notion, voy. l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 35 du 13 mars 2006 relatif à l'exception thérapeutique.

<sup>63</sup> *Pas.*, n° 440.

<sup>64</sup> M. l'avocat général se réfère ici au célèbre arrêt de la Cour de cassation française du 7 octobre 1998 (Cass. fr., 1<sup>er</sup> ch. civ., 7 octobre 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10179, concl. J. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS, *J.C.P.*, 1999, I, 147, n° 5, obs. G. VINEY, *D.*, 1999, jur., p. 145, note S. PORCHY, *Rev. trim. dr. civ.*, 1999, p. 111, obs. P. JOURDAIN), mais cet arrêt, en tant qu'il pose que « hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les *risques graves* afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement », ne concerne que l'étendue de l'obligation d'information quant aux risques, et pas le dommage se trouvant en lien causal avec un manquement à cette obligation. Sur ce dernier point, la jurisprudence française a, comme on va le voir, nettement évolué.

indemnisation « partielle, ne représentant qu'une fraction du préjudice global. Elle est caractérisée par un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'intervention et qui découle de la perte d'une chance par le patient d'échapper au risque qui s'est réalisé. »<sup>65</sup> Par un arrêt du 7 février 1990, la Cour de cassation de France a posé en règle que « le chirurgien 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 »<sup>66</sup>.

Elle fut encore plus nette dans deux arrêts des 7 décembre 2004 et surtout 6 décembre 2007, affirmant que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé », autrement dit que la violation de cette obligation *ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient* « d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé »<sup>67</sup>. Cette jurisprudence suscita de vives critiques doctrinales, dès lors qu'elle « affectait gravement la portée et l'effectivité de l'obligation d'information médicale »<sup>68</sup> et ne permettait pas de préserver « le droit de toute

<sup>65</sup> S. WELSCH, *Responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, pp. 94-100, ici p. 96, et la jurisprudence citée; C. RADÉ, « L'obligation d'information en matière médicale et l'office du juge », *Resp. civ. et assur.*, mars 2003, p. 6; S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, 2006, p. 31, n° 48.

<sup>66</sup> Cass. fr., 1<sup>er</sup> ch. civ., 7 février 1990, *Bull. civ.*, I, n° 39, D., 1991, somm., p. 183, obs. J. PENNEAU, *Gaz. Pal.*, 1990, 2, pan., p. 203, *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 109, obs. P. JOURDAIN; 18 juillet 1998, deux arrêts, *Bull. civ.*, I, nos 238 et 239, *J.C.P.*, 1998, II, 22921, rapport P. SARGOS; 29 juin 1999, *Bull. civ.*, I, n° 200. Au fond, voy. p. ex. Besançon, 2 février 1999, cité par S. WELSCH, *ibid.*, p. 96, note 142, qui précise que le préjudice né du défaut d'information est spécifique et ne peut être assimilé à l'intégralité des dommages subis par le patient, mais constitue un préjudice distinct qui doit être réparé au titre de la perte d'une chance. La jurisprudence du Conseil d'État de France, applicable aux hôpitaux publics, s'est orientée dans le même sens.

<sup>67</sup> Cass. fr., 1<sup>er</sup> ch. civ., 7 décembre 2004, *Bull. civ.*, I, n° 302, D., 2005, pan., 406, obs. J. PENNEAU; 6 décembre 2007, D., 2008, p. 192, note P. SARGOS, et p. 2894, obs. P. JOURDAIN, D., 2009, p. 1306, obs. J. PENNEAU, *J.C.P.*, 2008, I, 125, n° 3, obs. P. STOFFEL-MUNCK, *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 272, obs. J. HAUSER, et p. 303, obs. P. JOURDAIN, qui casse un arrêt ayant indemnisé un préjudice moral.

<sup>68</sup> P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1<sup>er</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 572. Voy. surtout M. BACACHE, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », D., 2008, p. 1908. Dans une étude plus ancienne, le professeur Chabas constatait que « beaucoup d'auteurs condamnent avec force l'usage de la théorie de la perte d'une chance » et considérait qu'en recourant à cette notion, « on prive les malades de la réparation intégrale du préjudice corporel à laquelle ils auraient pu prétendre », mais surtout – remarque presque visionnaire à l'époque – « on néglige l'aspect moral du droit à l'information, accessoire du droit à l'intégrité physique qui est un droit de la personnalité » (F. CHABAS, « L'obligation médicale d'information en danger », *Contr. conc. consom.*, 2000, chr., n° 8, p. 11). Voy. aussi L. NEYRET, « La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels », D., 2008, p. 804.

personne à être informée et à pouvoir consentir préalablement à toute atteinte à l'intégrité de son corps »<sup>69</sup>. En effet, dès lors que la réparation d'un préjudice moral autonome était explicitement prohibée, le devoir légal d'information se trouvait souvent totalement dépourvu de sanction : à l'instar de ce que l'on constate en Belgique, le juge pouvait souverainement écarter toute perte de chance en considérant que, de toute façon, l'opération était indispensable et que, si l'intéressé avait été correctement informé, il n'y aurait pas renoncé.

**12.** En Belgique, la jurisprudence récente, si elle n'accepte pas (encore) que le fait de n'avoir pas pu consentir en connaissance de cause constitue en soi un dommage autonome qui doit comme tel être réparé, indemnise parfois le dommage consistant en la *perte de la chance de n'avoir pas subi l'intervention* et donc d'avoir pu échapper aux risques qui y sont liés<sup>70</sup>. Cette orientation est récente : dans son étude de 2007, Evelien Delbeke relevait que le recours à la théorie de la perte d'une chance était alors rare, n'en citant qu'un seul exemple, en dehors des hypothèses très spécifiques de *wrongful pregnancy* ou *wrongful birth*<sup>71</sup>, alors qu'il s'agissait à l'époque de la règle de principe en France<sup>72</sup>.

Un arrêt de la cour d'appel de Liège du 9 septembre 2010<sup>73</sup> en fournit un bon exemple : aucune faute « technique » n'avait en l'espèce pu être mise en évi-

<sup>69</sup> J.-R. BINET, *Droit médical*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 229, n° 466.

<sup>70</sup> H. NYS, « Overzicht van rechtspraak. Medisch recht 2005-2010 », *T.P.R.*, 2011, pp. 872-873, n° 54-55; du même auteur, *Recente ontwikkelingen in het gezondheidsrecht*, Malines, Kluwer, 2012, pp. 40-41, n°s 71-72. Il est renvoyé p. ex. à Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14.654; Civ. Bruxelles, 21 novembre 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.531.

<sup>71</sup> Pour une hypothèse récente en la matière, semblant indemniser l'entier préjudice (uniquement moral) consécutif à la naissance d'un enfant non désiré, sans référence à la perte d'une chance, voy. Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234, note Th. VANSWEEVELT. La cour d'appel insiste sur la *manière* dont devait être fournie l'information consistant, après la réalisation d'une vasectomie, en la nécessité de réaliser un spermogramme pour vérifier la stérilité, puis constate que, si les parents avaient été informés de l'échec de l'intervention litigieuse, ils auraient, à l'époque de la conception de l'enfant, soit utilisé une méthode contraceptive, soit se seraient abstenus d'entretenir des relations sexuelles. Elle en conclut que, sans les fautes du gynécologue, les dommages moraux allégués par les parents, en relation avec la conception et la naissance de l'enfant, ne se seraient pas réalisés tels qu'ils sont survenus *in concreto*, les parents faisant à juste titre observer que la conception, la grossesse et la naissance de l'enfant ont causé, à l'un comme à l'autre, un préjudice moral qui, en raison de sa spécificité, n'est pas compensé par le bonheur d'avoir un enfant en parfaite santé. Cette décision mérite une entière approbation, n'étant la relative modicité du *quantum* du préjudice moral alloué aux parents.

<sup>72</sup> E. DELBEKE, « De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep : draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskening », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, (p. 355) pp. 368-369, citant Civ. Louvain, 10 février 1998, R.G.D.C., 1998, p. 163. Observons que l'auteur situe le débat sur le plan du *lien causal*, alors qu'il s'agit selon nous – quelle qu'en soit la forme, y compris la perte d'une chance qui n'a rien à voir avec la certitude causale – d'une question de *consistance du dommage*.

<sup>73</sup> *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, et notre note « Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d'une chance », pp. 1087-1091.

dence au moyen de l'expertise judiciaire (quant au choix du traitement pratiqué et à l'exécution de celui-ci), mais il était établi que le médecin l'avait choisi et entamé « sans que soit fournie au patient une information sur les différentes possibilités thérapeutiques [...] et sur les risques liés à chacune d'elles ». Après avoir rappelé la portée de l'information requise quant aux risques, la cour d'appel reproche au médecin de « n'avoir pas laissé au patient, dans les circonstances propres à la cause où l'indication d'une intervention en sclérothérapie ne s'imposait pas et était controversée, le choix du traitement après une information précise des risques liés à ce traitement ». Il n'était précisément pas démontré qu'averti des risques de nécrose, le patient « aurait certainement renoncé et opté pour un autre traitement » mais, et l'arrêt est méritoire de l'affirmer, en présence d'une « lacune dans le devoir d'information », le patient perd assurément « une chance de décider en pleine connaissance de cause du traitement », autrement dit « la possibilité de ne pas entamer » celui-ci, la cour d'appel constatant, ainsi qu'elle le devait, l'existence d'« un lien de causalité certain entre le défaut d'information des risques et la perte de chance d'éviter les séquelles » dont a souffert la victime. *In casu*, sur la base des éléments de fait connus, la fraction du préjudice attribuée à la perte de cette chance fut fixée à 30 % du dommage subi.

**13.** L'analyse en termes de perte d'une chance permet une compensation effective du dommage, mais bien sûr nullement une réparation intégrale puisqu'elle ne couvre qu'une fraction des différents chefs de préjudices subis. Cela n'apparaît pas choquant si l'on garde à l'esprit que la réparation intégrale de l'ensemble des conséquences de l'atteinte corporelle ne devrait pouvoir être admise qu'exceptionnellement en présence du *seul défaut d'information* portant sur un risque *lui-même survenu sans faute*, dès lors que ce n'est pas le manque d'information qui a *causé* cette atteinte<sup>74</sup>. S'agissant de la perte d'une chance *d'avoir pu prendre une décision en toute connaissance de cause* – et seulement *corrélati-*

<sup>74</sup> Voy. D. THOUVENIN, « Les masques de la faute », note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 29 juin 1999, *D.*, 1999, jur., p. 559, spéc. p. 564, cité par G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 4<sup>e</sup> éd., Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2010, pp. 416-417, n° 542 : « Si le défaut d'information constitue bien une faute, la réalisation (des séquelles dommageables) n'est en aucun cas due à cette défaillance; le dommage subi de ce fait est indépendant du dommage physique dû à l'activité médicale malencontreuse ». En ce sens que ce n'est jamais le manque d'information qui, techniquement, provoque la situation dommageable, de sorte que « la question qui se pose est donc (uniquement) celle de savoir s'il faut attribuer les conséquences dommageables au professionnel négligent », voy. I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in P. WÉRY (dir.), *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Liège, Anthemis, 2007 p. 78, n° 58. *Contra*, optant pour une réparation intégrale du préjudice corporel mais en se référant au caractère inéluctable ou non de l'intervention, lequel est somme toute beaucoup plus relatif qu'il y paraît et, surtout, revient nécessairement à se demander ce que le patient aurait décidé si, *quod non*, il avait été complètement informé, recherche qui selon nous n'a pas lieu d'être, voy. not. J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2004, pp. 36-37.

vement d'avoir peut-être évité l'exposition à un risque –, l'éventuelle objection selon laquelle il serait en soi contestable d'évoquer la « perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque » *qui s'est effectivement réalisé*, la chance perdue devant en toute logique se situer dans le passé et non dans l'avenir<sup>75</sup>, ne nous paraît pas pouvoir être retenue : c'est bien à ce préjudice décisionnel, consubstantiel à la maîtrise corporelle, tel qu'il s'est concrètement manifesté et tel qu'il est effectivement invoqué, qu'il est demandé au juge d'avoir égard, tout l'enjeu étant de définir exactement celui-ci.

Mais cette analyse bute sur un écueil plus sérieux. L'application de la théorie de la perte d'une chance au préjudice né d'un manquement au devoir d'information conduit inmanquablement à devoir *évaluer* la chance perdue, mesure du *quantum* de l'indemnité octroyée. Or, quantifier la chance perdue, n'est-ce pas à nouveau – et de manière à tout le moins artificielle sinon sévère pour le patient<sup>76</sup> – s'autoriser à apprécier, de manière divinatoire, la probabilité d'un refus de soins si l'information avait été correctement délivrée ? L'application des critères stricts auxquels la reconnaissance d'une perte de chance de refuser l'acte est subordonnée conduit ainsi à des impasses<sup>77</sup> et génère une « situation [...] extrêmement préoccupante et paradoxale sur le terrain de la sanction des droits. Alors que l'information du patient est en effet érigée en droit fondamental, son non-respect n'était de fait que rarement sanctionné »<sup>78</sup>, ainsi qu'en témoignent certains arrêts français antérieurs au revirement dont il va être à présent question<sup>79</sup>. Il apparaît ainsi que l'indemnisation d'une perte de chance

<sup>75</sup> R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé? », *D.*, 1970, chr., p. 124.

<sup>76</sup> Il est naturellement à craindre que le juge dénie dans son chef toute chance *sérieuse* d'avoir pris une autre décision, en présence d'un acte à visée thérapeutique établie et dont la réalisation pouvait sembler indispensable au regard de l'état du patient et de son évolution probable. On en revient alors à l'approche jurisprudentielle habituelle décrite plus haut, qui équivaut en pratique, dans la plupart des cas, en une absence totale de sanction de la violation du droit subjectif à l'information. Comme l'écrit le professeur Mémeteau (*ibid.*, pp. 417-418, n° 542 *in fine*), après avoir tracé un panorama de la jurisprudence et de la doctrine relatives à la sanction du devoir médical d'information préalable (pp. 398 et s.), « en réalité, le système repose sur des illusions. On ne saura jamais, au-delà d'une probabilité raisonnable, ce qu'aurait décidé le malade, puisqu'on part de la seule réalité du choix effectué et non de celle du choix qui aurait peut-être été réalisé, mais ne l'a pas été, le juge imaginant la décision idéale dont, qui plus est, il ne peut imaginer quels auraient été les effets bénéfiques ou – avec les mêmes possibilités – préjudiciables ».

<sup>77</sup> Voy. les exemples cités par S. WELSCH, *Responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, pp. 96-100.

<sup>78</sup> S. PORCHY-SIMON, « L'information en santé depuis la loi du 4 mars 2002 », in M. BACACHE, A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades : 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 48. Il en est d'autant plus ainsi en Belgique, voy. E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, (p. 422) pp. 440-441.

<sup>79</sup> Il ressort d'un arrêt de la première chambre civile du 20 juin 2000 (*Bull. civ.*, I, n° 193, *D.*, 2000, somm., p. 471, obs. P. JOURDAIN, *Gaz. Pal.*, 22-24 avril 2001, p. 33, note F. CHABAS, et 2001, somm., p. 1442, obs. J. GUIGUE, *Defr.*, 2000, p. 1121, obs. D. MAZEAUD, *Rev. dr. sanit. soc.*, 2000, p. 729, obs. L. DUBOIS) que

n'est envisageable – à concurrence d'un pourcentage le cas échéant élevé des divers chefs de préjudices corporels – que si l'intervention n'était pas rigoureusement nécessaire, notamment parce qu'une alternative thérapeutique moins risquée existait, et s'il ressort de présomptions solides que le patient y aurait probablement renoncé. Cela n'est pas suffisant.

Il convient, pour éviter les écueils et impasses épinglés ci-dessus, de s'orienter vers la reconnaissance d'un préjudice moral<sup>80</sup> autonome dans le chef du patient victime d'une information lacunaire ou déficiente. On n'aperçoit pas pourquoi cette analyse aboutirait nécessairement à des solutions financièrement moins favorables que la prise en compte d'une perte de chance ; rien ne s'oppose à ce que la réparation d'un tel préjudice d'impréparation soit *substantielle*, fût-elle – bien entendu – évaluée *ex æquo et bono*. Aux juges d'en prendre l'exacte mesure et de sanctionner *efficacement* l'atteinte portée à un droit subjectif fondamental, dont l'existence est depuis longtemps pleinement consacrée.

### Section 3

#### Troisième temps : vers la reconnaissance d'un préjudice moral autonome, le préjudice d'impréparation

14. « En ne donnant pas une information, le médecin commet une faute qui consiste à ne pas avoir obtenu le consentement éclairé mais non pas, comme il est parfois soutenu à tort, le fait de pratiquer une intervention non consentie »<sup>81</sup> ; « or, ici, un droit de la personnalité est en jeu : le droit à l'intégrité du corps humain. La violation de l'obligation de renseignement fait toujours au moins naître un préjudice moral »<sup>82</sup>. L'hypothèse – rare – d'une intervention absolument non consentie ne pose guère de difficultés : elle entraîne sans discussion aucune une indemnisation totale, le geste étant *ab initio* et irrémédia-

---

l'indemnisation est exclue s'il est *certain* que, même (complètement) informé, le patient aurait accepté l'intervention, car il n'a alors perdu aucune chance d'éviter la réalisation du risque induit par celle-ci, ce qui ramène au raisonnement habituel des juridictions belges exposé dans la section 1. Dans cette optique, le juge doit rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient, son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risque lui ont été proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, *les effets qu'aurait pu avoir une information complète sur son consentement ou son refus*. Voy. ég. en ce sens, Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 13 novembre 2002, *Bull. civ.*, I, n<sup>os</sup> 265 et 266, *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, p. 98, obs. P. JOURDAIN ; 4 février 2003, *Bull. civ.*, I, n<sup>o</sup> 40, *D.*, 2004, p. 600, obs. J. PENNEAU ; 31 mai 2007, *Gaz. Pal.*, 22-23 juin 2007, avis de M. l'avocat général SARCELET.

80 Il se pourrait que, dans certaines hypothèses, il ne soit pas exclusivement moral et se teinte d'une coloration matérielle ; voy. ci-dessous, n<sup>o</sup> 20, *in fine*.

81 Concl. de M. l'avocat général DE KOSTER précédant Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, n<sup>o</sup> 397, n<sup>o</sup> 12.

82 F. CHABAS, « L'obligation médicale d'information en danger », *Contr. conc. consom.*, 2000, chr., n<sup>o</sup> 8, p. 11.

blement (entièrement) fautif<sup>83</sup>. L'essentiel est ailleurs : toute faute sur le plan de l'information, lorsqu'elle est établie, modifie par définition la situation du créancier victime, et il serait inconcevable que la sanction de cette faute, qui correspond à la violation d'un droit subjectif, restât lettre morte. Il convient en effet de tirer les conséquences des principes proclamant le caractère essentiel du consentement éclairé. Et pour ce faire, imposer au patient une preuve impossible, confinant à l'arbitraire, n'est par essence pas satisfaisant, et le détour par la théorie de la perte d'une chance ne l'évite pas complètement.

On empruntera au professeur Glansdorff un résumé de la situation actuelle et l'ouverture vers celle, nettement meilleure, qui va être ici exposée : dès lors que la théorie de l'équivalence des conditions implique « de déterminer si le dommage se serait réalisé de la même manière si l'information ou le conseil avait été donné, et correctement donné », de deux choses l'une : « soit les éléments de la cause révèlent que la méconnaissance de l'obligation d'information a été l'une des conditions *sine qua non* du dommage, auquel cas celui-ci doit être réparé entièrement par le débiteur de l'obligation ; soit il apparaît que cette méconnaissance a pu fausser le cours des choses, sans avoir de certitude absolue à ce sujet : c'est un exemple classique d'application de la théorie de la perte d'une chance, qui se traduira par une réparation partielle, appréciée *ex aequo et bono* ». Mais le domaine médical montre que « les choses ne sont pas si simples », en particulier « lorsque le médecin n'a pas informé son patient des dangers d'une intervention chirurgicale ou des possibles effets secondaires d'un traitement médicamenteux. La jurisprudence belge est favorable à la méthode dite "de substitution", qui se fonde sur la détermination du comportement hypothétique du malade », mais la question de savoir « à quel patient précis faut-il faire référence : le "patient raisonnable", comme le fait généralement la jurisprudence belge, ou le "patient spécifique", ou encore une combinaison des deux » demeure floue, « aucun critère (n'étant) à l'abri de la critique ». D'où la forte tentation de s'orienter vers la notion « de privation d'une possibilité de choix », mise à l'honneur en doctrine française : « le défaut d'information est en soi un préjudice pour le patient, préjudice distinct du préjudice corporel éventuel », et il a nécessairement « pour conséquence que le patient perd la chance qu'il avait

<sup>83</sup> Voy. les réf. citées *supra*, note 26. On laisse de côté le cas particulier des *extended operations*, qui peut se résoudre par l'application de principes bien connus comme l'état de nécessité, lequel concerne non le dommage mais l'existence même d'une faute puisqu'il s'agit d'une cause de justification du comportement adopté (voy., sur cette problématique, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 147-151).

de prendre une décision en connaissance de cause », puisqu'on lui refuse – fautivement – la possibilité d'effectuer un choix véritablement éclairé<sup>84</sup>.

15. Notons, avant d'aborder le préjudice d'impréparation proprement dit, qu'une autre théorie a été développée par le professeur Fabre-Magnan, dans le cadre d'une étude approfondie portant sur le cas spécifique de l'avortement dont la mère a été fautivement privée par manque d'information<sup>85</sup>. L'auteur, qui pose très exactement que « le malade a un droit de choisir dont il ne doit pas être privé par une faute médicale. [...] Il y a, de par le contrat médical, un véritable droit à l'information dont l'inexécution suffit à justifier l'octroi de dommages-intérêts », souhaite « écarter l'utilisation de la notion de perte d'une chance en matière de responsabilité médicale. La chance est en effet un événement aléatoire, qui dépend du hasard et sur lequel il est possible de forger des statistiques, ce qui n'est pas le cas du point de savoir ce qu'aurait fait le patient s'il avait reçu l'information. » Elle suggère de recourir à la notion d'« exposition à un risque », qui trouverait « particulièrement à s'appliquer en matière de violation d'une obligation d'information » où « le débiteur, par sa réticence fautive, a soit exposé son créancier à un risque, soit le plus souvent, en ne l'avertissant pas d'un risque déjà existant, ne l'a pas mis en mesure de réagir et de choisir entre assumer pleinement ce risque ou tenter de le prévenir ». Cette théorie offre l'avantage de ne pas dépendre de la probabilité de réalisation du risque, mais implique une réparation intégrale du dommage subi lorsque (et uniquement si) le risque se réalise<sup>86</sup>. En cela, pour séduisante qu'elle soit, une telle optique nous paraît excessive et inadaptée à la spécificité de l'information médicale.

On la retrouve en doctrine belge sous la plume du professeur Durant, le risque auquel le patient peut être fautivement exposé étant « celui de ne pouvoir prendre attitude en évaluant tous les éléments de la situation *ou celui de ne pouvoir se préparer, psychologiquement et matériellement, à la survenance éventuelle d'un*

<sup>84</sup> Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 41-43, et la réf. citée à J.-L. FAGNART.

<sup>85</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, pp. 285-318 (et précédemment dans sa thèse, *De l'obligation d'information dans les contrats*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 1992). L'auteur souligne que l'avortement est « une liberté (de) la femme, dont le législateur tout à la fois permet, encadre et protège l'exercice », et qu'il en résulte que « le seul fait que le médecin l'ait fautivement empêchée d'exercer une liberté, une faculté offerte par la loi, suffit à établir un dommage », même si celui-ci, en tant qu'il « résulte de la violation de son droit à l'information, qui a entraîné l'impossibilité pour elle d'exercer la faculté d'avorter légalement prévue », « est certes délicat d'évaluation, mais il en va ainsi pour toutes les obligations d'information » (pp. 290 et 304). Sur cette question en jurisprudence belge, voy. Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS. Voy. ci-dessus, note 53.

<sup>86</sup> M. FABRE-MAGNAN, *ibid.*, pp. 312 et 314-315.

*dommage*. Dans cette perspective, il ne serait plus nécessaire de démontrer ce qu'aurait fait le patient s'il avait été correctement informé des conséquences possibles d'une intervention médicale ou de l'évolution d'une situation existante. Il suffirait d'établir qu'il a été privé de la possibilité de prendre une décision *ou de se préparer à affronter telle situation*. »<sup>87</sup> L'auteur développe cette idée dans une étude ultérieure : puisque ce n'est jamais le manque d'information qui, techniquement, provoque la situation dommageable, « la question qui se pose est donc (uniquement) celle de savoir s'il faut *attribuer* les conséquences dommageables au professionnel négligent », ce qui renvoie à la notion d'exposition fautive de la victime à un risque de réalisation du dommage. Dès lors que la personne exposée a été (fautivement) « privée de la possibilité de décider de la suite à réserver aux événements », il s'agirait, « plutôt que de reconstruire l'histoire du patient en se demandant ce qu'il aurait fait s'il avait pu exercer sa liberté décisionnelle en pleine connaissance de cause, comme on le fait actuellement », de constater que (i) le médecin est en faute pour n'avoir « pas mis son interlocuteur en mesure d'assumer pleinement les événements », autrement dit « d'en accepter la possible survenance », et (ii) « l'événement non assumé se réalise ». Cette thèse envisage donc également la réparation *intégrale* des conséquences dommageables de la réalisation du risque : « la prévisibilité du dommage (le risque non assumé) ne constitue-t-elle pas un pont suffisant pour asseoir la responsabilité du professionnel négligent ? Répondre affirmativement à cette question donnerait une pleine effectivité à la faute. Si l'on considère – et telle est bien la tendance – que ne se comporte pas comme un professionnel normalement prudent et diligent celui qui n'informe pas correctement son interlocuteur (en ne lui révélant pas certaines informations ou en lui transmettant des informations erronées), ne doit-on pas, en effet, aussi considérer que ce professionnel doit assumer les conséquences que, par son comportement, son interlocuteur n'a pu assumer lui-même ? »<sup>88</sup>

<sup>87</sup> I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, coll. CUP, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 25 ; mise en évidence ajoutée.

<sup>88</sup> I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. CUP, vol. 96, Liège, Anthemis, 2007, pp. 78-79, n<sup>os</sup> 58-61, et le renvoi aux auteurs français qui soutiennent cette position, soit, outre l'étude précitée de Mme FABRE-MAGNAN, F. ALT-MAES, « L'information médicale du patient, au cœur de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *Rev. dr. sanit. soc.*, 1994, p. 392 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, coll. Traité de droit civil (sous la dir. de J. GHESTIN), 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2006, pp. 235-236, n<sup>os</sup> 373 et 373-1. Il s'agit, pour le professeur Durant, de proposer une approche renouvelée de la causalité (la théorie attributive) qui permettrait la réparation intégrale des conséquences dommageables d'un risque non assumé, sur la base de l'idée – qui est transposable dans d'autres domaines que le domaine médical – « qu'en fin de compte, c'est le professionnel qui doit supporter le risque de l'incertitude lorsqu'il a failli à son devoir d'information » (p. 79, n<sup>o</sup> 61). Quels qu'en soient les mérites, cette thèse nous semble pour l'heure se heurter, dans le domaine de la responsabilité médicale, à l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2006 rappelé ci-dessus (n<sup>o</sup> 6).

Notons également que la théorie plus classique de *l'acte médical illicite* nous paraît manquer de nuances, principalement en ce qu'elle confond l'intervention non consentie et le consentement vicié par rétention d'informations quant aux risques. Elle semble avoir la faveur du droit suisse, à en croire une thèse récente signalant qu'« en cas d'inobservation d'une règle de l'art, il appartient au patient d'amener la preuve de celle-ci, ainsi que l'existence d'un dommage et d'un rapport de causalité entre la faute et le préjudice. Dans l'hypothèse d'une violation du devoir d'information, le thérapeute supporte le fardeau de la preuve. Le régime entre ces deux situations n'est pas exactement le même. *En cas de violation du devoir d'information, l'intervention tout entière est contraire au droit, même si celle-ci est médicalement indiquée et effectuée selon les règles de l'art.* Lors d'une mise en cause de la responsabilité du médecin pour erreur médicale, seul le geste erroné commis est contraire au droit. Cette distinction peut être justifiée par les sources juridiques différentes de ces deux régimes. L'information du patient puise ses fondements dans les droits de la personnalité et le droit à la liberté personnelle, visant à garantir, d'une part, le droit à l'autodétermination et, d'autre part, le droit à l'intégrité corporelle ; alors que le respect des règles de l'art a pour but de veiller à la qualité technique et scientifique des soins et trouve sa source première dans le contrat médical conclu entre le patient et son thérapeute. »<sup>89</sup>

**16.** Ce n'est pas la voie récemment empruntée par la Cour de cassation de France, à laquelle nous souscrivons et autour de laquelle sont charpentés les développements qui suivent.

Cette voie, c'est celle du *préjudice d'impréparation*. Il ne s'agit d'une idée neuve ni en France<sup>90</sup> ni même en Belgique, puisqu'on en trouve, fût-ce incidemment,

<sup>89</sup> C. DEVAUD, *L'information en droit médical. Étude de droit suisse, op. cit.*, pp. 181-182, et les arrêts du Tribunal fédéral cités ; mise en évidence ajoutée. En Belgique, le professeur Fagnart s'est un temps montré partisan de cette théorie, selon laquelle « le défaut d'information n'est pas une faute en soi. La faute est d'entreprendre un acte médical sans avoir recueilli le consentement éclairé du patient. Si cette faute n'avait pas été commise, c'est-à-dire si l'acte médical n'avait pas été entrepris, il est certain qu'aucune conséquence dommageable n'aurait pu en résulter. Il y a donc toujours une relation causale entre l'acte médical illicite et le préjudice corporel qui peut en résulter » (J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 111-112).

<sup>90</sup> Voy., envisageant le « préjudice moral qui peut résulter du fait que le patient se trouve confronté à un dommage à l'éventualité duquel en raison du défaut d'information il n'a pas pu se préparer », J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2004, p. 35, et surtout l'étude prospective et visionnaire de S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., p. 1121. S. PORCHY (« Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.*, 1998, chr., p. 379) souhaite pour sa part que la réparation du préjudice moral soit retenue quelle que soit l'issue de l'acte médical non – pleinement – consenti, à concurrence d'un montant modeste, le malade pouvant en outre demander réparation d'un préjudice d'une autre nature, la perte de chance de refuser l'intervention (p. 381).

l'expression sous la plume du ministère public près la Cour de cassation, dont on sait à quel point il influe sur les solutions adoptées par celle-ci, dès lors qu'il procède à une analyse approfondie de l'état du droit et de la jurisprudence de la Cour sur les questions posées par les pourvois dont il est chargé d'apprécier les mérites. Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2006<sup>91</sup>, c'est bien la réparation d'un *préjudice moral d'impréparation* qu'entrevoit M. l'avocat général de Koster lorsqu'il considérait, à propos de la question de la relativisation de la preuve du lien de causalité entre faute et préjudice lorsque la faute consiste seulement en un défaut d'information – « en clair, la constatation d'une possibilité de relation causale entre la faute et le dommage devrait suffire à établir la condamnation de l'auteur de la faute » –, que « le caractère inéluctable de l'opération constitue un élément prépondérant pour déterminer l'existence d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice subi. En clair, si l'opération était inéluctable, même mieux informé le patient s'y serait résigné. *Tout au plus, le défaut d'information peut-il être sanctionné par l'octroi d'une indemnité réparant le préjudice moral qui résulterait de l'absence de temps pour le patient à se préparer psychologiquement à l'opération et à ses conséquences futures.* Ce ne serait que dans l'hypothèse où l'intervention n'était pas inéluctable que le défaut d'information constituerait la cause de *l'entier dommage.* »<sup>92</sup>

Il ressort de cet arrêt du 12 mai 2006<sup>93</sup>, ainsi que de l'arrêt du 11 juin 2009<sup>94</sup>, que la jurisprudence de la Cour de cassation est actuellement fixée en ce sens que le patient, qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa personne sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé, doit, pour obtenir réparation *d'un dommage né de cette intervention*, établir l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. Est ainsi visé – même si la chose ne va pas de soi, d'autres dommages que des séquelles corporelles étant susceptibles de « naître d'une intervention » médicale – le dommage *consécutif à la réalisation d'un risque* inhérent à l'intervention en question : perforation du côlon au cours de l'ablation d'un polype pratiquée lors d'une coloscopie dans l'arrêt du 12 mai 2006, complications (non précisées) résultant d'une anesthésie péridurale dans celui du 11 juin 2009. Mais au-delà, la Cour ne donne aucune indication sur la teneur possible du « dommage né de

91 *Pas.*, n° 270.

92 Mise en évidence ajoutée. M. l'avocat général se réfère à l'arrêt précité de la Cour de cassation de France du 20 juin 2000 (*supra*, note 79) mais, ainsi qu'on va le voir, la jurisprudence française a nettement évolué depuis lors.

93 Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, n° 270, concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.T.*, 2006, p. 491, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116, note J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », pp. 122-127.

94 Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, n° 397, concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 27, note Q. VAN ENIS.

(l')intervention ». Tout l'enjeu est de *définir celui-ci*, ce qui ne peut se faire que par référence aux articles 1149 et 1151 du Code civil selon lesquels le préjudice consiste, lorsqu'il est consécutif à une faute contractuelle, à la fois dans la perte éprouvée par le créancier et dans le gain dont il a été privé, qui doivent être une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. La faute, consistant en une méconnaissance des devoirs d'humanisme et de conscience pesant sur le médecin et, plus concrètement, en l'irrespect de l'article 8, § 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, siège de l'obligation d'information préalable à toute atteinte corporelle, existe et, par hypothèse, est établie ; un dommage peut-il en être déduit ? La piste existe<sup>95</sup>.

C'est sans doute à Mme Hocquet-Berg que l'on doit d'avoir, dès 1998, ouvert cette nouvelle voie. S'il est impossible et en tout cas excessif de prétendre imposer au patient la preuve qu'il aurait refusé l'intervention s'il avait été au courant des risques, si la théorie du transfert des risques est rejetée comme inexacte par la Cour de cassation, si donc le dommage réparable en présence d'un défaut d'information ne saurait être le préjudice corporel comme tel, et si le détour par la notion de perte d'une chance de prendre une décision en pleine connaissance de cause n'est guère la panacée, il faudrait concevoir « de sanctionner l'atteinte au droit à l'information du patient indépendamment de tout jugement sur le résultat médical produit [...]. Il ne s'agit pas, en effet, de réparer un préjudice causé par la violation d'une obligation, mais de sanctionner l'atteinte à un droit. De la même façon devraient être sanctionnées les atteintes au droit du patient de consentir en pleine connaissance de cause à une intervention médicale, *même si les conséquences ont été finalement bénéfiques* », au moyen d'un « préjudice moral, constitué finalement par l'atteinte à la libre et exclusive maîtrise par l'individu de sa destinée », qui « réside essentiellement dans la méconnaissance de la volonté du patient, dans la possibilité qui lui a été refusée ou non-offerte d'effectuer un choix », étant entendu qu'il convient d'« analyser l'information médicale non plus seulement comme un devoir mais aussi comme un droit, un véritable droit subjectif du patient »<sup>96</sup>.

95 Voy. L. GRATTON, « Le dommage déduit de la faute », *Rev. trim. dr. civ.*, 2013, pp. 275-298.

96 S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *op. cit.*, p. 1125, nos 18-19, et p. 1127, nos 28-29 ; Voy. aussi S. PORCHY, article précité. Rapp., en Belgique, R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De *informed consent*-vereiste als raakpunt », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 452-454, qui considère également qu'il peut être question d'un dommage moral au cas où un patient subit une intervention sans y avoir consenti de manière éclairée, *même s'il en guérit*, ce que, sur le strict plan des principes, nous approuvons. Voy. ég. en ce sens S. HOCQUET-BERG et B. PY, *La responsabilité du médecin*, Paris, Heures de France, 2006, p. 31, n° 47 : « Il convient sans doute, *même en cas de réussite de l'intervention*, de réserver l'hypothèse d'un préjudice spécifique découlant de l'absence d'information, empêchant par exemple le patient d'envisager ce risque et de s'y préparer, mais aussi d'y préparer son entourage. Dans une telle hypothèse, il n'est donc pas exclu qu'une condamnation civile du praticien puisse intervenir, *même en l'absence de préjudice corporel*

17. Il aura fallu attendre, pour que cette suggestion soit entendue, un retentissant arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 3 juin 2010, abondamment commenté<sup>97</sup>, dont le message est lumineux : « Toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir. Le non-respect de ce devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu de l'article 1382 du Code civil, le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>98</sup>. En d'autres termes, le manquement au devoir médical d'information prend désormais, aux yeux de la Cour régulatrice française, les traits d'un *préjudice autonome*, détaché du plus ou moins franc succès des soins prestés et d'une recherche parfois passablement divinatoire de la décision qu'aurait prise le patient si – *quod non* – il avait reçu tous les éclaircissements souhaités. Le droit à l'information est ainsi conçu comme un droit *fondamental* du patient<sup>99</sup>, dont la violation est *intrinsèquement source d'un préjudice*.

Il convient de relever que la solution est affirmée au visa des articles 16 et 16-3, alinéa 2, du Code civil – qui posent le principe du droit à l'information et au consentement préalables que rappelle l'arrêt – ainsi que de l'article 1382 du même Code, et non plus de l'article 1147 qui était jusqu'alors la base tradition-

---

*déoulant de la faute commise, à condition toutefois que le patient rapporte la preuve d'un préjudice moral résultant de ce défaut d'information* ». La jurisprudence française n'est pas allée jusque-là (voy. *infra*, n° 20).

97 J.T., 2011, p. 109, note G. GENICOT, *D.*, 2010, p. 1484, obs. I. GALLMEISTER, et p. 1522, note P. SARGOS, *D.*, 2011, p. 45, obs. O. GOUT, et p. 2565, obs. A. LAUDE, *J.C.P.*, 2010, p. 1453, note S. PORCHY-SIMON, et p. 1015, obs. P. STOFFEL-MUNCK, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 571, obs. P. JOURDAIN, *R.D.C.*, 2010, p. 1235, note J.-S. BORGHETTI, *Petites Affiches*, 17-18 août 2010, p. 9, note R. MISLAWSKI, *Resp. civ. et assur.*, 2010, comm. 222, note S. HOCQUET-BERG, *A.J.D.A.*, 2010, p. 2169, note C. LANTERO, *Rev. dr. sanit. soc.*, 2010, p. 898, note F. ARHAB-GIRARDIN, *Méd. & Dr.*, 2010, p. 161, note F. VIALLA.

98 L'arrêt déféré à la censure de la Cour est cassé pour avoir écarté toute responsabilité d'un urologue qui avait manqué à son devoir d'information, au motif qu'il n'existait pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée, eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale, et qu'il était peu probable que le patient, dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de cette intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves.

99 L'arrêt se situe ainsi dans l'exacte lignée du précédent majeur constitué par l'arrêt *Teyssier* rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation française le 28 janvier 1942 (*D.*, 1942, jur., p. 63) : le « médecin est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques; en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, constitutif d'une faute personnelle ». Il permet ainsi, et là n'est pas le moindre de ses mérites, de réaffirmer le lien très fort qui unit l'obligation d'information à la dignité de la personne humaine (J.-R. BINET, *Droit médical*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2010, p. 131, n° 252).

nelle de la responsabilité médicale en France. De la sorte, celle-ci s'autonomise et perd sa nature contractuelle pour trouver désormais sa source dans la loi (soit l'article L.1142-1 du Code de la santé publique, lequel ne distingue plus selon la nature contractuelle ou délictuelle de la faute, lorsque les faits de la cause sont postérieurs à la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé) et, s'agissant de l'obligation d'information, pour s'enraciner sur un fondement quasi délictuel. Cette solution, déjà en germe dans un arrêt du 28 janvier 2010, fut rapidement confirmée par un arrêt du 14 octobre 2010<sup>100</sup>.

Par cet arrêt capital du 3 juin 2010, la Cour de cassation de France montre qu'elle « a su prendre conscience du quasi-déni de justice dans lequel elle s'était engagée en 2007<sup>101</sup> et [...] elle a rétabli de façon magistrale l'obligation de réparer le préjudice moral, y compris dans le cas où il serait démontré que même informé le patient aurait accepté de courir le risque de l'intervention »<sup>102</sup>. Il importe donc peu que l'intervention se soit techniquement bien déroulée, et *il n'y a pas lieu de se demander* si, dûment averti des risques encourus, le patient y aurait renoncé ou l'aurait néanmoins subie : le manquement au devoir d'information *cause en soi un préjudice* à la personne à laquelle l'information est due, lequel doit impérativement être réparé. Ce message, éclatant, franc et novateur, confère à n'en pas douter à l'arrêt du 3 juin 2010 un caractère « historique », ainsi que cela fut d'emblée relevé par l'un des plus éminents spécialistes français de la matière<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 28 janvier 2010, *D.*, 2010, p. 1522, note P. SARGOS, *Rev. dr. sanit. soc.*, 2010, p. 375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN. M. SARGOS évoque à propos de cet arrêt « le nouveau fondement de la responsabilité médicale générale » (note précitée, p. 1524) ; voy. aussi la note du même auteur sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 14 octobre 2010, *D.*, 2010, pp. 2683-2684, et celle de S. PORCHY-SIMON sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *J.C.P.*, 2010, pp. 1454-1455. Il y a là « une consécration de la nature autonome de la responsabilité professionnelle du médecin » et une décision « capitale sur le terrain des fondements car elle indique que les dispositions contenues aux articles 16 et suivants du Code civil ne sont pas purement incantatoires et que les principes qui y figurent peuvent féconder des solutions tout à fait pratiques » (J.-R. BINET, *op. cit.*, pp. 130-131, n° 252, et p. 216, n° 431).

<sup>101</sup> Arrêt du 6 décembre 2007 (*D.*, 2008, p. 192, note P. SARGOS, et p. 2894, obs. P. JOURDAIN, *D.*, 2009, p. 1306, obs. J. PENNEAU, *J.C.P.*, 2008, I, 125, n° 3, obs. P. STOFFEL-MUNCK, *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 272, obs. J. HAUSER, et p. 303, obs. P. JOURDAIN) cassant un arrêt ayant indemnisé un préjudice moral et affirmant, pour rappel, que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé ».

<sup>102</sup> C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, n°s 90-93, p. 457, n° 11.

<sup>103</sup> P. SARGOS, « Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », note précitée, *D.*, 2010, p. 1522.

18. Cette voie salutaire pourrait parfaitement être empruntée en Belgique; aucun obstacle ne s'y oppose<sup>104</sup>. La solution serait du reste cohérente avec la doctrine jurisprudentielle issue des arrêts de notre Cour de cassation des 14 décembre 2001 et 26 juin 2009<sup>105</sup>, desquels ressortent tant l'importance cardinale du consentement éclairé – déclinaison du droit de la personnalité à la maîtrise corporelle et qui implique dans le chef du praticien une obligation d'informer le patient d'une manière « suffisante [...] sur l'intervention qu'il préconise », laquelle « s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention » – que la circonstance que l'idée que, si le médecin n'a pas à répondre de l'aléa thérapeutique « pur », il doit faire en sorte que le patient s'y expose *en pleine connaissance de cause*. L'intégration dans notre droit de la solution préconisée, en cas de manquement fautif à l'obligation d'information, prolongerait ces enseignements et donnerait sa pleine effectivité au respect de la volonté du malade, entendu comme « une règle de portée générale, permettant de sauvegarder la liberté de décision du patient »<sup>106</sup>. L'atteinte à l'intégrité physique n'est en effet légitime – entre autres conditions – que si le bénéficiaire qui peut être escompté des soins projetés est proportionné aux risques qu'ils comportent; l'autonomie décisionnelle du patient doit lui permettre de se soumettre à tout risque qu'il juge raisonnable, car accompagnant un traitement potentiellement bénéfique, à l'indispensable condition qu'il en soit *dûment informé* et consente ainsi *en parfaite connaissance de cause*, en sachant à quoi il s'expose et en pouvant donc s'y préparer. Il n'est que temps de conférer à ces préceptes une véritable densité juridique.

<sup>104</sup> On pressent du reste quelques rares frémissements en ce sens. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 28 juin 2004 juge un gynécologue fautif pour avoir pratiqué sans nécessité médicale, au cours de l'accouchement par césarienne d'une patiente handicapée mentale qui refusait toute contraception, une stérilisation sans le consentement de celle-ci, et retient que « le dommage consiste uniquement en un dommage moral qui découle de la conscience de ce qu'une intervention médicale sérieuse a été pratiquée sans avoir été sollicitée et du sentiment d'impuissance qui accompagne cette conscience », ajoutant toutefois que « la stérilisation a prévenu des dommages plutôt qu'elle n'en a provoqué » (Anvers, 28 juin 2004, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 31, note N. COLETTE-BASECQZ, *Nj.W.*, 2005, p. 553, note S. CALLENS, *R.W.*, 2005-2006, p. 906; médecin condamné à une indemnité de... 1.000 euros en principal).

<sup>105</sup> *Supra*, n<sup>os</sup> 1 et 3.

<sup>106</sup> R. NERSON, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges offerts à Gabriel Marty*, Toulouse, P.U. Toulouse, 1978, p. 853; dans le même sens, P. LOKIEC, « La décision médicale », *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 642; voy. aussi S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Le droit de la bioéthique*, coll. Repères, Paris, La Découverte, 2009, pp. 31-46. C'est pourquoi l'obligation d'information et de renseignement « s'impose, par état, à tout praticien même non lié contractuellement à son client » (G. MÉMETEAU, « La présentation du droit médical dans la RTD civ. », *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, pp. 257-258).

En somme, l'orientation française ici décrite, très largement approuvée<sup>107</sup>, permettrait de mettre un terme à une situation intenable où, bien que l'affirmation du droit du patient d'être informé *avant* de consentir soit constamment défendue et mise en exergue, sa violation est (très) rarement retenue. Il s'agit pourtant dans son chef *d'un droit propre* dont il doit pouvoir revendiquer la sanction en cas de méconnaissance, *indépendamment des fautes susceptibles d'avoir été commises* dans le choix du traitement, dans l'exécution de celui-ci ou dans la surveillance post-opératoire ; la portée du devoir d'information se distingue au demeurant de la teneur et de l'étendue des tâches incombant à l'équipe médicale aux divers stades de la prise en charge. Or, l'on constate en pratique, ainsi que nous l'avons indiqué dans les deux premières sections de la présente étude, que notre jurisprudence rechigne à admettre qu'une faute retenue sur ce plan puisse entraîner dans le chef du patient *un préjudice propre*, d'ordre en tout cas moral. Elle parvient à constater que le consentement éclairé du patient fait défaut mais à ne pas en déduire que la responsabilité du praticien s'en trouve engagée. Il en résulte un paysage bien insatisfaisant et qui laisse un goût amer, dans lequel, étrangement et paradoxalement, le *principe* du consentement du malade à l'acte médical est pleinement admis, mais son défaut d'obtention paraît *in concreto* n'appeler aucune sanction spécifique *si aucune autre faute* n'est imputable au médecin et en tout cas si aucun dommage *physique* n'est présent<sup>108</sup>.

Le défaut d'information adéquate préalablement à une opération ne constitue, dans le chef du médecin, une faute qui engage sa responsabilité que si le patient démontre le lien de causalité entre cette faute et le dommage qu'il a subi, ainsi que notre Cour de cassation l'a affirmé dans l'arrêt du 12 mai 2006 rejetant la théorie du « déplacement des risques »<sup>109</sup>. Mais si, en pareil cas, le dommage ne saurait s'identifier aux séquelles de l'intervention elles-mêmes, aux conséquences de la réalisation du risque proprement dites, il y a place pour *un autre préjudice*, plus limité et mieux ciblé, qui, lui, se trouve en lien causal avec la faute « d'humanisme »<sup>110</sup> ou « de conscience » retenue dans le chef du praticien. C'est ce qu'affirme la Cour de cassation française. Elle n'indique pas que le préju-

---

107 Voy. les multiples références citées par ailleurs, not. aux notes 97, 113 et 115. Approuvée, répétée et suivie par les juridictions de fond : F. VIALLA, « La faute d'humanisme », in *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, colloque Université Montesquieu-Bordeaux IV, R.G.D.M., numéro spécial 2013, (p. 61) pp. 77-79, et les réf. citées.

108 G. GENICOT, « Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome », note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 111, et les réf. citées en note 13 ; E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », R.G.D.C., 2011, (p. 422) pp. 440-443.

109 Voy. *supra*, n° 6 et note 93.

110 Voy. récemment F. VIALLA, « La faute d'humanisme », in *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, colloque Université Montesquieu-Bordeaux IV, R.G.D.M., numéro spécial 2013, pp. 61-81.

dice consécutif à une information lacunaire ou déficiente *s'assimile* à celui qui découle de la réalisation du risque passé sous silence, mais qu'il existe en pareil cas *un préjudice*, que le juge est tenu de réparer.

Il est superflu et abusif, nous l'avons indiqué, de se demander *ce qu'aurait décidé le patient* s'il avait reçu l'éclairage qui lui a été tu : « donner au juge le pouvoir d'apprécier si un malade bien informé aurait accepté ou refusé l'opération relève d'une forme d'inquisition divinatoire, sinon arbitraire, en tout cas aléatoire, de sa conscience »<sup>111</sup>. Du reste, un doute subsistera très souvent, pour ne pas dire presque systématiquement, sur le point de savoir si, correctement et complètement informé, le patient se serait ou non soumis à l'intervention litigieuse qui s'est avérée dommageable. Qu'indemniser alors, puisqu'il ne peut s'agir des lésions encourues elles-mêmes, sous peine de méconnaître l'exigence d'un lien causal *certain*? En France, plusieurs auteurs soutiennent depuis longtemps que le défaut d'information médicale *entraîne, comme tel, un préjudice moral* dans le chef du patient ainsi pris au dépourvu, rejetant l'approche biaisée sous la forme d'une perte de chance<sup>112</sup> et dénonçant la situation insatisfaisante qui prévalait lorsque le défaut d'information, perçu comme la violation d'un droit subjectif, n'était pas adéquatement sanctionné<sup>113</sup>. Le fameux arrêt du 3 juin

111 C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit., p. 452, n° 2 in fine. Voy. *supra*, n° 8.

112 Ainsi que l'écrit par exemple le professeur Lambert-Faivre, la sanction de la perte d'une chance « se révèle totalement inappropriée pour indemniser le préjudice moral causé par la méconnaissance d'un devoir déontologique » ; ce biais « est inadéquat, illusoire et engendre des effets pervers » et « la sanction du défaut d'information, indemnisation déguisée de l'accident médical sans faute technique prouvée, est (alors) un leurre », cette sanction étant « éludée, faute d'être spécifique ». Au contraire, « sanctionne(r) le défaut d'information constitue une avancée remarquable de la déontologie et de l'humanisme médical : les droits de la personne et la dignité du patient exigent cette *vérité de la parole médicale* », car « le défaut d'information qui infantilise le patient est souvent ressenti comme une atteinte à la dignité de la personne, constitutive d'un préjudice moral spécifique, dont l'indemnisation demeurerait en tout état de cause à la victime » (Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, pp. 758-760, n° 591-2).

113 Voy. surtout S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., p. 1121, spéc. pp. 1125-1127, reliant de manière visionnaire l'atteinte au devoir d'humanisme au respect de la dignité du patient, « le droit au respect de (l')intégrité corporelle (faisant) incontestablement partie de (la) catégorie des droits de la personnalité ». Sur ce que le droit à l'information est un droit subjectif, voy. ég. F. ALT-MAES, « Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ? », *Gaz. Pal.*, 2003, doct., (p. 3639) pp. 3642-3645 ; M. BACACHE, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, dossier « Droit de la santé », (p. 1908) pp. 1911-1914. M. BÉNÉJAT (« L'autonomie de la responsabilité médicale pour défaut d'information (à propos de quelques arrêts rendus en 2010) », *R.G.D.M.*, 2011, n° 38, (p. 195) p. 203) y voit un droit qui « a seulement une fonction défensive », un « droit sanctionnateur ». Rapp. S. PORCHY, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.*, 1998, chr., p. 379.

2010, éclairé par un convaincant avis de M. l'avocat général Legoux auquel nous renvoyons<sup>114</sup>, a redonné vigueur aux analyses doctrinales en la matière<sup>115</sup>.

**19.** Des arrêts ultérieurs sont venus préciser la *consistance de ce préjudice*, qui suscita un bref débat. On pouvait en effet le concevoir comme *inhérent à l'atteinte portée au droit subjectif d'information*, à l'instar d'autres droits de la personnalité (image, honneur, vie privée) où le préjudice résulte de la seule constatation de l'atteinte<sup>116</sup>. Il a été avancé que « le défaut d'information médicale pourrait [...] générer un préjudice moral *inhérent* à la violation du droit à l'information, lui-même dérivé du droit au respect de la dignité de la personne humaine »<sup>117</sup>, mais pour constater aussitôt qu'une telle solution, selon laquelle « toute atteinte au droit à l'information devrait autoriser une réparation, même lorsque les risques non révélés ne se réalisent pas », et « la victime n'aurait pas à établir un préjudice ; il s'inférerait nécessairement de l'atteinte au droit », si elle semble

<sup>114</sup> Reproduit in *Gaz. Pal.*, 16-17 juin 2010, pp. 9-12; voy. G. GENICOT, « Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome », *op. cit.*, pp. 112-113.

<sup>115</sup> Sur la réparation du préjudice né du défaut d'information, singulièrement en tant que préjudice moral, voy., outre les réf. citées en note 113, F. ALT-MAES, « La faute éthique pour défaut d'information », in *La réparation du dommage médical. Rupture ou continuité depuis la loi du 4 mars 2002?*, R.G.D.M., 2010, n° 37, p. 35; F. ALT-MAES, « La réparation du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », *J.C.P.*, 2013, p. 547; D. DENDONCKER, « L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire », *R.R.J.*, 2001, p. 1031; V. HAÏM, « De l'information du patient à l'indemnisation... », *D.*, 1997, chr., p. 125; S. HOCQUET-BERG, « La place du défaut d'information dans le mécanisme des accidents médicaux », *Resp. civ. et assur.*, 2010, étude n° 5; C. RADÉ, « L'obligation d'information en matière médicale et l'office du juge », *Resp. civ. et assur.*, 2003, étude n° 7; F. VIALLA, « La faute d'humanisme », in *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, colloque Université Montesquieu-Bordeaux IV, R.G.D.M., numéro spécial 2013, p. 61; G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », *R.D.C.*, 2012, p. 1104. Ces études admettent l'indemnisation d'un préjudice à tout le moins moral consacrant l'autonomie de l'obligation médicale d'information, et généralement la prônent.

<sup>116</sup> En ce sens, voy., envisageant « de façon plus novatrice [...] un préjudice inhérent au droit violé », S. PORCHY-SIMON, note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *J.C.P.*, 2010, p. 1455. Nous renvoyons sur cette question à l'étude pénétrante d'E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 422, qui, après un préalable relatif à la nature juridique des droits de la personnalité, examine de manière approfondie, sous l'angle de la faute et du dommage et de son indemnisation, les droits à l'intégrité morale (pp. 425-436) et le droit à l'intégrité physique conçu comme un droit de la personnalité (pp. 437-443), critiquant les impasses belges et applaudissant la « position progressiste de la Cour de cassation française qui constitue une avancée remarquable de l'humanisme médical » et qui, « sur le plan humain, [...] contribue à l'édification d'un véritable statut du patient, dont la reconnaissance d'un droit à l'information constitue la clé de voûte » (p. 442, n° 39 *in fine*, et p. 443, n° 42).

<sup>117</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 9 octobre 2001, *Bull. civ.*, I, n° 249, *D.*, 2001, p. 3470, rapport P. SARGOS, note D. THOUVENIN, *J.C.P.*, 2002, II, 10045, note O. CACHARD, *Gaz. Pal.*, 25-27 novembre 2001, p. 53, note J. GUIGUE, *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, p. 176, obs. R. LIBCHABER, *J.T.*, 2002, p. 687, note Fr. OST et S. VAN DROOGHENBROECK : « le devoir d'information du médecin trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. »

« logique », n'en est pas moins « dangereuse par la force d'expansion qu'elle comporte » et « difficilement praticable » et, partant, « sujette à caution »<sup>118</sup>.

La majorité des commentateurs a ainsi privilégié l'analyse en termes de réparation d'un *préjudice d'impréparation*, défini comme le dommage « dont peut se plaindre tout patient qui n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement au risque qui lui avait été caché »<sup>119</sup>. C'est bien ainsi que l'a entendu la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation française. Un arrêt du 12 juin 2012 laissait encore planer quelque ambiguïté en fondant sur « les principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, ensemble l'article 1382 du Code civil », la réitération du principe selon lequel « le non-respect par un médecin du devoir d'information dont il est tenu envers son patient cause à celui auquel cette information était légalement due un préjudice (que) le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>120</sup>. Un mois plus tard, la haute juridiction se montre parfaitement claire dans un arrêt du 12 juillet 2012 approuvant une cour d'appel (Pau, 8 février 2011) d'avoir énoncé « *que, s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle* »<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 574.

<sup>119</sup> Voy. not. M. BACACHE, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, p. 1908; F. VIALLA, « La faute d'humanisme », *op. cit.*, p. 80. On doit ce concept et cette définition à M. PENNEAU (note sous Angers, 11 septembre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 50), lequel ajoute judicieusement : « Le respect dû à la personne est, après tout, la raison essentielle de l'obligation faite au médecin, en droit et en déontologie, d'informer loyalement son patient pour obtenir son consentement à l'acte proposé. Le défaut d'information, et le manque de respect qu'il révèle, est en toutes hypothèses source d'un dommage moral dont le patient peut se prévaloir. Il est, en effet, de constatation commune que l'on supporte moralement mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer, que celui qui était totalement imprévu. » Voy. aussi les percutantes considérations de M. l'avocat général LEGOUX dans son avis précédant l'arrêt du 3 juin 2010 (*supra*, note 114).

<sup>120</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 juin 2012, *D.*, 2012, p. 1610, obs. I. GALLMEISTER, et p. 1794, note A. LAUDE, *D.*, 2013, p. 41, obs. O. GOUT, *Rev. dr. sanit. soc.*, 2012, p. 757, obs. F. ARHAB-GIRARDIN, *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. 245, note S. HOCQUET-BERG, *J.C.P.*, 2012, p. 987, note O. GOUT, et p. 2066, obs. P. STOFFEL-MUNCK (cassation d'un arrêt fondant le rejet de la demande d'indemnisation consécutive à un défaut d'information sur ce qu'il n'était pas démontré que, mieux informé, le patient aurait refusé la technique proposée, qui était « sans risque connu et réputée apporter fréquemment un soulagement réel » : ce faisant, la cour d'appel « n'a pas tiré de ses constatations, desquelles il résultait que le patient, ainsi privé de la faculté de donner un consentement éclairé, avait nécessairement subi un préjudice, les conséquences légales qui en découlaient »).

<sup>121</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 juillet 2012, *D.*, 2012, p. 2277, note M. BACACHE, *D.*, 2013, p. 41, obs. O. GOUT, *J.C.P.*, 2012, p. 1036, note P. SARGOS, et p. 2066, obs. P. STOFFEL-MUNCK. La Cour ajoute « que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, qui n'a pas retenu la perte de chance, [...] a évalué (ce) préjudice moral ». Il s'agit certes d'un arrêt de rejet, mais qui valide expressément l'analyse reprise au texte.

20. Le préjudice d'impréparation s'en voit clairement consacré. Il l'est désormais également, en France, dans la jurisprudence administrative, le Conseil d'État ayant retenu qu'indépendamment de la perte de chance de refuser une intervention, le défaut d'information du patient des risques encourus lui ouvre, « lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir *du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* »<sup>122</sup>. On notera un apport important, étant la restriction de l'admission de ce préjudice à l'hypothèse où les risques tus se sont réalisés, et où donc existe un préjudice corporel. Cette restriction semble devoir s'appliquer également dans la jurisprudence judiciaire, suivant la préconisation de certains auteurs<sup>123</sup>, même si d'autres sont d'un avis contraire<sup>124</sup>.

Dans son dernier état, la jurisprudence judiciaire française confirme cette restriction. Il ressort d'un arrêt du 23 janvier 2014 (i) que le préjudice ici analysé est bien *d'impréparation*; (ii) qu'il suppose que *le risque tu se soit réalisé*; et (iii) qu'il peut se combiner avec la réparation de la perte d'une chance. Cet arrêt décide en effet « *qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques*

122 C.E. fr., 10 octobre 2012, D., 2012, p. 2518, obs. D. POUPEAU, A.J.D.A., 2012, p. 2231, note C. LANTERO, J.C.P., 2012, p. 1252, note F. VIALLA.

123 M. BACACHE, note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 juillet 2012, D., 2012, p. 2279; O. GOUT, obs. au D., 2013, p. 42, selon lesquels, dès lors qu'il est souligné que le droit à l'information est accessoire au droit à l'intégrité corporelle, « le préjudice moral qui en découle ne peut pas être autonome et se concevoir en l'absence d'une telle atteinte. La conséquence est heureuse dans la mesure où il aurait été aberrant de concevoir une responsabilité en présence d'une intervention bénéfique et dépourvue d'effets secondaires. En second lieu, le préjudice moral comporte deux composantes. Selon la Cour, il résulte à la fois du "ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle" et du "défaut de préparation aux risques encourus". Si la première est automatique, en ce qu'elle traduit la violation d'un droit subjectif, la deuxième, induite par le caractère accessoire de ce droit, varie au cas par cas, donnant au juge plus de souplesse dans l'évaluation de ce dommage. »

124 Selon le professeur Porchy-Simon, l'arrêt du 3 juin 2010 « affirme [...] l'existence systématique d'un préjudice en cas de non-respect de l'obligation d'information, préjudice que le juge doit obligatoirement indemniser. (Il) semble ainsi parfaitement cohérent au regard de la nature du droit à l'information. Si celui-ci est en effet un droit fondamental du patient [...], sa violation constitue en elle-même un préjudice, "inhérent au droit violé", ce qui en justifie la reconnaissance systématique, *indépendamment sans doute, et même si la Cour ne le dit pas, de l'issue de l'acte médical non consenti*. La solution nous semble mériter une totale approbation puisqu'elle permet enfin de doter le droit à l'information d'une sanction systématique, indépendamment du dommage corporel par ailleurs subi. » (S. PORCHY-SIMON, « L'information en santé depuis la loi du 4 mars 2002 », in M. BACACHE, A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades : 10 ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 48-49; du même auteur, note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, J.C.P., 2010, p. 1456). Adde S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, doct., (p. 1121), p. 1127. Selon E. LANGENAKEN (« L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 442, n° 40), « la seule atteinte au droit (à) l'information ouvre droit à réparation. Ce préjudice moral, constitué par l'atteinte à la maîtrise de son corps, serait chaque fois subi, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une appréciation *in concreto*. Si l'on mène ce raisonnement à son terme, il faudrait alors admettre l'indemnisation du patient mal informé même lorsque le risque attaché à l'intervention ne s'est pas réalisé. »

inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait *perdre au patient une chance* d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, *lorsque ce risque se réalise*, un préjudice *résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque*, que le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>125</sup>. Tel est le message le plus actuel venu d'outre-Quévrain. Limiter l'admission du préjudice d'impréparation à l'hypothèse où le risque tu s'est réalisé équivaut vraisemblablement, et on peut aisément le comprendre et l'admettre, à combiner, au regard du « principe du raisonnable »<sup>126</sup>, le fondement même du droit ainsi consacré – sanctionner, au regard des principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, *tout manquement fautif* au devoir d'information dont le patient est créancier – avec une forme bienvenue de pragmatisme « dans la mesure où il aurait été aberrant de concevoir une responsabilité en présence d'une intervention bénéfique et dépourvue d'effets secondaires »<sup>127</sup>.

On signalera enfin que, s'il paraît évident que le dommage ici envisagé est par essence d'ordre moral, rien n'interdit d'envisager qu'il puisse « se parer parfois d'une dimension patrimoniale lorsque le défaut d'information empêche la victime de prendre les précautions, notamment professionnelles, justifiées par l'éventualité de la survenance du dommage corporel »<sup>128</sup>.

**21.** Un dernier point important concerne *l'évaluation* du préjudice d'impréparation. La seule réserve opposée, en doctrine belge, au raisonnement ici décrit, selon lequel « le défaut d'information du patient entraîne en soi un préjudice distinct du préjudice corporel éventuel », serait « la difficulté [...] d'évaluer ce préjudice purement moral. Permet-il à la victime d'obtenir autre chose qu'une indemnité symbolique ? »<sup>129</sup> De même, la notion d'exposition à un risque « est peut-être séduisante, car elle résout le problème du lien de causalité, mais elle

<sup>125</sup> Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 23 janvier 2014, n° 12-22.123; mise en évidence ajoutée. Voy. ég. Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 9 février 2012, R.G.D.M., 2012, n° 44, p. 245, note P. SARGOS.

<sup>126</sup> Voy. P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », J.C.P., 2009, n° 46, p. 442.

<sup>127</sup> M. BACACHE, note précitée.

<sup>128</sup> P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 3 juin 2010, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, pp. 573-574. L'arrêt précité du Conseil d'État français du 10 octobre 2012 paraît bien le confirmer, en tant qu'il décrit le préjudice réparé comme provenant du fait que le patient n'a pas pu se préparer à l'éventualité de survenance du risque, *notamment en prenant certaines dispositions personnelles*, donc y compris sur les plans professionnel et patrimonial.

<sup>129</sup> J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in E. THIRY (coord.), *Actualités de droit médical*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 91, n° 91; du même auteur, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 108.

reporte la difficulté sur le plan du dommage » : en présence d'une exposition à un risque qui se réalise mais dont on n'a fautivement pas été averti, la réparation pourrait être intégrale, sinon il faudrait se contenter de « la réparation symbolique d'un préjudice purement moral »<sup>130</sup>. D'emblée, on n'aperçoit pas pourquoi l'évaluation d'un préjudice purement moral ne pourrait par définition être que symbolique ; outre qu'elle ne l'est pas (nécessairement) en droit du dommage corporel, cette question dépend de la force de conviction des plaideurs et du bon vouloir des magistrats. Pouvant être aplanie par la créativité des uns et des autres, cette « difficulté », au demeurant de pur fait, n'est donc pas insurmontable<sup>131</sup>.

Il convient assurément de veiller à ce que le montant de la réparation ne soit ni « de l'ordre du symbolique », ni à l'inverse « excessif, ce qui méconnaîtrait le principe de proportionnalité qui a une importance croissante, y compris dans les évaluations pécuniaires des effets de la responsabilité »<sup>132</sup>. La circonstance qu'il s'agit d'un préjudice par essence moral ne signifie nullement qu'il ne soit pas susceptible d'être *substantiellement réparé*, comme en témoigne la décision d'appel approuvée par l'arrêt de la Cour de cassation française du 12 juillet 2012, qui avait évalué le préjudice moral déduit de l'absence d'information à hauteur de la *moitié des lésions corporelles*, prenant entre autres en considération les critères de gravité du dommage, « ce qui est cohérent dès lors qu'il s'agit d'évaluer l'absence de préparation à celui-ci »<sup>133</sup>. Les premiers exemples, qui vont du simple au décuple<sup>134</sup>, laissent entrevoir de grandes disparités entre les

<sup>130</sup> Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006 p. 43. Sur la notion d'exposition à un risque prônée par les professeurs Fabre-Magnan et Durant, voy. ci-dessus, n° 15.

<sup>131</sup> La question ressortit bien entendu au pouvoir souverain des juges du fond : ils disposent d'une grande latitude pour évaluer le préjudice dont la réparation leur est demandée et apprécient en fait, et dès lors souverainement, dans les limites des conclusions des parties, l'étendue du dommage causé par un acte illicite ainsi que le montant de l'indemnisation tendant à sa réparation intégrale (Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, n° 614 ; 6 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, 515). Et le juge peut bien sûr déterminer le montant du dommage *ex æquo et bono* lorsque la victime ne produit pas (ou n'est pas en mesure de produire) les éléments lui permettant d'apprécier exactement celui-ci (Cass., 20 septembre 2001, *Pas.*, n° 479 ; 9 octobre 1997, *Bull.*, n° 395).

<sup>132</sup> C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2010, n°s 90-93, p. 458, n° 11, qui relèvent que, dans l'affaire ayant fait l'objet de l'arrêt très critiqué du 6 décembre 2007, « la cour d'appel avait [...] alloué 3.000 euros en réparation du préjudice moral de la victime afférent à l'absence d'information sur le risque grave qui s'était réalisé [...]. On peut penser qu'une somme aussi faible n'assure pas une réparation respectant le principe de proportionnalité. »

<sup>133</sup> M. BACACHE, note sous Cass. fr., 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 juillet 2012, *D.*, 2012, p. 2279.

<sup>134</sup> Toulouse, 18 juin 2012, *Resp. civ. et assur.*, 2012, comm. 247, note S. HOCQUET-BERG : 15.000 euros ; Civ. Anvers, 13 octobre 2011, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, à paraître : 1.500 euros (décisions citées par Th. VANSWEEVELT, « La violation de l'obligation d'information en tant que dommage autonome », préface rédactionnelle, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 267-268). Voy. ég. les décisions citées par F. ALT-MAES, « La répa-

juridictions, confinant à l'arbitraire d'une loterie ; on ne peut qu'espérer que les cours et tribunaux aurent à cœur de conférer à l'avenir au préjudice d'impréparation une consistance acceptable et non anecdotique.

## Conclusion

22. Plusieurs conclusions se dégagent de ce trop long parcours.

Premièrement, il est urgent d'abandonner le raisonnement artificiel consistant à se demander ce qu'un « patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances » aurait décidé s'il avait été correctement et complètement informé, et à s'en tenir à cette interrogation pour, le plus souvent sinon presque systématiquement, conclure qu'il aurait néanmoins accepté l'intervention, car celle-ci semblait inéluctable ou présentait en apparence une balance avantages/risques favorable. Ce faisant, outre qu'on modifie arbitrairement les données du litige, on laisse sans aucune sanction la violation d'un droit subjectif dont l'existence est pourtant pleinement consacrée. Visionnaire, le professeur Dalcq écrivait dès 1981 qu'« exiger que la victime apporte la preuve du fait qu'elle aurait refusé de consentir à l'intervention si son consentement avait été complètement éclairé et avant de connaître les risques qui se réaliseraient, est en réalité demander à la victime une preuve impossible. Au surplus, si l'on se place sur ce terrain, ce sont toujours les cours et tribunaux qui finiront par se substituer au malade lui-même, en présument ce que ce malade aurait fait, si son consentement avait été librement éclairé. C'est là une recherche qui ne peut aboutir qu'à des solutions arbitraires. »<sup>135</sup>. L'éminent spécialiste critiquait aussi, près de vingt ans plus tard,

---

ration du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », *J.C.P.*, 2013, p. 547, n<sup>os</sup> 27-28 (qui dresse un portrait mesuré de la nouvelle orientation ici décrite).

<sup>135</sup> R.O. DALCQ, note sous Liège, 23 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, n<sup>o</sup> 10.351, cité par J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *op. cit.*, p. 95, n<sup>o</sup> 100. Dans le même sens, G. VINEY et P. SARGOS, « Le devoir d'information du médecin », *R.D.C.*, 2012, pp. 1121-1122 : « apprécier si les circonstances permettent de penser que le patient, s'il avait été dûment informé, aurait ou non consenti à l'opération [...] repose sur une intrusion dans la psychologie du patient qui est extrêmement contestable et favorise encore une fois l'arbitraire ». Mlle Viney préconise (p. 1123) une approche plus audacieuse consistant à « revenir, sur le terrain de la responsabilité, à l'affirmation du principe de réparation intégrale du dommage causé par la faute du médecin, qu'il s'agisse d'une faute de soins ou d'un défaut d'information, étant précisé que, dans ce dernier cas, seules les conséquences dommageables du risque non révélé doivent être indemnisées, ce qui exclut toute réparation si le risque ne se réalise pas et impose, en cas de réalisation du risque, de distinguer soigneusement les conséquences de celui-ci – qui doivent être réparées – de celles de l'évolution normale de la maladie – qui ne doivent pas l'être ». Dans la même étude, P. Sargos dénonce de même « le recours à l'appréciation inquisitoriale, divinatoire – notamment lorsque la victime est morte ou en état végétatif – et pour tout dire arbitraire par le juge des probabilités qu'aurait eues *a posteriori* le patient, s'il avait été informé du risque, de refuser de le courir » (p. 1124).

le recours à la perte d'une chance, pour la même raison<sup>136</sup>.

Deuxièmement, au-delà de ce qui ressemble fort à une évidence, *une double certitude demeure*, à approcher d'une manière prudente et soigneuse, en étroite corrélation avec les circonstances de fait des espèces : s'il apparaît *certain que le patient dûment informé aurait refusé l'acte*, la réparation *intégrale* des conséquences dommageables de celui-ci peut être octroyée, puisqu'un lien causal certain relie alors la faute – qui s'apparente à une intervention purement et simplement *non consentie* – et le préjudice tel qu'il s'est effectivement réalisé, de sorte qu'il n'est pas question d'une perte de chance ; *a contrario*, s'il est *certain que le patient dûment informé aurait néanmoins accepté de courir le risque qui lui a été caché*, il n'a subi aucune perte de chance – celle-ci étant alors inexistante – en lien causal avec le défaut d'information, *mais il peut toutefois réclamer l'indemnisation d'un préjudice moral d'impréparation*.

Troisièmement, dans la plupart des cas, aucune de ces certitudes n'existera. Il conviendrait alors que la jurisprudence admette plus systématiquement que le patient insuffisamment informé a (irréremédiatement) perdu à tout le moins la *possibilité de prendre position en pleine connaissance de cause*, soit une « chance » dont la réalisation dépend non seulement du libre arbitre de la personne, mais aussi d'une pluralité de paramètres dont, au premier chef, l'exhaustivité, la fiabilité et l'honnêteté des renseignements obtenus. L'indemnisation de la perte d'une chance paraît à tout le moins s'imposer dans les hypothèses où l'intervention n'était pas rigoureusement nécessaire – notamment parce qu'une alternative thérapeutique moins risquée existait – et où il ressort de présomptions solides que le patient y aurait *probablement* renoncé. Il se verra alors allouer un pourcentage, le cas échéant élevé, des divers chefs de préjudices corporels découlant de la réalisation du risque tu.

Quatrièmement et *en toute hypothèse*, il serait indispensable, dès qu'est constaté un manquement *fautif* au devoir d'information, de réparer dans le chef du patient, victime d'une atteinte à un droit subjectif, un préjudice moral – et pourquoi pas, dans certaines circonstances particulières, également matériel – *d'impréparation*, en évaluant celui-ci à un montant raisonnable mais autre que purement symbolique. Dans les rares cas où une réparation intégrale peut être octroyée, celle-ci englobera bien sûr ce chef de dommage ; *dans tous les autres cas, il devrait s'agir d'un poste autonome* – susceptible d'être, le cas échéant, *combiné*

---

<sup>136</sup> R.O. DALCQ, « Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 421-422, n° 14 : la solution consistant à « considérer qu'en cas de défaut d'information par le médecin, celui-ci a fait perdre une chance à son patient de prendre une décision qui aurait été de nature à éviter la réalisation du dommage [...] paraît d'autant plus critiquable qu'elle impose au juge de décider en réalité à la place du patient ce que celui-ci aurait fait s'il avait été informé complètement des risques de l'intervention », ce qui confine à l'arbitraire.

avec la perte d'une chance, puisqu'il s'agit de deux choses différentes – réparant le préjudice consistant dans *le fait même* de ne pas avoir été, par suite d'une information lacunaire ou déficiente, suffisamment éclairé au seuil de l'opération ou averti du risque réellement encouru. Il est donc indépendant de la décision qui aurait été prise, de la teneur ou du contexte de survenance du risque, ainsi que de l'ampleur de ses conséquences dommageables (pourvu que celles-ci existent). Encore faut-il bien entendu réserver cette indemnisation à l'hypothèse où le risque *s'est effectivement produit* : le patient ne peut se plaindre de n'avoir pu se préparer à une éventualité qui ne s'est *in fine* (et fort heureusement) pas présentée.

23. Nous avons entamé cette étude par le rappel d'une évidence : il résulte du principe d'autonomie et d'autodétermination de la personne, pleinement consacré dans notre droit<sup>137</sup>, que chacun peut choisir de s'exposer à un risque, même élevé, pourvu qu'il sache exactement vers quoi il se dirige. Il y a là un *droit subjectif*, droit de la personnalité<sup>138</sup>, qui est bafoué lorsque des informations essentielles sont passées sous silence. On sait gré à la Cour de cassation française de l'avoir affirmé d'une manière autoritaire et éclatante. Nous formons le vœu que la jurisprudence belge souscrive à cette analyse novatrice, affranchisse ses raisonnements de tous les carcans – assurément celui de la comparaison avec « un patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances » – et consacre, *en toute hypothèse*, l'existence d'un préjudice *autonome*, d'ordre moral, dans le chef du patient victime d'une information lacunaire ou déficiente. La réparation de pareil dommage, par l'allocation de montants substantiels et non symboliques, marquerait assurément un réel progrès en ce qu'elle permettrait de rompre avec une situation regrettable et pour le moins paradoxale où le droit (bio)médical, dans son ensemble, ne cesse de mettre l'accent sur la prééminence de l'autonomie décisionnelle et de la maîtrise corporelle, avec pour corollaire l'exigence permanente d'un consentement effectif, pleinement éclairé par une information complète, mais où, par contraste, l'atteinte portée à ces valeurs humanistes essentielles reste le plus souvent dépourvue de sanction. On ne peut qu'espérer que notre Cour de cassation aura prochainement l'occasion de prendre une

<sup>137</sup> Et pas seulement par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient; voy. Y.-H. LELEU, G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-118; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé : aspects nouveaux*, Journées suisses 2009 de l'Association Henri Capitant, Bruxelles-Paris, Bruylant-LB2V, 2012, pp. 63-94.

<sup>138</sup> Nous renvoyons à nouveau sur ce point aux travaux d'E. LANGENAKEN, « Droits du patient, droits de la personnalité, indemnisation : quelle cohérence? », in *Les droits de la personnalité*, précité, pp. 93-118; « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », R.G.D.C., 2011, pp. 422-444. En doctrine française, voy. les réf. citées *supra*, note 113.

position de principe expresse à propos de la *nature du préjudice* que cause au malade le praticien qui ne s'acquitte pas, ou insuffisamment, de la dette d'information qu'il endosse à son égard, de manière à unifier une jurisprudence de fond disparate, insuffisamment assertive et confinant à l'arbitraire.

D'autres avant nous ont défendu cette orientation. C'est ainsi que le professeur Fagnart conclut son étude portant sur « Information du patient et responsabilité du médecin » par ce sage envoi : « Établir une relation causale entre le défaut d'information du patient et un accident médical qui se produit, est une œuvre périlleuse. [...] Dans l'immense majorité des cas, la preuve du lien de causalité est pratiquement impossible. On balance entre l'incertitude et l'arbitraire. Lorsqu'un problème ne trouve pas de solution raisonnable, c'est souvent parce qu'il est mal posé. Il faut sans doute admettre que, très généralement, le patient n'apporte pas la preuve certaine d'une relation causale entre le défaut d'information et une lésion physique. La seule approche raisonnable semble être celle qui est préconisée par la doctrine française. *Il faut réparer le dommage résultant de l'atteinte au droit à l'information du patient, et cela indépendamment de tout jugement sur le résultat médical produit.* La jurisprudence belge est-elle prête à opérer un revirement? Rien ne permet de l'affirmer. »<sup>139</sup>

À présent que cette « approche préconisée par la doctrine » est formellement consacrée, aux plus hauts niveaux juridictionnels, chez nos voisins, et en gardant à l'esprit la justification éminente qu'elle puise dans un respect *effectif* – c'est-à-dire doté d'une véritable sanction – du droit subjectif du patient à l'information, condition de son consentement éclairé, le temps n'est-il pas venu que notre jurisprudence opère ce salutaire revirement et s'engage résolument dans la voie d'une réparation systématique et effective de pareils dommages, par l'allocation de montants non dérisoires? Nous voudrions avoir montré que ce chemin, dans lequel nos voisins se sont méritoirement engagés, peut être emprunté sans crainte. La consécration du principe d'autodétermination de la personne que traduit l'arrêt du 3 juin 2010 et ceux qui l'ont suivi donne sa pleine et décisive mesure à la maîtrise corporelle et à l'autonomie décisionnelle, qui sont les ferments du droit (bio)médical moderne.

---

<sup>139</sup> J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *op. cit.*, pp. 96-97, n° 102; mise en évidence ajoutée. Le professeur Vansweevelt y est également favorable, et prédit que la jurisprudence belge suivra cet exemple français; il approuve cette option « qui permet de rendre le droit à l'information réellement contraignant et qui (n'astreint) pas le patient à une preuve de causalité difficile » (Th. VANSWEEVELT, « La violation de l'obligation d'information en tant que dommage autonome », préface rédactionnelle, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 266-268; du même auteur, « Het recht van de patiënt op informatie over de financiële gevolgen van een medische tussenkomst », note sous Cass., 19 décembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, (p. 386) p. 391).