

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

Le préjudice d'impréparation : un nouveau poste de préjudice en droit belge ?

Consentement du patient - Manquement au devoir d'information du médecin

Mémoire réalisé par **Alexandra Canivet**

Promoteur **Marie-Noëlle Derèse**

Année académique 2014-2015 **Master en droit**





Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

^{*} A ce sujet, voy. notamment http://www.uclouvain.be/plagiat.

Remerciements

Tout d'abord, je tiens à remercier ma promotrice, Madame Marie-Noëlle Derèse, pour son aide et ses conseils lors de la rédaction de ce travail.

Ensuite, je tiens à remercier le Professeur De Coninck ainsi que le Professeur Callewaert pour le temps qu'ils m'ont accordé lors nos entrevues, leur aide spontanée ainsi que pour leurs conseils référenciés.

Je remercie également le Professeur Dubuisson pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je voudrais également adresser toute ma gratitude à Madame Joëlle Lardinois, juge au tribunal de première instance du Brabant Wallon pour son soutien, ses conseils avisés ainsi que pour nos réguliers échanges de réflexion.

J'exprime également ma reconnaissance à l'égard de ma famille et de mes amis, tant pour l'intérêt qu'ils ont manifesté à l'égard de ce travail que pour leur soutien indéfectible et leurs encouragements pour mener à bien ce mémoire de fin d'études.

Enfin, je remercie toutes celles et ceux qui prendront le temps de s'intéresser à ce sujet qui m'a captivée.

Table des matières

Introduction	1				
Titre I : La relation médicale	3				
Chapitre 1 : La relation médicale unissant le médecin à son patient					
Section 1 : Principe et évolution	3				
Section 2 : Le contrat médical comme fondement	5				
Chapitre 2 : La responsabilité du médecin pour défaut d'information et de consentement	6				
Section 1 : Le consentement du patient comme limite à l'immunité du médecin	6				
Section 2 : Dépassement du contrat	7				
Titre II : L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient	8				
Chapitre 1 : Cadre juridique	8				
Chapitre 2 : Droit au consentement	9				
Section 1 : Nature du consentement requis	9				
Section 2 : Forme du consentement	11				
Chapitre 3 : Droit à l'information	11				
Section 1 : Distinction préalable	12				
§1 : L'information sur l'état de santé	12				
§2 : L'information sur l'acte médical envisagé, condition du consentement éclairé	12				
Section 2 : L'information préalable au consentement à l'intervention : contenu et form	ıe				
-					
Section 3 : L'information spécifique quant aux risques	14				
§1 : Les risques significatifs	14				
§2 : Les risques rares ou exceptionnels	15				
Titre III: La violation du devoir d'information et du consentement éclairé	17				
Chapitre 1 : Une responsabilité pour faute	18				
Chapitre 2 : Preuve du défaut d'information et de consentement éclairé	19				
Section 1 : Charge de la preuve	19				
Section 2 : Preuve d'un fait négatif	20				
Chapitre 3 : Le dommage réparable en lien causal avec un manquement à l'obligation d'information	22				
Section 1: Régimes portant sur la réparation du dommage résultant du défaut d'information	23				
§1 : Théorie classique	23				

§2: Théorie de la perte d'une chance	25
§3 : Rejet de la théorie du déplacement des risques	27
Section 2: Limites de ces théories et alternative proposée par la jurisprudence français	se 28
Titre IV : Vers la reconnaissance du préjudice d'impréparation	30
Chapitre 1 : Evolution de la jurisprudence et consécration en France	30
Section 1 : Analyse des arrêts pertinents	31
§1 : Arrêts du 7 février 1990 et du 6 décembre 2007 de la Cour de cassation françai	se
	31
§2 : Arrêt du 3 juin 2010 de la Cour de cassation française	32
§3 : Arrêt du 12 juillet 2012 de la Cour de cassation française	36
§4 : Arrêt du 10 octobre 2012 du Conseil d'Etat français	37
§5 : Arrêt du 23 janvier 2014 de la Cour de cassation française	39
Section 2 : Contours du préjudice d'impréparation	40
§1 : Notion et consistance du dommage réparable	41
1. Un dommage moral ?	41
A. Apport de la doctrine	42
B. Apport de la jurisprudence ultérieure	42
2. Un dommage « autonome » ?	44
A. Position traditionnelle	44
B. Position nouvelle	45
3. Un dommage moral complémentaire et particulier ?	46
§2 : Evaluation et montant de l'indemnité	
1. Le <i>Quantum</i> de la réparation allouée au titre du préjudice d'impréparation	47
2. Difficultés d'évaluation, un obstacle ?	50
§3 : Une fonction indemnitaire ou punitive ?	
Section 3 : Incidence de la création du fonds des accidents médicaux	54
§1 : Origine et principe	54
§ 2 : La prise en charge du préjudice d'impréparation ?	
Chapitre 3 : Vers un alignement à la jurisprudence française en droit belge ?	
Section 1 : situation actuelle	
Section 2 : Un constat : le positionnement favorable de la doctrine majoritaire belge	
Conclusion	
Bibliographie	
C 1	

Introduction

Les accidents médicaux font malheureusement partie de la vie et peuvent affecter celle de tout un chacun au moment où l'on s'y attend le moins. Ces dernières années, le droit médical a connu d'importants bouleversements législatifs et jurisprudentiels l'amenant ainsi à présenter une nouvelle physionomie des rapports juridiques existants entre le médecin et son patient. Il en résulte d'inévitables répercussions sur le plan de la responsabilité civile médicale, matière sensible et d'actualité en ce qu'elle contribue à façonner la médecine de demain.

Aujourd'hui, la problématique de l'information et celle du consentement du patient occupent une place centrale dans le droit de la responsabilité médicale en ce qu'elles s'avèrent fondamentales à la réalisation de l'acte médical.

« Alors qu'il était auparavant exceptionnel d'invoquer l'absence d'information et, donc, par ricochet, de consentement éclairé comme fondement d'une action en responsabilité médicale, un tel fondement est aujourd'hui très fréquent, ce qui a entraîné depuis le début des années 1990, des discussions pléthoriques sur la question » ¹.

Le présent travail tentera d'attirer l'attention sur la complexité d'aboutir, au regard de la responsabilité de celui qui pose un acte médical, à la réparation du préjudice que subit le patient à la suite d'une faute du médecin qui a manqué à son obligation d'information. Devant le constat d'une situation actuelle jugée insatisfaisante, le préjudice dit « d'impréparation » entre en scène.

Notre travail s'effectuera essentiellement en trois temps.

La première étape consistera à mettre en lumière la relation médicale qui unit le prestataire de soins à son patient. En tant que notions essentielles pour l'ensemble de nos développements ultérieurs, nous définirons succinctement ce que recouvrent les concepts du droit à l'information et du droit au consentement libre et éclairé du patient.

Ensuite, il conviendra également de voir comment notre droit aborde la réparation du dommage lié au manquement du médecin à son obligation d'information.

⁻

¹ B. DE COCQUÉAU ET P. HENRY, « L'information et le consentement : les nouvelles balises » in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement (sous la dir. de G. SCHAMPS), Bruxelles, L.G.D.J-Bruylant, 2008, p. 25.

Dans un second temps, il nous semble judicieux de retracer les évolutions importantes de la jurisprudence française qui ont contribué à la naissance et au déploiement du préjudice d'impréparation.

Enfin, nous entamerons, dans une troisième partie, une analyse plus conceptuelle de ce nouveau poste de préjudice en pleine effervescence. Cette étape consistera en une réflexion personnelle et critique sur les conséquences de ce que l'analyse du droit français en la matière aura révélé.

Notons dès à présent que la jurisprudence belge n'a pas encore reconnu l'existence de ce préjudice d'impréparation. Seule la Cour de Cassation française s'est prononcée sur le sujet.

Que recouvre ce nouveau poste de préjudice ? A-t-il une réelle raison d'être ? Quels pourraient être les obstacles à sa consécration ? Quelle fonction joue-t-il au sein du droit de la responsabilité civile ? Comment se positionne la doctrine juridique belge ? Le droit belge pourrait-il se montrer réceptif à cette nouvelle jurisprudence française ?

Autant de questions auxquelles nous tenterons d'apporter des éléments de réponse.

Titre I: La relation médicale

Chapitre 1 : La relation médicale unissant le médecin à son patient

Section 1 : Principe et évolution

Si les colloques, ouvrages et autres articles d'auteurs se multiplient ces dernières années dans le domaine du droit médical, c'est sans doute que la situation actuelle peut être améliorée. Il suffit de consulter la doctrine ainsi que la jurisprudence en la matière pour constater que la responsabilité médicale subit actuellement une réelle mutation. Alors que de nos jours, la responsabilité médicale occupe une place de plus en plus importante dans l'ensemble du droit de la responsabilité, pendant plusieurs siècles, elle n'était que très rarement mise en cause et ne faisait pas l'objet de litiges au sein de l'activité judicaire².

Historiquement, le médecin était un homme de savoir pour le patient profane³. La relation médecin-patient suivait ce que l'on pourrait nommer le « modèle paternaliste »: le patient se confiait corps et âme au médecin chargé de le soigner.⁴ La thèse du paternalisme médical met ainsi en place, par définition, un rapport inégal traduisant l'idée de supériorité et de savoir dans le chef du médecin sur son patient qui ne peut faire autrement que d'acquiescer au modèle thérapeutique déterminé par son médecin.

Vers la seconde moitié du 20^{ième} siècle, la responsabilité médicale devient un contentieux important de l'activité judiciaire : les procès de responsabilité vont croissant et y incarnent le malaise de notre temps. Ce phénomène peut notamment s'expliquer par l'émergence des nouvelles technologies et une certaine vulgarisation de la médecine. Le patient ne se contente plus de l'unique représentation autoritaire du médecin puisque aujourd'hui, tout un chacun attend de la médecine qu'elle soit performante⁵. En prenant conscience de la maitrise qu'il a sur son propre corps, le patient ne se présente plus comme un être frêle ou chétif à protéger mais plutôt comme un véritable sujet de droit actif capable de prendre ses propres décisions.

² S. EL BANNA, F. BEAUTHIER ET J.-P. BEAUTHIER, « Réflexions sur l'accident médical et ses implications médico-légales. Le consentement éclairé », *Rev. Med. Brux.*, 2013, p. 470.

³ M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin » in Les grandes décisions du droit médical (sous la dir. de F. VIALLA), Paris, L.G.D.J, 2014, p. 195.

⁴ B. DE COCQUÉAU ET P. HENRY, « L'information et le consentement : Les nouvelles balises », op. cit., p. 27.

⁵ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Droits du patient : Quelques réflexions », *R.G.A.R*, 2006, n° 14132 ; E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences » *in Droit médical*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 234.

C'est probablement ce passage du « patient passif » au « consommateur de soins » qui bouleverse de façon notable la relation de soins. Par le principe désormais prédominant du libre arbitre, chaque individu a le droit de décider ce qui est bon pour lui-même⁶. Le médecin spécialiste Jérôme Palazzolo vient conforter ce qui précède en énonçant : « Aujourd'hui, le patient n'est plus un spectateur passif des décisions prises par les médecins, il s'informe et devient un acteur du système de soins »⁷. Ces propos du célèbre psychiatre français nous permettent d'affirmer que la relation unissant le médecin et son patient a notablement évolué ces dernières années et présente désormais un nouveau visage⁸.

Cette évolution de la relation unissant le médecin à son patient n'est pas sans conséquence. Désormais, la question de l'information et du consentement du patient à l'acte médical au sein de la sphère juridique se trouve, sans conteste, au cœur des débats de l'actualité judiciaire⁹. Le patient ne vit plus l'échec comme une fatalité et est capable d'agir en cas de défaillance du système des soins de santé. Parfois loin de l'idéal du colloque singulier, le médecin peut ainsi se voir assailli des questions de responsabilité, de dommage et de réparation¹⁰.

Voici donc le contexte dans lequel nous évoluons. Il convient toutefois de nuancer le constat amorcé par certains auteurs selon lequel le patient se montre désormais plus méfiant à l'égard de son médecin et fragilise par ce fait la relation de confiance qui doit exister entre le médecin et son patient. La patientèle, dans sa grande majorité, reste satisfaite de la prise en charge qui lui est proposée et reconnaissante vis-à-vis de son médecin même si une certaine tendance à la défiance a pu être observée¹¹.

-

⁶ J. TER HEERDT, « Information to patients : de doos van Pandora ? », T. Gez., 2009, p.3.

⁷ J. PALAZZOLO, « L'évolution de la relation médecin malade », *Cerveau & Psycho*, n° 18, 2006, p. 70.

⁸ M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *R.G.D.M.*, 2013, p. 22.

⁹ B. DE COCQUÉAU ET P. HENRY, « L'information et le consentement : les nouvelles balises » op.cit., p.25.

¹⁰ J.-J. ROMBOUTS, « Avant-propos » in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement (sous la dir. de G. SCHAMPS), Bruxelles, L.G.D.J-Bruylant, 2008, p. 9.

¹¹ G. GENICOT, « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical » *in Nouveaux dialogues en droit médical* (sous la dir. de G. GENICOT), Limal, Anthémis, 2012, p.8.

Section 2 : Le contrat médical comme fondement

Historiquement, la relation médicale entre le patient et le prestataire de soins reposait sur un contrat¹². L'arrêt fondateur de ce principe est l'arrêt Mercier rendu le 20 mai 1936 par la chambre civile de la Cour de cassation française à la suite duquel le législateur belge s'est empressé d'approuver l'enseignement¹³. Ainsi, le contrat médical s'analyse en un contrat synallagmatique au sens strict faisant naître dans le chef de chacune des parties des obligations réciproques : lorsqu'une personne se trouve dans un état de santé défaillant, elle va s'adresser à un médecin afin que celui-ci accepte de la prendre en charge. Il y a bien rencontre entre les volontés des deux parties.

Il en résulte que le droit commun des contrats et la théorie des droits de la personnalité sont transposables au contrat médical¹⁴. En vertu des articles 1108 et 1109 du code civil et de la théorie classique des vices de consentement, la condition du consentement à une convention doit être remplie. Afin d'éviter que ce consentement ne soit vicié, les parties au contrat doivent se fournir mutuellement une information préalable, complète et claire, sur les éléments du contrat afin qu'elles puissent s'engager en toute connaissance de cause¹⁵.

La qualification de la relation médicale comme « contrat médical » prévaut en droit belge lorsqu'elle concerne le droit à l'intégrité physique¹⁶. Cependant, nous verrons que lorsqu'il s'agit de droits de la personnalité protégeant l'intégrité morale, il convient d'aborder la relation médicale sous l'angle de la responsabilité civile délictuelle. Ainsi, nous verrons que la jurisprudence actuelle en la matière privilégie le domaine de la responsabilité aquilienne visée par l'article 1382 du code civil¹⁷.

_

¹² M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, 2013, p. 39.

¹³ Cass. fr., 20 mai 1936, D., 1938, I, p. 88, concl. P. MATTER.

¹⁴ G. GENICOT, « 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 », *op. cit.*, p. 79.

¹⁵ Mons, 29 juin 2004, Rev. dr. santé, 2006-2007, p. 34.

¹⁶ 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. 437.

¹⁷ Cass. fr. (1^{ère} civ.), 28 janvier 2010, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 20; Cass. fr. (1^{ère} civ.), 3 juin 2010, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 128.

Chapitre 2 : La responsabilité du médecin pour défaut d'information et de consentement

Section 1 : Le consentement du patient comme limite à l'immunité du médecin

Le droit reconnaît au médecin la possibilité de porter atteinte à l'intégrité physique de son patient sans se voir infliger pour autant de sanctions pénales ou d'obligation de réparer d'éventuelles lésions qu'il a causées de par l'acte médical entrepris¹⁸. Il s'agit d'un des rares cas où, dans un état de droit, il est permis de toucher à l'intégrité physique d'autrui sans être sanctionné¹⁹.

Cependant, cette immunité de principe connait plusieurs limites. Ces limites sont au nombre de trois : la faute technique, le but thérapeutique et le consentement libre et éclairé du patient²⁰. Nous n'analyserons que la limite du consentement libre *et éclairé* du patient, seule limite s'inscrivant dans le cadre de notre étude.

Il s'agit là d'une condition primordiale teintée d'une coloration tout à fait particulière par rapport au droit pénal classique puisque l'on autorise le médecin à toucher à l'intégrité corporelle du patient. L'arrêt du 14 décembre 2001 précité de la Cour de cassation avait ainsi rappelé que toute personne jouit des droits de la personnalité, qui comprennent le droit à la vie et à l'intégrité physique²¹.

Ainsi, c'est de manière unanime que doctrine et jurisprudence considèrent que toute atteinte à l'intégrité physique n'est légitime que si la personne concernée y a consenti²². Le médecin est considéré avoir commis une faute chaque fois qu'il porte atteinte au droit du patient de consentir à l'intervention. Nous analyserons ultérieurement en quoi consiste ce consentement éclairé.

¹⁸ B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I : *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du journal des tribunaux, n°74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 774.

¹⁹ Cass, 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p.2129, concl. Av. gén. J. DU JARDIN

²⁰ Nous nous contentons d'analyser la seule limite qui se révèle pertinente dans le cadre de l'étude et renvoyons le lecteur à l'ouvrage suivant pour une étude plus complète sur ce point : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 90-96.

²¹ Cass, 14 décembre 2001, *Pas.*, 200, p.2129, concl. Av. gén. J. DU JARDIN.

²² N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, Limal, Anthémis, 2013, p. 193.

Section 2 : Dépassement du contrat

Si l'obligation du médecin de recueillir le consentement éclairé du patient émane au premier chef du contrat de soins passé avec lui, elle a surtout une source extracontractuelle. En effet, la problématique de l'intervention médicale met davantage en jeu le droit du patient à faire respecter son intégrité physique, prérogative qui est reconnue à tous indépendamment de l'existence du contrat²³.

Suite aux questions qui entouraient le devoir d'information du médecin en vue d'éclairer le patient, la jurisprudence s'est peu à peu prononcée sur l'existence d'une responsabilité dont le fondement serait de nature délictuelle et non plus contractuelle²⁴. La responsabilité civile médicale se présente comme une construction juridique très spécifique puisqu'elle met en présence une relation unissant deux individus dont une place importante est consacrée aux droits fondamentaux. Il y a certes un contrat mais celui-ci est gouverné par des principes supérieurs tels que le respect de l'intégrité physique, le respect de la dignité humaine ainsi que le respect de l'autodétermination du patient sur son corps²⁵.

Traduisant une volonté de réparation facilitée et une consécration des droits fondamentaux de la personne, la Cour de cassation française a, par un arrêt du 9 octobre 2001, ainsi fondé le devoir d'information incombant au prestataire de soins sur l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine. L'obligation d'information, raison d'être de la dignité humaine, dépasse par conséquent le contrat médical²⁶.

_

²³ S. EL BANNA, F. BEAUTHIER ET J.-P. BEAUTHIER, « Réflexions sur l'accident médical et ses implications médico-légales. Le consentement éclairé », *op. cit.*, p. 472.

²⁵ Y.-H. LELEU, G. GENICOT ET E. LANGENAKEN, « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications » in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-118.

²⁶ M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, p. 48.

Titre II : L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient

L'information et le consentement du patient sont deux droits fondamentaux du patient inscrits dans deux dispositions distinctes, les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Il est important de bien distinguer ces deux droits bien qu'ils soient intimement liés²⁷.

Chapitre 1 : Cadre juridique

La sphère juridique n'est pas demeurée insensible face aux évolutions qui caractérisent la relation médicale²⁸. Si le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé sont désormais consacrés par la loi, il s'agit cependant de principes relativement anciens. En effet, ces droits reconnus au patient existaient déjà au travers des articles 29 et 33 du code de déontologie médicale élaboré par le conseil de l'ordre des médecins ainsi qu'au travers de différents instruments internationaux successivement adoptés²⁹.

Néanmoins, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient est venue leur fixer un nouveau cadre. Elle a rassemblé en un corps de texte les droits du patient que l'on retrouvait de manière éparse dans la jurisprudence et divers textes de loi. Le législateur est ainsi intervenu pour affirmer cette double obligation qu'a le médecin d'informer son patient et celle d'obtenir son consentement³⁰. Cette intervention législative marque la tentative d'un rééquilibrage de la relation unissant le médecin à son patient et permet à ce dernier, considéré comme partie faible, de voir ses droits respectés³¹.

Si cette loi n'a pas pour objet de régir la responsabilité médicale, elle se présente tout de même comme la garante des aspects humains inhérents aux soins de santé afin d'éviter, dans

²⁷ D. MAYREUS ET P. STAQUET, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin », *D.C.C.R.*, 2002, p. 12; art. 7 et 8 de la L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, p. 43719.

²⁸ G. SCHAMPS, « Introduction », op. cit., p. 15.

²⁹ D. MAYREUS ET P. STAQUET, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin », *op. cit.*, p. 4 ; art. 5 de la Convention des droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, adoptée à Oviedo le 4 avril 1997, art. 3-1 de la Déclaration d'Amsterdam, adoptée à Amsterdam le 30 mars 1994 et les articles 3 et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, adoptée à Rome le 4 novembre 1950.

³⁰ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Droits du patient : Quelques réflexions », *op. cit.*, n° 14132 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient » *in Droit médical* (sous la coord. de Y.-H. LELEU), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 12.

³¹N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, op. cit., p. 187.

la mesure du possible, les conflits éventuels qui pourraient surgir entre les acteurs concernés³². Ainsi, le législateur vient renforcer la position de l'individu « en majorant l'importance de l'information et du consentement : d'un statut de patient objet de soins, on passe à un statut d'individu aux droits et libertés affirmés »³³. Si la loi met en exergue les droits fondamentaux du patient, nous devons toutefois admettre que leur concrétisation optimale ne se réalisera qu'au moyen de la mise en œuvre d'un partenariat solide et efficace entre le patient et le praticien professionnel.

Notons que, quelques mois avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 août 2002, le législateur français est également intervenu en consacrant ces deux droits dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui les a insérés dans le Code de la santé publique³⁴.

De véritables dispositions légales encadrent désormais ces deux droits dans les deux ordres juridiques et renforcent ainsi les obligations du médecin envers son patient³⁵.

Chapitre 2 : Droit au consentement

Section 1 : Nature du consentement requis

Rappelons que le recueil du consentement du patient constitue la principale condition de licéité de toute intervention médicale³⁶.

Le droit fondamental au consentement dans son acception la plus large doit revêtir plusieurs caractéristiques. Ainsi, la loi exige, pour que ce consentement soit certain et opposable, il faut qu'il ait été donné de façon libre et éclairée avant l'acte médical envisagé³⁷.

Le consentement libre signifie qu'il doit être donné en dehors de toute contrainte physique ou morale d'un tiers et délivré par un patient en état de comprendre et d'exprimer valablement sa volonté³⁸.

³² D. MAYREUS ET P. STAQUET, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin », *op. cit.*, p. 5.

³³ J. PALAZZOLO, « L'évolution de la relation médecin malade », op. cit., p. 75.

³⁴ P. HENRY, « A propos du consentement libre et éclairé » *in Droit médical* (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 166; P. ABERKANE, *La réparation du dommage médical et sa jurisprudence*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 99; L. du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O*, 5 mars 2002, p. 4118.

³⁵ Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », op. cit., p. 12;

³⁶ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 81.

³⁷ N. GALLUS, *Bioéthique et droit, op. cit.*, p. 191; Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13353.

Le consentement éclairé exige que le médecin transmette au patient toutes les informations dont il a besoin pour qu'il puisse consentir à un acte médical en toute connaissance de cause³⁹.

C'est ce que nous rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 14 décembre 2001 en énonçant que : « l'obligation d'information du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir le consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention » 40. Cet arrêt énonce notamment que l'obligation qui s'impose au médecin de recueillir le consentement du patient est étrangère au contrat qui lie les parties.

Cette simultanéité des obligations d'information et de consentement peut être parfaitement illustrée par l'expression usuelle issue du système juridique des Etats-Unis : « informed consent » ⁴¹.

Comme nous l'avons relevé, la relation de soins est caractérisée par son asymétrie. Pour remédier à ce déséquilibre entre les parties, l'exigence du consentement éclairé poursuit l'objectif essentiel de rééquilibrer cette relation et de préserver l'autonomie décisionnelle du patient et de sa maitrise corporelle⁴². En effet, ce sont les principes de dignité humaine, de l'autonomie du patient et du respect de son intégrité physique qui gouvernent le raisonnement en droit médical. Comme le souligne le Professeur Hennau-Hublet, lorsque l'intervention du praticien porte atteinte à cette intégrité, c'est le droit à l'intégrité physique dont jouit tout individu qui fonde l'exigence du consentement éclairé⁴³. A cet égard, certains admettent qu'il existe un droit subjectif dans le chef du patient, visant à pallier une atteinte à un droit de la personnalité⁴⁴.

⁴¹ H. Nys, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, p. 118.

³⁸ B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I : *Le fait générateur et le lien causal, op. cit.*, p. 777.

³⁹ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *op. cit.*, p. 192; M. REYNIER, «L'obligation d'information due par le médecin » *op. cit.*, p. 192; Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *op. cit.*, p. 30. ⁴⁰ Cass., 14 décembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, pp. 239 et s.; G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 78; R.O. DALCQ, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13488.

⁴² M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, p. 48.

⁴³ E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences » *op.cit.*, p. 244.

⁴⁴ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 83 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, *op. cit.*, p. 193.

De ce qui précède, nous retiendrons en conséquence que l'obligation d'information du praticien professionnel conditionne la réalité du consentement du patient et la licéité de l'acte médical⁴⁵.

Notons toutefois que ce principe intangible du droit du patient à consentir de manière libre et éclairée à toute intervention médicale connaît certains tempéraments tels que l'état d'urgence ou la vaccination obligatoire⁴⁶.

Section 2 : Forme du consentement

Le législateur belge n'a en réalité imposé aucune forme particulière à ce consentement.

Cependant, il ressort du texte de la loi relative aux droits du patient ainsi que de son exposé des motifs que le législateur privilégie tout de même que ce consentement soit donné verbalement, après une information elle-même verbale en raison du colloque singulier⁴⁷.

Cela n'empêchera pas le médecin ou le patient de solliciter auprès de l'autre partie un écrit permettant de fixer ce consentement⁴⁸. Ce support écrit sera ajouté au dossier médical du patient et peut s'avérer utile dans le cas où le patient serait amené à rapporter la preuve de l'absence de consentement et d'information⁴⁹. Le consentement éclairé peut revêtir deux formes à savoir un consentement soit exprès soit implicite (découlant du comportement du patient).

De plus, le consentement donné par le patient n'est pas éternel. Le patient peut le retirer à tout moment sans devoir motiver sa décision, et sans pour autant renoncer à une qualité de soin⁵⁰.

Chapitre 3 : Droit à l'information

Le droit à l'information étant un concept complexe et ambivalent, il convient d'opérer une distinction.

⁴⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK ET G. GATHEM, La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007, vol. I: Le fait générateur et le lien causal, op. cit., p. 775.

Pour une étude plus approfondie sur ce point, nous renvoyons le lecteur aux ouvrages suivants : P. HENRY, « A propos du consentement libre et éclairé » *op.cit.*, pp. 173-190 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 136-146.

⁴⁷ Projet de loi du 19 février 2002 relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2001-2002, 19 février 2002, n° 1642/001.

 $^{^{48}}$ W. DIJKHOFFZ, « De (onderschatte) impact van nieuwe vormen van soft law in het gezondheidsrecht », T. Gez., 2013, p. 214.

⁴⁹ Art. 8, § 1^{ier}, al. 3 de la L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée.

⁵⁰ Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *op. cit.*, p. 33 ; art. 8, §4 de la L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée.

Section 1 : Distinction préalable

§1: L'information sur l'état de santé

L'article 7 §1^{ier} de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient donne le droit au patient de recevoir « *toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable* »⁵¹. Notons que le droit à l'information du patient sur son état de santé existe indépendamment de tout traitement, même s'il n'existe pas de traitement ou si le patient refuse le traitement⁵².

§2 : L'information sur l'acte médical envisagé, condition du consentement éclairé

La distinction réside principalement en ce que l'article 7 §1^{ier} de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient énonce le droit à l'information en tant que tel tandis que l'article 8 §1^{ier} explicite quant à lui le droit à l'information préalable à tout consentement requis pour tout acte médical particulier envisagé par le médecin⁵³. Une information valable se présente ainsi comme le préalable indispensable au consentement éclairé, valeur cardinale au cœur de la relation de soins et de sa légitimité⁵⁴. Sous peine de voir engagée sa responsabilité, le médecin doit tout d'abord informer son patient sur la portée de l'acte médical qu'il va poser pour ensuite obtenir le consentement de son patient quant à cet acte.

Notons que le devoir d'information et l'obligation d'obtenir le consentement du patient sont reconnus depuis l'arrêt Teyssier du 28 janvier 1942 rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation⁵⁵. Fondateur de l'éthique médicale en cette matière, cet arrêt historique proclame que le respect de la personne humaine impose au médecin d'obtenir le consentement éclairé de son patient par l'information avant la réalisation de tout acte médical sur sa personne et qu'en violant cette obligation préalable accessoire, le médecin commet une atteinte grave aux droits du patient et manque à ses devoirs proprement médicaux.⁵⁶

⁵¹ Art. 7 de la L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée ; P. HENRY, « A propos du consentement libre et éclairé », *op. cit.*, p. 171.

⁵² Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », op. cit., p. 23.

⁵³ Art. 8, §1^{ier}, L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée.

⁵⁴ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 438; E. HANNOSSET, « Réflexions critiques sur l'évolution de quelques questions de droit médical », *Rev. dr. santé.*, 2000-2001, p. 127; M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin », *op. cit.*, p. 192.

⁵⁵ Cass. fr. req., 28 janvier 1942, D., 1942, p. 63.

⁵⁶ 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 », *D.*, 2010, p. 1522 ; M. REYNIER,

Comme le droit au consentement, le droit à l'information n'est pas un droit absolu. A ce titre, nous pouvons citer comme exceptions : le droit de ne pas savoir et l'exception thérapeutique⁵⁷.

Section 2 : L'information préalable au consentement à l'intervention : contenu et forme

Pour pouvoir consentir de manière éclairée à la réalisation d'un acte médical, le patient doit avoir reçu une information complète de la part du médecin.

Hormis le cas d'urgence, d'impossibilité d'informer ou de refus anticipé d'être informé, tout médecin prudent et diligent doit fournir au patient, préalablement et de manière claire, les renseignements requis afin que ce dernier puisse donner son consentement à l'intervention médicale visée en toute connaissance de cause⁵⁸. En effet, le consentement éclairé du patient n'a de portée effective que s'il est précédé d'une information complète ou du moins 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 part⁵⁹.

Ces informations portent notamment sur : « l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention »⁶⁰.

[«] L'obligation d'information due par le médecin », op. cit., p. 193 ; Cass. fr. req., 28 janvier 1942, D., 1942, p. 63.

⁵⁷ Pour une étude plus approfondie sur ces deux exceptions, nous renvoyons le lecteur aux ouvrages suivants : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, pp. 140-146 ; N. GALLUS, *Bioéthique et droit, op. cit.*, pp. 190-191.

⁵⁸ Civ. Louvain, 10 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 163.; B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I : *Le fait générateur et le lien causal, op. cit.*, Larcier, 2009, p. 785.

⁵⁹ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 78.

⁶⁰ Art. 8 § 2, L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée.

Ainsi, l'obligation d'information qui pèse sur le médecin concerne tant le diagnostic, que la nature et la portée du traitement ou de l'acte médical envisagé, les risques qu'il comporte ainsi que les effets secondaires qu'il peut provoquer⁶¹.

Quant à la forme de cette information, cette dernière était traditionnellement une information orale reposant sur le dialogue. Si les informations sont encore dans la majeure partie transmises oralement, « le patient peut demander que les informations soient confirmées par écrit »⁶².

Le contenu de l'information à communiquer au patient en vue de la manifestation de son consentement à l'acte médical représente une casuistique jurisprudentielle et doctrinale importante et en particulier l'information au sujet des risques liés à l'intervention. Elle constitue un point nodal des reproches en responsabilité médicale pour information lacunaire ou déficiente⁶³.

Section 3 : L'information spécifique quant aux risques

Si la nécessité d'une information préalable du patient sur les risques inhérents à un acte médical particulier n'est pas un principe nouveau, il reste que l'ampleur de ces risques devant être communiquée au patient est discutée.

§1 : Les risques significatifs

Bien qu'une partie de la doctrine estime que seuls les risques normaux, fréquents et prévisibles liés à l'intervention doivent être portés à la connaissance du patient en vue de recueillir son consentement éclairé, un second courant doctrinal, rejoint par Thierry Vansweevelt rejoint⁶⁴, préfère se tourner vers une autre théorie⁶⁵. Malgré de nombreux retentissements au sein de la doctrine et la jurisprudence, l'examen de la jurisprudence belge semble également valoriser la théorie dite des risques significatifs⁶⁶.

14

⁶¹ B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I : *Le fait générateur et le lien causal, op. cit.*, p. 783 ; Civ. Liège (6^e ch.), 26 mars 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n°13.752.

 $^{^{62}}$ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Droits du patient : Quelques réflexions », op. cit., n° 14132 ; art. 7, §2, al. 2, L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée.

⁶³ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, op. cit., p. 192.

⁶⁴ T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 211 et s.

⁶⁵ B. DE COCQUÉAU ET P. HENRY, « L'information et le consentement : Les nouvelles balises », op. cit., p. 54.

⁶⁶ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, op. cit., p. 192.

Dans le processus de sa décision d'accepter ou de refuser l'acte médical projeté, cette théorie tend à contraindre le médecin à informer son patient des risques dont il sait ou doit savoir qu'ils seront principalement pris en compte par une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances que le patient⁶⁷. Ce sont donc les risques pertinents pour une personne normale et raisonnable afin qu'elle puisse être en mesure de décider en pleine connaissance de cause si elle se soumet ou non à l'intervention médicale. Notons que les termes usés par l'article 8 § 2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient font référence aux « risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient » ⁶⁸. Cette formulation utilisée par la loi nous laisse à penser que le législateur rejoint cette théorie des risques significatifs ⁶⁹.

Ce caractère significatif des risques s'apprécie au regard de combinaisons de plusieurs critères pour le moins variables. Les critères auxquels l'on recourt sont la fréquence du risque, la nécessité thérapeutique, la gravité du risque et dans une certaine mesure, le comportement du patient dans l'évaluation des risques⁷⁰.

§2: Les risques rares ou exceptionnels

Une autre question est celle de la communication des dangers liés à l'acte médical dont la fréquence de survenance est faible, voire rarissime. Doivent- ils également être communiqués au patient ? Au milieu du XX^e siècle, la réponse était quasi unanime : ces risques ne devaient pas être déclarés, considérant qu'il ne s'agissait pas de risques pertinents pour le patient⁷¹. En d'autres termes, la jurisprudence considérait que le devoir d'information du médecin concernait uniquement « *les risques sérieux, connus et susceptibles de se présenter avec une certaine fréquence* »⁷².

Au fil du temps, la jurisprudence a cependant nuancé cette position pour se rapprocher de la solution retenue par la Haute juridiction française. Par un arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de cassation française énonçait « qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir

⁻

⁶⁷ Civ. Anvers, 12 mai 2004, Rev. dr. santé, 2005-2006, p. 221; G. GENICOT, Droit médical et biomédical, op. cit., p. 167.

⁶⁸ Art. 8, §2, L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, précitée.

⁶⁹ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 439 ; Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁰ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 169.

⁷¹ Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13353.

⁷² Bruxelles (9^{ième} ch.), 29 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK ET G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I: *Le fait générateur et le lien causal*, *op. cit.*, p. 785.

d'information vis-à-vis de son patient par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise $qu'exceptionnellement > ^{73}$.

Les risques graves de faible occurrence doivent ainsi être communiqués.

Par ailleurs, peu importe que les risques soient communément admis, le médecin doit tout dire à son patient. Il ne peut ainsi plus se retrancher derrière une renommée communément admise que tel risque est connu de tous⁷⁴. Désormais, cela implique que même si les risques sont des risques rares ou exceptionnels, à partir du moment où ils entraînent des conséquences lourdes pour le patient, le praticien a l'obligation de les divulguer.

Cette nouvelle tendance jurisprudentielle a été consacrée en Belgique par un arrêt du 26 juin 2009 de la Cour de cassation précisant que « 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 »⁷⁵.

De l'analyse de l'information requise, il en ressort qu'il s'agit d'une information spécifique, détaillée et personnalisée.

Force est de constater que cette matière relève essentiellement de la casuistique et que tout dépend des conséquences que peut engendrer l'acte médical envisagé. Ainsi, par exemple, plus l'intervention médicale est indispensable voire vitale, moins l'information quant aux risques sera cruciale. Plus le risque lié à l'intervention est susceptible de se réaliser fréquemment, plus l'information du patient quant à cette éventualité se justifie. A contrario, si la fréquence de survenance du risque est minime, le médecin n'entrera pas obligatoirement dans les détails. Par ailleurs, si les conséquences d'une intervention peuvent se révéler importantes, le praticien devra bien évidemment être suffisamment explicite en exposant clairement les conséquences possibles, que cette intervention peut entraîner, même si elles sont de fréquence exceptionnelle ou hypothétique. En outre, le comportement du patient, ses habitudes de vies, ses prédispositions pathologiques peuvent également accroître l'acuité ou la fréquence d'un risque particulier ⁷⁶.

-

 $^{^{73}}$ Cass. fr. (1^{ière} ch.), 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 686, obs. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK.

⁷⁴ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 439.

⁷⁵ Cass. (1^{ière} ch.), 26 juin 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 1681.

⁷⁶ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, 2010, p. 170.

Nous pouvons également mettre en exergue le côté anxiogène que cette information spécifique peut engendrer⁷⁷. Si le médecin souhaite être tout à fait tranquille du point de vue de son obligation d'information, il va en effet délivrer une information détaillée en exposant tous les risques attachés à l'intervention, même les plus rares. Dans ce cas, le patient risquerait de paniquer et cette angoisse pourrait être source d'un dommage dans le chef de ce dernier. Et cette angoisse risque finalement d'être source d'un dommage dans le chef du patient. De crainte qu'un risque, même rarissime, ne se présente, le patient pourrait refuser de se soumettre à l'intervention qui pourtant, se révèle bénéfique et nécessaire dans son cas⁷⁸.

En définitive, ces considérations nous permettent d'illustrer toute la délicatesse et subtilité de la matière et d'en faire ressortir le risque potentiel d'un effet pervers qu'entraînerait la délivrance d'une information totale et absolue au patient⁷⁹.

A côté de l'approche juridique, il convient de faire œuvre de psychologie en cette matière complexe mais éminemment humaine. L'information délivrée au patient doit être personnalisée et s'évaluera différemment en fonction des circonstances de l'espèce. Cette dernière doit être suffisamment complète et compréhensible afin que le patient puisse consentir à l'acte ou non en toute connaissance de cause ⁸⁰. La médecine n'est pas une science exacte et comporte son lot de de risques en ce qu'aucune intervention médicale n'est en réalité bénigne.

Titre III: La violation du devoir d'information et du consentement éclairé

Dans le cas où le patient n'aurait pas été adéquatement informé, il ne pourra pas avoir consenti en toute connaissance de cause à l'intervention proposée par son médecin. Le manquement au devoir d'information peut faire naître un contentieux dans lequel la responsabilité du médecin peut être engagée.

_

⁷⁷ B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I : *Le fait générateur et le lien causal, op.cit.*, p. 785.

⁷⁸ G. GENICOT, « Faute, risque, aléa, sécurité » in *Droit médical* (sous la coord. de Y.-H. LELEU), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 84.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ G. Genicot, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, p. 171.

Chapitre 1 : Une responsabilité pour faute

La responsabilité en matière médicale n'est guère différente de la responsabilité civile classique. Ainsi, les principes qui régissent la responsabilité civile de droit commun sont aisément transposables aux cas de responsabilité médicale.

Conformément aux prescrits du droit commun, pour que la faute médicale puisse entrer dans le champ du droit et ait une chance de déboucher sur une indemnisation, il faut impérativement que trois éléments soient réunis : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage⁸¹.

En Belgique, la responsabilité civile délictuelle est régie par l'article 1382 du code civil. Cette disposition énonce que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »⁸². Ainsi, il convient de rappeler que notre droit de la responsabilité est une responsabilité avant tout à base de faute.

Bien que la faute soit consacrée comme fondement général de la responsabilité, elle n'est nullement définie dans le code civil. En Belgique, « la responsabilité professionnelle du médecin s'étend à sa faute la plus légère, laquelle doit être appréciée en fonction du comportement d'un praticien normalement compétent, attentif et prudent placé dans les mêmes circonstances » 83. Le juge amené à statuer sur la responsabilité du médecin va en réalité confronter le comportement du médecin à celui qui peut être attendu d'un médecin de la même spécialité placé dans les mêmes circonstances 84.

Cependant, il convient de différencier la faute technique du prestataire de soins au regard des règles de l'art de la faute éthique, d'humanisme⁸⁵. En effet, la responsabilité du médecin peut être engagée non seulement en cas de faute technique mais également en cas de faute dite « d'humanisme », laquelle trouve sa traduction fréquente dans le manquement à l'obligation

jurisprudence 1996-2007, vol. I : Le fait générateur et le lien causal, op. cit., p. 798.

⁸¹ S. EL BANNA, F. BEAUTHIER ET J.-P. BEAUTHIER, « Réflexions sur l'accident médical et ses implications médico-légales. Le consentement éclairé », op. cit., 2013, p. 470.
82 Art. 1382 C. civ.

Rich 1502 C. Gr. 83 Civ. Louvain, 10 février 1998, R.G.D.C., 1998, p. 163; Civ. Charleroi (3^e ch.), 27 septembre 2005, Bull. Ass., 2007, p. 109

84 B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK ET G. GATHEM, La responsabilité civile. Chronique de

⁸⁵ G. MÉMETEAU, « L'information, droit fondamental du patient ? », Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences, vol. 26, 2015, n°1, p. 32; P. ABERKANE, La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, op.cit., p. 100.

d'information et au droit du patient à consentir de manière éclairée à l'acte médical. Il n'est plus question d'identifier la cause matérielle d'un préjudice corporel mais de sanctionner en amont la violation par le praticien professionnel de ce qui est sans doute son principal « devoir d'humanisme » ou de « confiance » 86.

Chapitre 2 : Preuve du défaut d'information et de consentement éclairé

En cas de contentieux, la question de la charge de la preuve du consentement éclairé devient un enjeu central dans le domaine de la responsabilité⁸⁷. L'information du patient en tant que donnée de nature principalement qualitative et subjective, ne s'impose pas si aisément dans le cadre de la charge de la preuve.

Section 1 : Charge de la preuve

Dans un premier temps, la jurisprudence belge ne s'était pas écartée des règles classiques que l'on applique dans les différentes matières du droit que représentent les articles 1315, alinéa premier du code civil et 870 du code judiciaire : celui qui revendique l'existence d'une obligation doit la prouver⁸⁸. Ainsi, il revenait au patient, demandeur, de prouver qu'il n'avait pas été informé ou de manière insuffisante et qu'il n'aurait pas marqué son consentement à l'acte médical litigieux s'il avait été correctement informé⁸⁹.

En France et jusqu'en 1997, la même règle en matière de charge de la preuve prévalait⁹⁰.

L'arrêt dit « Hédreul » prononcé le 25 février 1997 par la Cour de cassation française est cependant venu semer le trouble et ébranler cette jurisprudence pourtant bien établie⁹¹. Cet arrêt décide, en effet, au vu de l'article 1315, alinéa 2 du Code civil « que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation»⁹². La Cour de cassation française a ainsi adopté une

⁸⁶ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », op. cit., p. 81.

⁸⁷ M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », op. cit., p. 32.

⁸⁸ J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicale » in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 91.

⁸⁹ M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », op. cit., p. 33.

⁹⁰ B. DE COCQUÉAU ET P. HENRY, « L'information et le consentement : Les nouvelles balises », op. cit., p. 67.

⁹¹ Cass. fr. (1^{ère} civ.), 25 février 1997, *Bull.*, 1997, I, n° 75.

⁹² Art. 1315, al. 2, C. civ; E. HANNOSSET, « Réflexions critiques sur l'évolution de quelques questions de droit médical », op. cit., p. 129; Cass. fr. (1ère Civ.), 25 février 1997, Bull., 1997, I, n° 75.

position beaucoup plus sévère en mettant à charge du médecin de démontrer, par tout moyen, qu'il a correctement informé son patient et obtenu son consentement libre et éclairé à l'acte médical qu'il a posé afin d'échapper à tout contentieux susceptible d'engager sa responsabilité⁹³. La Cour inverse la tendance en faveur d'une protection accrue du patient⁹⁴.

Suite au prononcé de l'arrêt Hédreul, on a vu germer toute une série de décisions de juges du fond belges se ralliant à la position adoptée par la Cour de cassation française⁹⁵.

Toutefois, notre Cour de cassation a finalement pris le contrepied de la Haute juridiction française par le prononcé d'un premier arrêt inédit du 14 décembre 2001⁹⁶. Elle affirme que la charge de la preuve du manquement à l'obligation d'information du médecin repose sur les épaules du patient⁹⁷.

Cette position a par la suite été confirmée par deux arrêts du 16 décembre 2004. La Cour de cassation belge énonce dans le premier arrêt 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 » ⁹⁸.

Aujourd'hui, nous nous trouvons avec deux solutions différentes en France et en Belgique.

Section 2 : Preuve d'un fait négatif

Dans un second arrêt rendu également en date du16 décembre 2004, notre Cour de cassation s'est montrée sensible à la difficulté pour le patient de rapporter la preuve d'un fait négatif, à savoir le fait de ne pas avoir été complètement informé⁹⁹. Ainsi, par ce deuxième arrêt, la Cour a admis que « *la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif* »¹⁰⁰.

⁹³ T. VANSWEEVELT, « De schending van de informatieplicht alse en autonome schade », *T. Gez.*, 2012-2013, p. 266; M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin » *op. cit.*, p. 198.

⁹⁴ P. ABERKANE, La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, op. cit., p. 108.

⁹⁵ Liège, 30 avril 1998, Rev. dr. santé, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT; Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, Rev. Dr. Santé, 2001-2002, p. 34.

⁹⁶ Cass., 14 décembre 2001, Rev. dr. santé, 2001-2002, pp. 239 et s.

⁹⁷ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, p. 183; E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », *op. cit.*, p. 236.

⁹⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé.*, 2004-2005, 2005, p. 2992, note S. LIERMAN.

⁹⁹ E. VERJANS, « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van *het informed-consent-vereiste*", *T. Gez.*, 2015, p. 242.

¹⁰⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé.*, 2001-2002, p. 299, note S. LIERMAN.

Le juge du fond peut ainsi se satisfaire « *d'une vraisemblance en lieu et place d'une certitude* »¹⁰¹. Il est à noter que cet allègement de la charge de la preuve ne peut en aucune manière opérer un renversement de la charge de la preuve au profit du patient¹⁰². Si en fin de parcours un doute subsiste, la partie qui supporte la charge de la preuve assumera le risque de succomber.

Une autre souplesse dans cette exigence probatoire réside en ce que la preuve est libre. La jurisprudence belge permet que la preuve du consentement et de l'information communiquée puisse être rapportée par toute voie de droit¹⁰³. Le législateur français a également adopté la même solution par l'entremise de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé¹⁰⁴.

Au-delà de l'intérêt de ces deux arrêts de 2004 quant à la charge de la preuve, la Cour de cassation vient également préciser que l'obligation d'information du médecin est une obligation de moyen et non pas de résultat¹⁰⁵. La jurisprudence belge avance, qu'en règle, l'obligation qui incombe au médecin n'est pas celle de guérir le patient ou d'améliorer son état, mais bien celle de lui prodiguer des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises et actuelles de la science¹⁰⁶.

Le juge appréciera souverainement l'existence d'une telle faute d'humanisme dans le chef du médecin

_

¹⁰¹ Bruxelles (9^e ch.), 29 mars 1996, *Rev. dr. santé.*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE.

¹⁰² Cass. (1^{èrè} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé.*, 2004-2005, 2005, p. 2992, note S. LIERMAN; B. Dubuisson, V. Callewaert, B. De Coninck et G. Gathem, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I: *Le fait générateur et le lien causal, op. cit.*, p. 793.

¹⁰³ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, op. cit., p. 195.

¹⁰⁴ Art. L 1111-2 du Code de la santé publique.

¹⁰⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, 2010, p. 180.

Art. 34 du code de déontologie médicale; S. EL BANNA, F. BEAUTHIER ET J.-P. BEAUTHIER, « Réflexions sur l'accident médical et ses implications médico-légales. Le consentement éclairé », *op. cit.*, p. 472.

Chapitre 3 : Le dommage réparable en lien causal avec un manquement à l'obligation d'information

Comme tous les autres droits européens, le droit belge de la responsabilité civile consacre le principe de la réparation intégrale du dommage : « Rien que le dommage, tout le dommage » et ayant un lien de causalité certain entre la faute et le préjudice ¹⁰⁷.

Avant d'entamer l'analyse des différents régimes de notre droit de la responsabilité civile permettant la réparation de la victime en cette matière, il convient de distinguer la situation dans laquelle le médecin n'a pas obtenu le consentement du patient de celle où le consentement en question a été « vicié » par un manque d'information 108.

Dans l'hypothèse d'un défaut total de consentement, la situation paraît évidente. Si un patient subit un acte médical auquel il n'a pas consenti, voire même auquel il avait posé son refus formel, les risques ou effets dommageables générés par l'intervention sont, par hypothèse, la conséquence de l'acte fautif que constitue le défaut de consentement. Le processus de démonstration de la faute va ainsi se confondre avec celle de la causalité ¹⁰⁹.

A contrario, dans le cas où nous sommes face à un consentement « vicié » par manque d'informations, les choses en vont autrement. En effet, si la constatation du manquement du médecin à son obligation de recueillir le consentement éclairé de son patient est une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité du praticien, elle ne saurait être érigée en condition suffisante de la réparation¹¹⁰. Pour obtenir réparation, encore faut-il que le patient victime démontre qu'il a souffert d'un dommage et plus particulièrement que ce dommage puisse être relié à un défaut d'information¹¹¹. Outre le manquement au devoir d'information du prestataire de soins et le dommage qu'il a subi, il appartient au patient, partie

¹⁰⁷ R.-O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 4140 ; F. LEDUC, « La conception générale de la réparation intégrale » in La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux (sous la dir. de P. PIERRE ET F. LEDUC), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 32.

¹⁰⁸ B. DE COCQUÉAU ET P. HENRY, « L'information et le consentement : Les nouvelles balises », op. cit., p. 81.

¹⁰⁹ E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences » op. cit., pp. 249-250.

¹¹⁰ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 185.

¹¹¹ M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin » *op.cit.*, p. 201.

demanderesse de rapporter la preuve du lien de causalité unissant les deux¹¹². Jean-Luc Fagnart confirme ceci : « Sans causalité, il n'y a pas de responsabilité » ¹¹³.

Le professeur Dalcq a clairement affirmé : « En matière de responsabilité, la logique exige, pour que l'auteur d'une faute soit responsable, qu'il soit *certain* que le dommage en résulte »¹¹⁴. Or, établir avec certitude le lien de causalité entre ce défaut d'information et le dommage corporel s'est très vite révélé difficile pour la victime¹¹⁵. Les contentieux en responsabilité médicale peuvent donc être générateurs d'injustices et qui, on peut le comprendre aisément, peuvent laisser la victime perplexe et rongée par un sentiment de frustration. C'est ainsi qu'un long et laborieux parcours attend le plus souvent la victime afin de parvenir à une indemnisation du préjudice qu'il a subi.

Lorsque la responsabilité du praticien est retenue, quel est le dommage réparable en lien causal avec le manquement au devoir d'information? Le médecin doit-il prendre en charge les conséquences préjudiciables pour l'intervention alors même qu'il n'a pas commis de faute médicale au sens technique du terme?

Section 1: Régimes portant sur la réparation du dommage résultant du défaut d'information

Nous étudierons dans cette section la manière dont notre droit belge envisage la réparation d'une telle faute liée à un manquement à l'obligation d'information incombant au praticien professionnel.

§1: Théorie classique

Depuis le XIX^e siècle et de façon quasi-systématique, la jurisprudence belge a pour règle d'appliquer la théorie de l'équivalence des conditions¹¹⁶.

Pour parvenir à une indemnisation de son préjudice, le patient se doit de rapporter la preuve non seulement de la faute, c'est-à-dire en l'espèce le défaut d'information, mais également la

¹¹² E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », *op. cit.*, p. 250 ; P. ABERKANE, *La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, op. cit.*, p. 16.

J.-L. FAGNART, « Principes juridiques d'imputabilité du dommage psychique » in L'évaluation du dommage psychique. De l'imputabilité au taux (sous la dir. de P. LUCAS ET M. STEHMAN), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p. 55.

¹¹⁴ R.-O. DALCQ, Traité de la responsabilité civile, op. cit., n° 2556.

¹¹⁵ M. REYNIER, «L'obligation d'information due par le médecin », *op. cit.*, p. 201; E. VERJANS, «Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van *het informed-consent-vereiste* », *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁶ J.-L. FAGNART, « Principes juridiques d'imputabilité du dommage psychique », op. cit., p. 55.

preuve que si ce dernier avait été correctement informé, il n'aurait pas consenti à l'intervention du médecin¹¹⁷.

Est ainsi considérée comme causale la faute qui est la condition *sine qua non* du dommage, à savoir la faute sans laquelle le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*¹¹⁸. Pour déterminer s'il existe un lien de causalité entre un défaut d'information et le dommage, cette théorie nous invite à nous glisser dans la peau d'un patient raisonnable, prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances¹¹⁹. Le patient aurait-il refusé l'intervention en cause s'il avait été correctement informé des risques qu'elle comportait ?

L'appréciation du juge repose ainsi sur le comportement hypothétique du patient en se demandant quelle aurait été la réaction d'un patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Mais comment déterminer ce « patient raisonnable » ?

Dans cet effort d'appréciation, il est notamment tenu compte de la nécessité thérapeutique de l'intervention. En effet, plus l'intervention a un caractère vital, moins nous pouvons imaginer qu'un patient l'aurait refusé¹²⁰. De plus, la fréquence et la gravité du risque, l'existence de traitements alternatifs, l'existence de caractéristiques personnelles objectives du patient sont également des critères pouvant être pris en compte dans cette tâche difficile d'appréciation qui revient au juge.

Il y a donc une difficulté qui entoure la charge de la preuve, cette dernière étant difficile à rapporter puisque le patient doit prouver que s'il avait été correctement informé, il aurait nécessairement refusé l'intervention et n'aurait ainsi pas subi de dommage¹²¹. Dans la majorité des cas, il lui sera impossible d'établir ce dernier¹²².

C'est donc sans grandes difficultés que nous pouvons nous apercevoir des failles de ce raisonnement traditionnel, relevées notamment par le professeur Fagnart et d'autres voix fortes¹²³. En effet, cette théorie oblige le juge à se substituer au patient en modifiant

¹¹⁷ Anvers (1^{ère} ch.), 21 février 1997, R.W., 1997-1998, p. 1078, note H. NYS.

¹¹⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1557; Cass., 1^{ier} avril 2004, *J.T*, 2005, p. 359.

G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 89. ¹²⁰ *Ibid.*, p. 91.

¹²¹ I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *in Droit de la responsabilité*. *Morceaux choisis* (sous la dir. de P. HENRY et B. DUBUISSON), coll. CUP, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 15

¹²² T. VANSWEEVELT, « De schending van de informatieplicht alse en autonome schade », op. cit., p. 266.

¹²³ J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *in Actualités de droit médical*, coll. UB³, vol. 10, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 96-97.

arbitrairement et fictivement les circonstances concrètes de la cause pour en arriver à la conclusion que soit l'intervention aurait été acceptée par le patient, laissant ainsi sans sanction le manquement au devoir d'information, soit elle n'aurait pas été acceptée, ce qui justifie alors l'indemnisation de toutes les conséquences dommageables de l'acte médical réalisé.

Bien que cette théorie ne présente pas de très grandes difficultés quant à son application et qu'elle serve la sécurité juridique, il est certain que son application cohérente peut aboutir à des résultats inéquitables dès lors qu'elle fonctionne selon le mode du tout ou rien¹²⁴. La mission du juge n'est-elle pourtant pas celle de juger plutôt que de doser ses hésitations? 125

§2: Théorie de la perte d'une chance

A partir des années 90, la méthode dite « de substitution » analysée ci-dessus ne semblant pas suffire, notre droit a permis au patient victime de se rabattre sur une autre théorie dite de « la perte d'une chance » pour sanctionner les manquements à l'obligation d'information ¹²⁶.

S'émancipant des règles classiques qui assortissent la responsabilité civile, cette théorie constitue l'un des domaines d'élection dans le domaine de la responsabilité médicale et plus particulièrement dans l'hypothèse où la faute du médecin consiste en un manquement à son obligation d'information¹²⁷. Lorsqu'une victime est incapable de démontrer le lien de causalité certain entre un fait délictuel et le dommage subi, elle peut alors se tourner vers la théorie de la perte d'une chance.

Reconnue depuis de nombreuses années en France et utilisée dans une moindre mesure en droit belge, cette théorie permet d'obtenir la réparation du dommage consistant dans la perte certaine d'un avantage probable¹²⁸. La chance en question est alors celle de prendre une décision en parfaite connaissance de cause, la chance de pouvoir se soustraire à une intervention risquée. La notion de « privation d'une possibilité de choix » constitue un fondement alternatif à la réparation du préjudice causé. « Le défaut d'information est en soi un préjudice pour le patient, préjudice distinct du préjudice corporel éventuel » et il a

¹

¹²⁴ R. HEYLEN, « Théorie de la causalité : Plaidoyer contre la théorie de l'équivalence en droit belge, en faveur de la théorie de l'équivalence dans l'examen médical des accidents médicaux évitables », *Rev. dr. santé.*, 2015, p. 161

¹²⁵ R. SAVATIER, « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) », R.I.D.C., 1976, p. 502.

G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », op. cit., p. 105.

¹²⁷ P. VAN OMMESLAGHE, Droit des obligations, op.cit., p. 1512; P. ABERKANE, La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, op. cit., p. 16.

¹²⁸ Cass, 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 928.; J.-L. FAGNART, «La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in La réparation du dommage. Questions particulières, Liège, Anthémis, 2006, p.73.

assurément « pour conséquence que le patient perd la chance qu'il avait de prendre une décision en connaissance de cause », puisque le médecin lui retire, fautivement, la possibilité de faire un choix de manière absolument éclairée¹²⁹.

En réalité, toute la difficulté tient en effet à démontrer l'étendue du dommage. Il n'existe aucun lien de cause à effet entre le défaut ou l'insuffisance d'information communiquée au patient et le préjudice que subit ce dernier à l'issue de l'acte médical posé. En effet, ce n'est pas le défaut d'information qui a alourdi l'état de santé du patient mais l'intervention ellemême.

En d'autres termes, en recourant à cette théorie dite de « la perte de chance », le patient peut rapporter la preuve que s'il avait été mieux informé des risques auxquels l'acte médical l'exposait, il y a un certain pourcentage de chance qu'il aurait refusé de consentir à l'intervention, et donc qu'il se serait soustrait au risque qui y est lié. Le lien de causalité reliant la faute au préjudice subi, correspondant à la chance perdue doit être établi avec certitude¹³⁰.

Notons que ce préjudice a l'avantage de coller de plus près à la réalité factuelle en ce qu'il permet d'intégrer les doutes pouvant exister quant au choix qu'aurait finalement opéré le patient frustré de son droit à l'information. Cette approche sous l'angle de la perte de chance est plus pertinente mais se montre à la fois imparfaite. Un tel raisonnement ne peut en effet jamais permettre une indemnisation totale de la victime, dans la mesure où le préjudice résultant de la perte de chance correspond alors à une fraction des différents chefs de préjudices subis qui est déterminée en mesurant la chance perdue et ne peut être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical¹³¹. La victime se verra donc privée d'une partie de l'indemnisation des préjudices qu'elle subit au prix d'un raisonnement du juge du fond qui relèvera parfois du divinatoire¹³².

C'est en effet au juge qu'il reviendra de procéder à un calcul pour le moins probabiliste en ce qu'il consiste à mesurer ex aequo et bono l'importance de cette chance perdue et d'évaluer

E. VERJANS, « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het informed-consent-vereiste", op. cit., p. 244; P. ABERKANE, La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, op. cit., p. 17.

G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à

¹³² G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », op. cit., p. 103.

¹²⁹ F. 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.

¹³⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1509.

ensuite l'étendue du dommage¹³³. Il s'agit d'une démarche pour le moins délicate puisque cette perte relève de la chance, élément incertain¹³⁴.

Cette théorie présente également une autre limite. L'absence d'alternative thérapeutique doit conduire le juge à écarter le préjudice de perte de chance¹³⁵. Si l'intervention médicale litigieuse se révélait indispensable dans le cas d'espèce, la jurisprudence belge considère que le patient n'aurait de toute manière pas eu le choix de recourir à l'acte et, en l'absence de choix, il n'y a donc pas de perte de chance. Le juge est ainsi amené à écarter de manière souveraine l'application de cette théorie et l'obligation légale d'information se trouve bien souvent totalement dépourvue de sanction.

Face à ce tableau peu favorable aux victimes, la question s'est alors posée de savoir s'il n'était pas nécessaire d'emprunter un autre chemin plus attentif au respect des droits reconnus au patient et qui permettrait de résoudre les difficultés que rencontre le système mis en place actuellement ¹³⁶. Existe-t-il un remède plus adéquat? Cette autre piste que nous allons analyser n'est rien d'autre que celle du préjudice d'impréparation, nouveau poste de préjudice spécifique en cas de manquement à l'obligation d'information du médecin désormais reconnu par la jurisprudence française.

§3 : Rejet de la théorie du déplacement des risques

A une certaine époque, le Professeur Roger O. Dalcq a défendu l'idée qu'à partir du moment où le médecin n'avait pas correctement informé son patient, cela suffisait pour justifier que, dans le cas où le risque se réalisait et qu'il avait été tu, le praticien doive supporter les conséquences préjudiciables du risque réalisé¹³⁷. Ce transfert des risques vers le médecin dans le cas d'un défaut d'information ou d'une information insuffisante permettait ainsi d'assouplir la charge de la preuve du lien de causalité dans le chef du patient. En effet, la question de la

134 C. EYBEN, « La théorie de la perte de chance défigurée ou revisitée ? », R.G.D.C., 2005, p. 313.

¹³³ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1511.

¹³⁵ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 101.

¹³⁶ M. BACACHE, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, p. 1908.

E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », op. cit., p. 253.

causalité ne se pose plus dans cette hypothèse puisqu'un contrat de répartition des risques est conclu entre le médecin et son patient¹³⁸.

Toutefois, cette théorie dite du « déplacement des risques » n'a pas été accueillie favorablement par la jurisprudence belge¹³⁹. Notre Cour de cassation a fini par la condamner à l'occasion d'un arrêt du 12 mai 2006. Après avoir rappelé 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 », elle décide que « le moyen qui soutient qu'un médecin qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement 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, manque en droit »¹⁴⁰.

Vigilante gardienne de la constatation d'une certitude causale, notre Cour de cassation belge se borne donc à exiger que le patient établisse l'existence d'un lien de causalité entre la faute d'information et le dommage né de l'intervention.

Section 2: Limites de ces théories et alternative proposée par la jurisprudence française

A l'heure actuelle, le droit belge recourt de manière quasi-systématique à la théorie classique de l'équivalence des conditions. Cependant, nous avons vu qu'elle présentait ses limites.

A ce titre, le Professeur Roger O. Dalcq écrivait déjà en 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 présumant ce que le malade aurait fait, si son consentement avait été libre et éclairé. C'est là une recherche qui ne peut aboutir qu'à des solutions arbitraires» 141.

Ensuite, nous avons mis en évidence la place qu'occupe la théorie de la perte d'une chance à cet égard. Nous l'avons vu, la théorie de la perte d'une chance présente cet avantage qu'elle

¹³⁸ R.-O. DALCO, « Traité de la responsabilité civile », *Novelles*, Droit civil, t. V, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 380 ; T. VANSWEEVELT, « Le débiteur de l'information, le lien de causalité et le consentement éclairé », Rev. dr. santé., 1999-2000, p. 282.

139 G. GENICOT, « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical », op. cit.,

p. 14. ¹⁴⁰ Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1112.

¹⁴¹ R.-O DALCQ, « Responsabilité professionnelle », note sous Liège, 23 avril 1980, R.G.A.R., 1981, n° 10.351.

parvient à ce qu'on évite l'écueil du tout ou rien. Ainsi cette théorie a quand même un côté pragmatique séduisant car elle permet de ne pas laisser les victimes dans des situations trop contrastées et extrêmes. Cependant, l'indemnisation de la victime ne peut avoir lieu que si le patient parvient à rapporter la preuve d'un lien de causalité entre la faute du médecin et le dommage qu'il a subi. De plus, l'indemnisation au titre de cette théorie paraît ne s'appliquer que dans l'hypothèse où l'intervention n'était pas rigoureusement nécessaire.

La preuve de la faute d'humanisme du médecin ainsi que le dommage consécutif à l'atteinte d'un droit subjectif doivent donc toujours être rapportés. Or, non seulement la preuve de la faute, à savoir le défaut d'information mais aussi la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage se sont révélées problématiques¹⁴².

S'exprimant sur le thème de l'existence causale lors d'un symposium tenu le 9 avril 2014 et intitulé « Causalité, doctrine et pratique », les initiateurs issus du Collège national des experts judiciaires de Belgique et de l'Association des magistrats de la Cour d'appel de Bruxelles s'exprimaient en ces termes : « La notion de causalité est un thème difficile sur lequel le monde juridique se heurte parfois au monde scientifique. Ce qui est évident pour l'un ne l'est pas pour l'autre » la Cette formulation illustre parfaitement la complexité que présente l'existence causale.

Comme le soulignent Etienne Hannosset et Thierry Vansweevelt, force est de constater que la jurisprudence « reste viscéralement attachée à la notion de relation causale entre le défaut d'information ou de consentement, constitutif de faute et le dommage subi par la victime » ¹⁴⁴.

S'il paraît impossible et en tout cas excessif de prétendre imposer au patient la preuve qu'il aurait refusé l'acte médical si on lui avait communiqué les risques qui y étaient liés, si la théorie du transfert des risques est rejetée par notre Cour de cassation, si donc le préjudice réparable en présence d'un manquement au devoir d'information ne saurait être le préjudice corporel en tant que tel, et si le détour par la notion de la perte d'une chance « de prendre une décision en pleine connaissance de cause » ne constitue pas un remède suffisant, c'est avec ferveur qu'un certain courant doctrinal milite pour que le manquement au devoir d'information du médecin puisse justifier en soi la réparation du préjudice subi par la victime

¹⁴² W. Dijkhoffz, « Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming », *T.Gez*, 2003-2004, p. 124.

¹⁴³ R. HEYLEN, « Théorie de la causalité : Plaidoyer contre la théorie de l'équivalence en droit belge, en faveur de la théorie de l'équivalence dans l'examen médical des accidents médicaux évitables », *op. cit.*, p. 161.

¹⁴⁴ E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », op. cit., p. 252.

en ce qu'il a porté atteinte à l'autodétermination et au droit de l'intégrité physique de son patient¹⁴⁵.

Afin de remédier aux limites que présentent les théories analysées ci-avant et d'éviter que toute la construction juridique qui a conduit à la consécration légale du droit du patient à l'information demeure sans conséquence, une partie de la doctrine belge s'est en effet tournée vers la « conception moderne française » qui n'est rien d'autre que celle du préjudice d'impréparation.

Titre IV: Vers la reconnaissance du préjudice d'impréparation

Bien que l'existence d'une obligation d'information médicale portant sur les risques inhérents à une intervention soit incontestablement reconnue dans le chef du médecin praticien, la question de son effectivité reste encore aujourd'hui posée, compte tenu des difficultés soulevées par la détermination d'une réparation adéquate. Si les décisions jurisprudentielles et les ouvrages de doctrine se multiplient ces dernières années dans ce domaine, c'est nécessairement que la situation actuelle est insatisfaisante.

A partir du moment où, manifestement, le préjudice d'impréparation se présente comme un concept importé du droit français et dont la doctrine se fait écho en droit belge, nous jugeons opportun d'exposer succinctement la manière dont la jurisprudence française a appréhendé la problématique de la réparation d'un manquement du médecin à son obligation d'information.

Chapitre 1 : Evolution de la jurisprudence et consécration en France

Le panorama que nous allons dresser met en lumière le regain de l'activité jurisprudentielle française en matière d'indemnisation de l'atteinte au droit à l'information du patient qui nous le verrons, déjoue de temps à autre les acquis de principe de la responsabilité civile.

¹⁴⁵ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 110.

Section 1 : Analyse des arrêts pertinents

§1 : Arrêts du 7 février 1990 et du 6 décembre 2007 de la Cour de cassation française

De tout temps, la jurisprudence française s'est interrogée sur la question de la réparation d'un dommage résultant de la violation de l'obligation d'information du médecin.

En raison des problèmes que suscite le lien de causalité, la jurisprudence française s'est très vite appropriée la théorie de la perte d'une chance lorsqu'il est question d'une violation de l'obligation d'information du médecin¹⁴⁶.

Par un arrêt rendu le 7 février 1990, la Cour vient clairement affirmer « qu'en manquant à son obligation d'éclairer M.Y... sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, M.X... a seulement privé ce malade 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 qui seules ont fait l'objet de la demande de réparation de M.Y.»¹⁴⁷.

Dans son arrêt du 6 décembre 2007, la Haute juridiction française vient clairement confirmer sa jurisprudence antérieure en stipulant 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 » ¹⁴⁸.*

Ainsi, la Cour de cassation française refusait fermement d'analyser les conséquences dommageables résultant d'un défaut d'information avéré autrement qu'au regard de la théorie de la perte d'une chance¹⁴⁹. Si le juge estimait qu'il y avait une probabilité que le patient dûment informé ait refusé l'intervention, il condamnait le médecin en proportion de la perte de chance. A contrario, la jurisprudence rejetait classiquement les demandes d'indemnisation des patients victimes d'un manque d'information dès lors qu'elle retenait que dûment informé, le patient aurait tout de même consenti à l'acte médical.

¹⁴⁸ Cass. fr. (1^{ère} civ.), 6 décembre 2007, *Bull. civ.*, I, n° 380.

¹⁴⁶ M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin », op. cit., p. 201.

¹⁴⁷ Cass. (1^{re} civ), 7 février 1990, *Bull. civ.*, p. 30.

¹⁴⁹ M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, p. 44; M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin », *op. cit.*, p. 203.

Cette conception fut largement critiquée et notamment par le Professeur Patrice Jourdain affirmant que cette jurisprudence « affectait gravement la portée et l'effectivité de l'obligation d'information médicale » en ce que le devoir légal d'information pouvait ainsi se retrouver dépourvu de toute réparation. ¹⁵⁰.

Faute de préjudice autonome identifié, le droit à l'information du patient se trouvait donc bafoué alors même qu'il est protégé par le code de déontologie médicale, le code civil et le code de la santé publique.

§2 : Arrêt du 3 juin 2010 de la Cour de cassation française

Si l'application de la théorie de la perte d'une chance continue d'être valable, il convient de citer un arrêt relativement récent par lequel la Haute juridiction française a nuancé sa position concernant le champ de l'indemnisation en cas d'atteinte au droit à l'information du patient.

L'arrêt Seurt contre Piechaud du 3 juin 2010 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation française a opéré un incontestable revirement de jurisprudence¹⁵¹. Cet arrêt peut être qualifié d'« historique » en ce qu'il modifie les fondements mêmes du droit de la responsabilité médicale spécifique liée au manquement d'un praticien à son obligation d'information du patient, condition préalable au recueil de son consentement éclairé¹⁵².

Dans son avis précédant l'arrêt, Monsieur l'avocat général Legoux se questionnait avec raison : « Comment ne pas voir un paradoxe avec l'absence de reconnaissance du manquement du médecin à son devoir d'information lorsque celui-ci n'est pas lié à la perte d'une chance ? (...) On voit bien que laisser dans l'ombre la réparation de la faute d'humanisme constitue une difficulté de logique judiciaire » ¹⁵³.

En l'espèce, la Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 9 avril 2008, a débouté de ses demandes un patient souffrant de dysfonctionnement érectile après une adénomectomie prostatique chirurgicale, risque grave d'impuissance inhérent à cette intervention dont le médecin ne l'avait pas informé. La juridiction d'appel avait estimé qu'eu égard à la pathologie dont souffrait le patient et à l'absence d'alternative thérapeutique, il aurait accepté l'intervention litigieuse même s'il avait été mis au courant du risque potentiel d'impuissance

32

¹⁵⁰ P. JOURDAIN, obs. sous Cass. Fr. (1^{ère} civ.), 3 juin 2010, RDT civ.., 2010, p. 572.

¹⁵¹ Cass. fr. (1ère civ.), 3 juin 2010, *Bull*. civ., 2010, I, n° 128.

¹⁵² 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 », *op. cit.*, p. 1522.

¹⁵³ Avis reproduit *in Gaz. Pal.* 16-17 juin 2010, pp. 9-12.

qu'elle pouvait entraîner. Le pourvoi intenté devant la Cour de cassation posait ainsi une question délicate : Le manquement du médecin à son obligation d'information peut-il causer un préjudice indemnisable ?

La troisième branche du moyen de cassation, qu'il nous semble important de reproduire pour bien comprendre la portée de cet éminent arrêt, était rédigée comme suit : « L'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fut-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ; qu'en décidant au contraire que M. n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé et auquel le docteur P. l'a exposé, la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du code civil ».

Aux termes de cette décision, la Cour a décidé, sur base des articles 16, 16-3 alinéa 2 et 1382 du code civil « que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ».

Classiquement, les juges fondaient leurs arrêts sur l'article 1147 du code civil portant référence à la responsabilité contractuelle du praticien, en raison du contrat liant le médecin à son patient¹⁵⁴. En effet, en visant clairement les articles 16 et 16-3 du Code Civil consacrant respectivement le droit à la dignité humaine et le droit au respect de l'intégrité corporelle, la première chambre civile de la Cour de cassation fait sortir le devoir d'information du médecin du simple champ contractuel qui le lie à son patient, pour le placer sur le terrain des droits fondamentaux de la personne humaine¹⁵⁵. Le droit à l'information du patient passe ainsi du statut d'obligation contractuelle du médecin à celui de droit fondamental du patient.

En se fondant sur l'article 1382 du code civil, la Cour consacre le passage de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle lorsque la responsabilité du médecin est engagée

¹⁵⁴ P. ABERKANE, La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, op. cit., p. 17.

¹⁵⁵ 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 », *op. cit.*, p. 1522.

au titre d'un manquement au devoir d'information¹⁵⁶. Ainsi, la jurisprudence a enfin pu tirer toutes les conséquences de ce que ce devoir procède d'une avancée législative et puise ses sources au-delà du contrat médical régissant ordinairement le rapport qu'entretient le médecin avec son patient.

Une autre innovation issue de cet arrêt consiste en ce que le manquement du médecin à son obligation d'information prend, aux yeux de la Haute juridiction française, les traits d'un préjudice autonome¹⁵⁷. En clair, le simple manquement à l'obligation d'information cause en soi et de façon irréfragable un préjudice à la personne à laquelle l'information est due et doit impérativement faire l'objet d'une réparation¹⁵⁸. Partant de ce postulat, la Cour de cassation va plus loin en matière de charge de la preuve car la preuve d'un lien de causalité n'est désormais plus requise. En d'autres termes, le dommage subi du fait de la violation de l'obligation d'information du médecin constitue un dommage distinct ou autonome reposant sur l'omission de la volonté du patient qui n'a pas pu faire un choix éclairé.

La Cour de cassation ouvre la voie à une réparation systématique du manquement au devoir d'information, peu importe que le risque dissimulé se soit réalisé: elle admet une indemnisation de la victime à partir du seul constat du non-respect de son seul droit subjectif à l'information¹⁵⁹. L'obligation enfreinte est jugée suffisamment éminente pour que le seul constat du manquement du praticien professionnel puisse ouvrir droit à la réparation, y compris en l'absence de tout dommage corporel. Un droit aussi fondamental ne pouvait rester sans réparation effective. Nous sommes ainsi passés d'une obligation souvent dépourvue de sanction à une sanction devenue obligatoire.

Ainsi, la Cour suprême vient consacrer l'indemnisation d'un préjudice moral spécifique, distinct des préjudices moraux consécutifs à l'atteinte corporelle¹⁶⁰. Le préjudice lié au défaut d'information se voit conférer une certaine autonomie et revient sur le principe vivement

1.6

¹⁵⁶ G. MÉMETEAU, « L'information, droit fondamental du patient ? », op. cit., p. 30.

E. VERJANS, « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het informed-consent-vereiste",
 op. cit., p. 245.
 G. GENICOT, « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical, op. cit.,

¹⁵⁸ G. GENICOT, « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical, *op. cit.*, pp. 8-17; M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁹ S. HOCQUET-BERG., « D'un devoir d'information du médecin à un droit du patient à être informé... », *Riseo*, 2011, p. 15 (http://www.riseo.fr/); 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; M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, p. 44.

¹⁶⁰ 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.

critiqué de son arrêt du 6 décembre 2007, selon lequel « *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 d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé » ¹⁶¹.

Cet arrêt de 2010 présente une importance en ce qu'il vient limiter les dérives abusives de l'application de la théorie de la perte d'une chance. La perte de chance n'est en effet souvent qu'un placebo, que le juge utilise en espérant réparer un dommage sans véritablement l'avoir cerné. Pour la première fois, la Haute juridiction française va accepter en des termes parfaitement explicites une extension du préjudice allant au-delà de la perte de chance d'éviter le préjudice corporel.

Se distinguant ainsi de la perte de chance de ne pas se soumettre à l'acte médical envisagé, ce préjudice peut être analysé comme un dommage moral autonome qui découle du fait de ne pas avoir été averti du risque encouru¹⁶². Ce préjudice ne saurait s'identifier aux séquelles de l'intervention elle-même, aux conséquences de la réalisation du risque proprement dites, mais il doit y avoir place pour un autre préjudice, plus limité et mieux ciblé, qui, lui, se trouve en lien causal avec la faute « d'humanisme » ou de « conscience » retenue dans le chef du prestataire de soins¹⁶³.

Par ailleurs, le recours à l'article 1382 du code civil a permis à une partie de la doctrine d'affirmer que le juge, dans l'hypothèse d'un manquement du médecin à son obligation d'information du patient, doit compenser « tout le préjudice mais rien que le préjudice » ¹⁶⁴. L'affirmation de l'existence d'un tel préjudice autonome permet ainsi d'assurer une réparation intégrale du préjudice subi par le patient sans entraîner une potentielle double indemnisation puisqu'il s'agit d'un préjudice autonome. La Cour vient ainsi renforcer singulièrement la portée de l'arrêt Teyssier de 1942 en ce qu'il permet un retour à la réparation intégrale du préjudice subi par la victime. Incontestablement, le devoir d'information du médecin s'en trouve désormais renforcé.

¹⁶¹ Cass. fr. (1^{ère} civ.), 6 décembre 2007, *Bull. civ.*, I, n° 380.

¹⁶² 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.

¹⁶³ EL BANNA S., BEAUTHIER F. ET BEAUTHIER J.-P., « Réflexions sur l'accident médical et ses implications médico-légales. Le consentement éclairé », *op.cit.*, p. 470.

¹⁶⁴ X. Thunis et B. Fosséprez, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts » in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. Dubuisson et P. Jourdain), Bruxelles, Bruylant, p. 308.

Cette solution de principe issue de cet arrêt du 3 juin 2010 sera notamment réitérée par un arrêt de la Cour de cassation française du 12 juin 2012¹⁶⁵.

§3 : Arrêt du 12 juillet 2012 de la Cour de cassation française

Un mois plus tard, la première chambre civile de la Cour de cassation française approuve une juridiction du fond d'avoir jugé que « (...)s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif (le manquement au devoir d'information) 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 (...) » 166.

Le moyen invoqué par la juridiction judiciaire est intéressant à deux niveaux.

Premièrement, la Cour de cassation vient préciser la nature de ce nouveau poste de préjudice autonome en ce qu'il « entraîne un préjudice moral, résultant d'un défaut de préparation aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle» ¹⁶⁷.

Ensuite, il convient de s'attarder sur les termes : « *défaut de préparation psychologique aux risques encourus* » ¹⁶⁸. Cette formule quelque peu étrange suppose indirectement que le risque se soit réalisé puisque le préjudice est fondé sur l'impréparation à la réalisation de ce risque ¹⁶⁹. Le prononcé de cet arrêt modifierait-il la tendance adoptée jusqu'alors par la Haute juridiction française ? L'auteur Olivier Gout voit dans cette exigence de devoir constater un dommage corporel dans le chef du patient, l'affirmation que le droit à l'information est « accessoire au droit à l'intégrité physique » ¹⁷⁰.

Ainsi, les termes utilisés dans cet arrêt semblent être sujets à interprétation. Pouvons-nous y voir une tentative de la Cour à revenir tout doucement sur une approche plus classique de la notion de préjudice en ce qu'une atteinte à l'intégrité corporelle serait requise ?

¹⁶⁵ Cass. fr (1^{re} civ.), 12 juin 2012, n° 11-18327, *D.*, 2012, p. 1794, note LAUDE; C. POPPE ET M. QUILLEVERE, « Responsabilité médicale. Vers l'indemnisation du préjudice d'impréparation pour tous? », *Gestions hospitalières*, 2012, p. 638.

¹⁶⁶ Cass. Fr (1^{re} ch. civ.), 12 juillet 2012, n° 11-17510 *Bull*, I, n°165.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ *Ibid*.

¹⁶⁹ O. GOUT, « La nature du préjudice consécutif au manquement de l'obligation d'information médicale : les avancées du préjudice d'impréparation », D., 2013, p. 40.
¹⁷⁰ Ibid.

§4 : Arrêt du 10 octobre 2012 du Conseil d'Etat français

Analysons maintenant un arrêt du Conseil d'état dont l'apport nous semble pour le moins essentiel.

Dans cet arrêt du 10 octobre 2012, le Conseil d'Etat fut amené à statuer sur plusieurs points dont la violation de l'obligation d'information du médecin. Vraisemblablement inspiré par la jurisprudence antérieure du juge judiciaire, le juge administratif consacre à son tour l'existence d'un préjudice d'impréparation résultant d'un défaut d'information sur les risques d'un acte médical envisagé.

Dans le cas ayant donné lieu à la décision de Conseil d'Etat, un patient avait subi en 2002 une intervention chirurgicale rendue nécessaire par la découverte d'une tumeur rectale. Quelques jours plus tard, apparurent un abcès périnéal et une fistule. Ces anomalies avaient nécessité des soins et un suivi médical pendant plusieurs mois jusqu'à ce qu'une nouvelle intervention chirurgicale fut réalisée le 24 juillet 2003 qui permit de consolider l'état de santé du patient.

En l'espèce, la Haute juridiction administrative confirme l'inapplication de la théorie de perte de chance en ce que l'intervention chirurgicale était indispensable, le défaut d'information n'ayant alors privé le patient d'aucune chance de se soustraire au dommage¹⁷¹.

De toute évidence, le rapprochement entre les juridictions administratives et judiciaires tant attendu est finalement opéré. L'auteur François Vialla énonce à ce propos que : « La référence opérée à l'impréparation du patient n'est pas anodine. Elle est révélatrice d'une proximité de vues avec la jurisprudence de la Cour de cassation. La cohérence et la sécurité juridique sortent grandies du rapprochement opéré entre les positions des deux ordres de juridictions » 172. En effet, il convient de rappeler à ce stade que le système judiciaire en France se trouve divisé en deux ordres. Les patients, selon leur situation, ne se tournent pas vers les mêmes juridictions. Cette jurisprudence a permis d'effacer les disparités de traitement de la demande de réparation du patient qui pouvaient exister entre le patient d'un hôpital privé

¹⁷¹ S. HOCQUET-BERG, « Le Conseil d'Etat admet l'existence d'un préjudice d'impréparation découlant d'un défaut d'information sur les risques d'un acte médical », RGD online. (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=3455)

F. VIALLA, «Comparaison des jurisprudences rendues en matière de responsabilité pour défaut d'information », Méd. & Dr., 2013, pp. 57-64.

et l'usager d'un hôpital public. Une solution unique est ainsi retenue par les deux ordres de juridiction¹⁷³.

En l'espèce, les juges du Conseil d'Etat, après avoir appliqué dans un premier temps la théorie classique de la perte de chance dans leur jurisprudence, se sont désormais ralliés à la position du juge judiciaire adoptée en 2010 reconnaissant le préjudice moral « d'impréparation ». Le Conseil d'Etat franchit le pas et admet à son tour le principe de la réparation d'un préjudice autonome distinct de celui de la perte d'une chance 174.

Toutefois, nous relevons que la haute juridiction administrative semble retenir une conception plus étroite que la Cour de cassation. Par cet arrêt, elle vient limiter, circonscrire l'étendue de ce nouveau poste de préjudice en ce qu'il le subordonne à la constatation d'un préjudice corporel.

« Considérant qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, **lorsque ces risques se réalisent**, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles » ¹⁷⁵.

Le Conseil d'Etat finit par juger que « la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en ne déduisant pas de la seule circonstance que son droit d'être informé des risques de l'intervention avait été méconnu, l'existence d'un préjudice lui ouvrant droit à réparation ». Il appartient donc à la victime d'établir la réalité ainsi que l'ampleur de son préjudice.

Ce sont sans doute les effets démesurés du principe énoncé dans l'arrêt du 3 juin 2010, emportant d'ailleurs certaines réticences d'une partie de la doctrine, qui ont conduit le Conseil d'Etat à limiter la portée de ce nouveau poste de préjudice. En admettant la réparation d'un « préjudice d'impréparation », le Conseil d'Etat subordonne nécessairement la responsabilité du médecin à la constatation d'un dommage corporel, le risque dissimulé au patient devant s'être réalisé. Dans le cas contraire, la responsabilité du praticien qui a omis d'avertir le

pour tous ? », *op. cit.*, p. 638.
¹⁷⁵ CE fr., 10 octobre 2012, *D.*, 2012, p. 2518, obs. D. POUPEAU.

¹⁷³ O. GOUT ET S. PORCHY-SIMON., « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport français », in Responsabilité médicale et accidents médicaux, Louvain-la-Neuve, 2013, p. 12.

¹⁷⁴ C. POPPE ET M. QUILLEVERE, « Responsabilité médicale. Vers l'indemnisation du préjudice d'impréparation

patient de l'existence des risques auxquels il était exposé ne sera pas engagée si aucun risque dommageable ne survient¹⁷⁶.

Notons que dans un tel contexte, il semblerait que nous sommes dès lors bien loin de l'idée selon laquelle l'omission de toute information doit inéluctablement conduire à réparation pour violation d'un droit fondamental d'information reconnu au patient.

Cette décision présente permet d'aboutir à un consensus sur le caractère automatique de l'indemnisation. Le droit à l'information n'est plus virtuel tant pour le juge judiciaire que pour le juge administratif.

§5 : Arrêt du 23 janvier 2014 de la Cour de cassation française

Après avoir réaffirmé pendant un temps la position qu'elle avait adoptée en 2010, l'avoir nuancée en la date du 12 juillet 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation française rejoindra la position plus mesurée qu'avait adoptée le Conseil d'Etat dans son arrêt du 10 octobre 2012 précité¹⁷⁷.

Le 23 janvier 2014, la Haute juridiction française a réduit la portée de ses précédentes décisions en décidant que : « Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, 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 le 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 » 178.

Par ce revirement de jurisprudence, la Cour vient clarifier sa jurisprudence antérieure en rejoignant la restriction apposée par le juge administratif lors du prononcé de son arrêt du 10 octobre 2012. La Cour de cassation vient rectifier sa position en faisant du droit à l'information un droit personnel, accessoire au droit à l'intégrité physique et qui implique

¹⁷⁶ F. KAMARA, « Chirurgien : sauveur ou coupable ? », e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie, vol. 14, 2015, p. 54.

¹⁷⁷ B. PARANCE, « Nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel sur le devoir d'information des professionnels de santé à l'égard de leurs patients », note sous Cass., 23 janvier 2014, *Gaz. Pal.*, 2014, p. 8.

¹⁷⁸ Cass. fr., (1ère civ.), 23 janvier 2014, *Bull.*, 2014, I, n° 13.

pour sa réparation la réalisation du risque médical non communiqué. De plus, la preuve de l'existence d'un dommage résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque devra être rapportée¹⁷⁹.

Il est intéressant de relever à ce stade que la Cour ne fait désormais plus référence à « l'atteinte à un droit de la personnalité » comme elle l'avait fait en 2010. Aucune mention d'un principe de dignité humaine ou d'un quelconque droit subjectif ne figure dans cet arrêt de 2014. Cependant, elle maintient la qualification de dommage moral en ce qu'il constitue un préjudice « d'impréparation aux conséquences du risque » que le juge ne peut laisser sans réparation.

La Cour de cassation française maintient la nécessité d'un lien de causalité entre le défaut d'information et la réalisation du risque dissimulé. Désormais, le patient ne peut prétendre à la réparation d'un préjudice d'impréparation que si le risque dont il aurait dû être informé s'est réalisé.

En définitive, il semble que nous nous retrouvons dès lors bien loin de l'idée selon laquelle l'omission d'information doit inéluctablement conduire à réparation pour violation d'un droit fondamental du patient.

Section 2 : Contours du préjudice d'impréparation

Une fois l'étape de l'analyse de la jurisprudence française franchie, nous allons tenter d'aborder ce nouveau poste de préjudice sous un angle plus conceptuel.

Dans un premier temps, nous tenterons ainsi d'apporter la clarté sur cette notion nouvelle et d'identifier ce qui peut être entendu par « préjudice d'impréparation ».

Dans un second temps, nous traiterons du processus d'évaluation qu'il convient d'attribuer à ce poste de préjudice. Sans qu'il n'en ressorte de position claire et unanime, la jurisprudence et la doctrine inspireront nos réflexions.

¹⁷⁹ M. REYNIER, « L'obligation d'information due par le médecin », op. cit., p. 204.

§1 : Notion et consistance du dommage réparable

1. Un dommage moral?

Le « préjudice d'impréparation » n'est pas une notion nouvelle. Dès 1998, un auteur, pour le moins visionnaire, s'était aventuré dans cette voie et postulait déjà pour la reconnaissance d'un tel poste de préjudice¹⁸⁰.

Anticipant ainsi les avancées jurisprudentielles qui allaient suivre, la juriste Sophie Hocquet-Berg suggérait déjà « 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 étés finalement bénéfiques », au moyen d'un « préjudice moral, constitué finalement par l'atteinte à la libre et exclusive maîtrise par l'individu de sa propre destinée », qui « réside essentiellement dans la méconnaissance de la volonté du patient, dans la possibilité qui lui a été refusée ou non-offerte de faire 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 » 181.

En 1998, Stéphanie Porchy-Simon considère également que le préjudice que subit le patient à la suite du non-respect du devoir d'information constitue une atteinte à « ses sentiments d'autonomie et de dignité » ¹⁸².

Ce n'est que par son arrêt du 3 juin 2010 que Cour de cassation française rencontrera cette proposition. Pour rappel, la première chambre civile jugeait dans cet arrêt : « que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation ». Le préjudice d'impréparation était pleinement consacré.

Cependant, au regard de l'analyse de cette décision jurisprudentielle, force est de constater que la Cour reste évasive sur la nature du dommage à indemniser.

¹⁸⁰ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 110.

¹⁸¹ S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, pp. 1125-1127.

 $^{^{182}}$ S. PORCHY-SIMON, « Lien causal, préjudice réparable et non-respect de la volonté du patient », D., 1998, p. 389.

A. Apport de la doctrine

Malgré qu'elle ne constitue pas une source formelle du droit médical, la doctrine juridique est venue préciser davantage la consistance de ce préjudice d'impréparation.

L'éminent auteur Jean Penneau définissait ce nouveau poste de préjudice comme étant 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 (...) Il est en effet, de constatation commune que l'on supporte mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer, que celui qui était totalement imprévu » 183.

En outre, Mireille Bacache-Gibelli rejoint une définition qui, à notre sens, a le mérite d'être plus précise sur la notion. Selon l'auteur, le préjudice d'impréparation peut s'entendre comme étant « la souffrance morale résultant du choc subi lors de l'annonce du risque réalisé, souffrance qui serait inexistante ou largement moindre si le risque était annoncé et accepté par le patient. Le patient se trouve en effet confronté à un dommage à l'éventualité duquel il n'a pas pu se préparer psychologiquement en raison du défaut d'information. En d'autres termes, il s'agit des souffrances endurées en raison de l'impossibilité d'anticiper le dommage subi à défaut d'en avoir été informé » 184.

B. Apport de la jurisprudence ultérieure

Au fil du temps, la jurisprudence est également venue apporter plus de clarté sur la nature que revêt le préjudice d'impréparation.

Si nous reprenons les termes utilisés par les juridictions françaises dans leurs décisions, plusieurs éléments de définition peuvent être mis en exergue :

« (...) s'agissant d'un droit personnel, détaché des atteintes corporelles, accessoire au droit à l'intégrité physique, la lésion de ce droit subjectif (le manquement au devoir d'information) 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 (...) » (Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2012)

_

¹⁸³ D. HOUTCIEFF, « Responsabilité médicale : ne pas être informé nuit gravement au patient ! », commentaire disponible sur le blog de l'auteur : https://dimitrihoutcieff.wordpress.com/2010/06/11/responsabilite-medicale-ne-pas-etre-informe-nuit-gravement-au-patient/, publié le 11 juin 2010 ; J. PENNEAU, « La responsabilité du médecin », *D.*, 2004, p. 35.

¹⁸⁴ M. BACACHE, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *op. cit.*, p. 1908.

« (...) considérant qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles ». (CE fr., 10 octobre 2012)

« le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque le 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 » ¹⁸⁵. (Cass. 1^{re} civ., 23 janvier 2014)

Sous la réserve de minimes divergences, tant la doctrine que la jurisprudence appréhendent de manière relativement limpide le préjudice d'impréparation comme étant un préjudice d'ordre essentiellement moral découlant de l'absence de préparation aux conséquences du risque non communiqué au patient ¹⁸⁶.

Cependant, il subsiste une controverse quant à la nature du préjudice d'impréparation. S'il est certain que la jurisprudence actuelle le considère comme préjudice moral, certains auteurs soutiennent qu'il pourrait revêtir une certaine dimension matérielle 187.

En ce sens, le Professeur Patrice Jourdain affirme que rien n'interdit d'envisager que ce nouveau poste de préjudice 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 »¹⁸⁸.

L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 10 octobre 2012 peut effectivement nous amener à envisager cette thèse. En effet, le Conseil d'Etat français affirmait que : « Le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles ». (donc y compris sur le plan professionnel et le plan patrimonial).

¹⁸⁶ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 112.

¹⁸⁵ Cass. fr., (1^{ère} civ.), 23 janvier 2014, *Bull.*, 2014, I, n° 13.

¹⁸⁷ G. Genicot, « 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 », *op. cit.*, p. 122.

¹⁸⁸ P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., (1^{ère} civ.), 3 juin 2010, *RTD civ.*, 2010, pp. 573-574.

2. Un dommage « autonome »?

A. Position traditionnelle

La question du caractère autonome de ce nouveau poste de préjudice nous semble plus intéressante encore.

Selon les termes usés par la Cour de cassation française dans son arrêt de principe du 3 juin 2010, le manquement à l'obligation d'information du médecin cause *en soi* un préjudice au patient qui doit impérativement faire l'objet d'une réparation. La seule violation du droit subjectif que représente le droit à l'information entraîne réparation systématique d'un préjudice autonome, même si l'acte médical litigieux n'a entraîné aucune conséquence dommageable pour le patient ¹⁸⁹.

Ainsi, même si le juge a l'intime conviction que le patient, pleinement informé, aurait tout de même accepté de se soumettre au risque qui s'est réalisé, ce dommage moral doit impérativement être réparé en tant que tel sans qu'il soit nécessaire de procéder à une évaluation *in concreto*.

En résumé, le préjudice d'impréparation n'est en effet pas assimilable à la perte de chance « de ne pas se soumettre à l'intervention » et peut être entendu comme un dommage moral résultant de l'unique fait seul ne pas avoir été informé du risque encouru¹⁹⁰. La Cour de cassation reconnaît ainsi au préjudice lié à l'absence ou l'insuffisance d'information un caractère autonome, indépendant de la réalisation des risques encourus et donc de tout préjudice corporel. En d'autres termes, l'existence de ce préjudice se montre totalement indépendante de la manière dont cela se passe pour le patient après la réalisation de l'acte médical. A ce stade, la qualification de préjudice « autonome » nous semble être adéquate.

Toutefois, nous pouvons apercevoir de ce qui précède, un risque évident de dérive.

Devons-nous approuver l'enseignement tiré de l'arrêt du 3 juin 2010 de la Cour de cassation française et considérer que le fait, pour un patient de n'avoir pas pu consentir en pleine connaissance de cause à un acte médical qui s'est déroulé sans difficulté ni complication, constitue en soi un dommage autonome ouvrant droit à réparation ?

¹⁸⁹ E. VERJANS, « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van *het informed-consent-vereiste*", *op. cit.*, p. 243.

¹⁹⁰ 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.

De toute évidence, une question se pose : « Quel est alors le dommage que subit une personne dont l'intervention s'est bien passée ? »

Ainsi, si nous réfléchissons de manière plus pragmatique, il devient difficile de voir l'opportunité de la consécration de ce préjudice autonome donnant droit à une réparation systématique dans le chef de la victime. Le fait d'avancer que le droit à l'information du patient doit impérativement être respecté, relève, à notre sens d'une approche (peut-être trop ?) théorique et conceptuelle.

Affirmer que -le droit subjectif en question doit être respecté et que s'il ne l'est pas, le créancier de ce droit obtient un droit à réparation n'est en soi pas une mauvaise chose mais il est cependant préférable de pouvoir prendre de la distance et raisonner de manière plus pragmatique.

L'objectif de la responsabilité civile, rappelons-le, est de permettre aux victimes d'un dommage d'en obtenir la réparation à charge du fautif. Avancer que le patient qui n'a pas pu poser un choix, dont les conséquences s'avèrent totalement non dommageables, pourrait exiger réparation d'un « prétendu dommage » lié à la simple frustration de ne pas avoir pu poser ce choix nous parait excessif. Ainsi, nous ne pensons pas que le droit de la responsabilité doive s'engager dans des voies comme celles-là, ou en tout cas lorsque le patient n'a subi aucun dommage.

B. Position nouvelle

Au vu des évolutions jurisprudentielles récentes, il nous semble nécessaire de nuancer ce qui vient d'être dit. En effet, rappelons-nous que le 23 janvier 2014, la Haute juridiction française est venue circonscrire la portée de ce nouveau préjudice en ce qu'elle le subordonne désormais à la constatation d'une atteinte à l'intégrité corporelle. Le préjudice d'impréparation vient donc indemniser le choc subi par la victime en apprenant qu'un risque ignoré s'est réalisé.

De cette seconde interprétation, nous passerions à côté de l'objectif premier - consistant à sanctionner la seule atteinte à un droit - que poursuivait la Haute juridiction française lorsqu'elle a rendu son arrêt de principe du 3 juin 2010.

Pouvons-nous dès lors toujours affirmer que nous sommes en présence d'un préjudice autonome ? Nous ne le pensons pas.

Le dommage ne peut plus en effet être considéré comme complètement autonome puisqu'il reste lié au dommage corporel qui a été causé par la réalisation du risque. En effet, le préjudice d'impréparation ne pouvait être considéré comme véritablement autonome qu'à partir du moment où il est indépendant, sans avoir égard à la réussite ou non de l'intervention médicale.

Cette pointe non négligeable de pragmatisme est selon nous justifiée. A notre sens, il aurait été insensé de concevoir une responsabilité en présence d'une intervention réussie et dépourvue de tout effet secondaire.

Dorénavant, il paraît acté que la Cour s'est orientée vers la reconnaissance d'un préjudice d'impréparation, au détriment du droit subjectif qu'elle semblait reconnaître dans ses décisions précitées. En raisonnant de la sorte, l'objet de la réparation du préjudice d'impréparation consisterait plutôt en l'indemnisation d'un préjudice complémentaire au dommage corporel que subit effectivement le patient à la suite de la réalisation d'un risque qui ne lui a pas été communiqué avant l'acte médical.

3. Un dommage moral complémentaire et particulier ?

Communément admis en tant que préjudice moral, il convient de réfléchir au caractère « nécessaire» de la consécration du préjudice d'impréparation.

Il suffit de regarder dans le droit de la responsabilité de nos pays voisins pour s'apercevoir que le dommage moral n'y est que rarement pris en compte ,voire rejeté dans certains cas. Les droits germaniques, le droit suisse et celui de la common law en sont de bons exemples. Ainsi, la France et la Belgique se démarquent en ce qu'elles accueillent très largement l'indemnisation du dommage moral, malgré les difficultés quant à son évaluation ¹⁹¹.

Etant donné que nous assistons aujourd'hui à une multiplication des préjudices particuliers tels que le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément ou encore *le pretium doloris*¹⁹², nous pouvons nous demander si l'incorporation du préjudice d'impréparation au sein de la

¹⁹¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1550.

¹⁹² D. CALLATAŸ, « La vie après le tableau indicatif », *in Le dommage et sa réparation* (sous la dir. de B. DUBUISSON), coll. CUP, vol. 142, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 145.

nomenclature Dintilhac¹⁹³ aux côtés de ces autres chefs de préjudice particuliers est nécessaire mais surtout pertinente¹⁹⁴.

En effet, la principale difficulté qui s'attache aux préjudices moraux particuliers réside en ce qu'ils peuvent être source de confusion s'ils ne sont pas clairement définis et peuvent dans ce cas entraîner certains phénomènes de double indemnisation ¹⁹⁵. Selon nous, ce nouveau poste de préjudice ajouterait de la confusion au flou qui caractérise et menace l'effectivité du système de réparation des préjudices moraux mis en place actuellement. En effet, à défaut de clarification, le risque de confusion s'avère particulièrement élevé.

C'est pourquoi il nous semble opportun de clarifier et d'apporter les précisions requises au préjudice d'impréparation.

En outre, notons que cette tendance inflationniste à la reconnaissance de nouveaux postes de préjudice se révèle dangereuse en ce qu'elle fait peser un poids toujours plus lourd sur les épaules des professionnels de santé.

§2 : Evaluation et montant de l'indemnité

1. Le Quantum de la réparation allouée au titre du préjudice d'impréparation

Malgré l'immense difficulté de traduire en espèces sonnantes et trébuchantes des atteintes touchant à la chair et l'âme des victimes d'accidents médicaux, celles-ci entendent néanmoins être replacées dans une situation acceptable en cherchant à obtenir l'indemnisation de leur préjudice. Les juges du fond sont ainsi amenés à quantifier l'indemnisation qu'ils sont tenus d'allouer au patient victime du dommage moral d'impréparation.

De tout temps, le préjudice d'impréparation a constitué et constitue encore aujourd'hui, malgré quelques précisions qui lui ont étés apportées par la jurisprudence récente, un préjudice d'ordre moral. La doctrine et la jurisprudence n'ont jamais nié l'existence de ce dommage moral ni même l'obligation de le réparer.

Chacun peut en réalité se faire une idée de ce que regroupe le dommage moral en cas d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Ce concept n'a en réalité jamais fait l'objet

¹⁹³ Elaboration d'une nomenclature des préjudices corporels, Rapport sous la direction de Jean-Pierre Dintilhac, Paris, La documentation française, octobre 2005.

¹⁹⁴ Pour davantage d'informations, voir l'ouvrage untel

¹⁹⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., p. 1540.

d'une définition légale, ce qui en fait un dommage dont les contours restent relativement flous. Dans un arrêt du 20 février 2006, notre Cour de cassation a cependant stipulé que l'indemnité allouée à la victime d'un tel préjudice « a pour objet l'allègement d'une douleur, d'un chagrin ou de quelque autre préjudice moral et de réparer dans cette mesure le dommage subi » 196.

Selon une formule communément admise, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » ¹⁹⁷. Ainsi, la responsabilité civile permet à la victime d'obtenir une indemnité qui sera déterminée en fonction de l'importance du dommage ¹⁹⁸.

La réparation intégrale du dommage constitue un principe essentiel dans notre droit de la responsabilité civile¹⁹⁹. Au regard de ce principe, il convient de préciser que la réparation en argent du préjudice extrapatrimonial présente un caractère contestable puisqu'il s'agit de réparer « intégralement» ce qui n'a pas de valeur pécuniaire. Vouloir réparer par de l'argent un mal humain irréversible est une solution insatisfaisante. Cependant, si ce préjudice moral ne s'indemnise pas, il peut tout de même faire l'objet d'une compensation dans le chef de la victime²⁰⁰.

A défaut de pouvoir effectuer un calcul précis, le juge aura recours à une évaluation *ex aequo et bono*, c'est-à-dire à une évaluation forfaitaire fixée en équité²⁰¹. Pour ce faire, le juge se base sur des barèmes officieux, non contraignants tels que le « Tableau indicatif » des dommages et intérêts en Belgique²⁰² ou encore « la nomenclature Dintilhac » en France²⁰³.

¹⁹⁶ Cass. (3^e ch.), 20 février 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 413.

¹⁹⁷ Cass. civ. (2^e ch.), 28 octobre 1954, *Bull.*, n° 298.

HOCQUET-BERG S., « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français » in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. DUBUISSON et P. JOURDAIN), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 216.
 F. LEDUC, « La conception générale de la réparation intégrale », op. cit., p. 32; Cass. 13 avril 1995, Pas.,

F. LEDUC, « La conception générale de la réparation intégrale », op. cit., p. 32 ; Cass. 13 avril 1995, Pas., 1995, I, p. 423.

²⁰⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 1550.

²⁰¹ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », op. cit., p. 431.

²⁰² B. Dubuisson et P. Colson, « Nomenclature des préjudices réparables » in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. Dubuisson et P. Jourdain), Bruxelles, Bruylant, pp. 595-645.

²⁰³ P. JOURDAIN, « Nomenclature des préjudices corporels. Rapport français », in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. DUBUISSON et P. JOURDAIN), Bruxelles, Bruylant, pp. 571-578.

Les difficultés d'évaluation du préjudice moral ne sont donc plus à démontrer²⁰⁴.

La consécration de ce préjudice d'impréparation étant relativement récente, les juges du fond ont jusqu'alors éprouvé de grandes difficultés quant à la détermination concrète de la réparation qui devait être accordée au patient victime d'un tel préjudice²⁰⁵. Si nous procédons à l'examen des décisions de jurisprudence rendues depuis 2010, nous pouvons très vite nous apercevoir des nombreuses disparités en termes d'évaluation du préjudice d'impréparation entre les juges du fond.

Ces disparités qui caractérisent la jurisprudence actuelle en la matière peuvent notamment s'expliquer en ce qu'il n'est pas évident d'identifier les critères pertinents à partir desquels statuer sur l'évaluation du préjudice, si ce n'est la gravité du dommage corporel dont souffre la victime ainsi que son âge²⁰⁶.

« Ce dommage moral doit être évalué de manière raisonnable ». Tels sont les termes repris plus loin par la Haute juridiction française dans le même arrêt. Mais que veut dire ce « raisonnable » ? Force est de remarquer qu'une grande majorité de la doctrine souhaite, pour que ce droit à réparation soit effectif et non purement théorique, que la somme allouée ne relève pas du « dérisoire » ni à l'inverse, de « l'excessif », ce qui aurait pour conséquence de ne pas respecter le principe de proportionnalité²⁰⁷. L'éminent auteur Jean-Luc Fagnart affirme notamment dans l'un de ses ouvrages qu'« une indemnisation symbolique rendrait peu patients »²⁰⁸. des Gilles Genicot souligne hommage au droit également que : « l'indemnisation d'un tel préjudice doit être considérable afin de lui donner un véritable sens dans la pratique (...) »²⁰⁹.

²⁰⁴ S. HOCQUET-BERG, « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français », *op. cit.*, p. 222.

²⁰⁵ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 120.

²⁰⁶ S. HOCQUET-BERG, « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français », *op. cit.*, p. 222; O. GOUT ET S. PORCHY-SIMON., « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient . Rapport français », *op. cit*, p. 12.

²⁰⁷ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 120 ; 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 », *op. cit.*, p. 1522.

²⁰⁸ J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *op. cit.*, p. 91.

²⁰⁹ G. GENICOT, « Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome », note sous Cass., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 113.

Depuis l'arrêt du 3 juin 2010 de la Haute juridiction française, les dommages et intérêts souverainement fixés par le juge, sont généralement de l'ordre de 1500 à 5000 euros mais peuvent cependant aller bien au-delà.

Pour illustrer nos propos, prenons un arrêt du 18 juin 2012 par lequel une juridiction du fond a décidé d'allouer une somme de 15 000 euros de dommages et intérêts pour préjudice moral autonome lié au défaut d'information²¹⁰.

L'arrêt du 12 juillet 2012 de la Cour de cassation française a fixé l'indemnité allouée à la victime à hauteur de la moitié des lésions corporelles²¹¹.

L'arrêt du 10 octobre 2012 du Conseil d'Etat français précité avait quant à lui alloué à la victime un montant de 3000 euros²¹².

2. Difficultés d'évaluation, un obstacle ?

Selon la doctrine belge ayant écrit sur le sujet, le seul obstacle à la consécration du préjudice d'impréparation (selon lequel le défaut d'information du patient entraîne en soi un préjudice moral distinct du préjudice corporel éventuel) serait la difficulté que présente le chiffrage de ce préjudice²¹³.

En matière de préjudice non économique, il est évident que le principe qui découle de l'article 1382 du code civil selon lequel l'auteur fautif d'un dommage doit en assurer la réparation intégrale est difficilement applicable. Rappelons que ce principe veut que la victime soit replacée autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne si l'accident ne s'était pas produit. Mais comment réparer intégralement par une somme d'argent ce qui n'a pas de correspondant pécuniaire? Comment évaluer ce préjudice moral d'impréparation? Un exercice redoutable attend ainsi le juge.

Effectivement, il s'agit d'un véritable écueil mais qui finalement, n'est pas propre au seul préjudice d'impréparation. En effet, les difficultés d'évaluation d'un préjudice moral ne sont pas nouvelles et ne sont pas inhérentes au seul préjudice d'impréparation. Ces difficultés sont tout simplement propres au mécanisme d'évaluation d'un dommage *ex aequo et bono* de

²¹⁰ Toulouse, 18 juin 2012, Resp. civ. et ass., 2012, comm. 247, note S. HOCQUET-BERG.

²¹¹ M. BACACHE, note sous Cass. Fr., 1^{re} ch. Civ., 12 juillet 2012, *D.*, 2012, p. 2279.

²¹² CE fr., 10 octobre 2012, *D.*, 2012, p. 2518, obs. D. POUPEAU.

²¹³ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 119.

nature morale. De tout temps, nous avons connu des systèmes d'évaluation ex aequo bono et forfaitaires qui, sans relâche, suscitent encore et toujours de vives controverses.

Prenons l'exemple d'un dommage moral spécifique subi par une victime en raison d'un choc psychologique. Lorsque l'on vient à demander la réparation d'un tel dommage, il est difficile pour le juge de déterminer quelle sera la somme allouée. Quel sera le « juste prix »? Le problème que suscite l'évaluation d'un préjudice moral est en réalité qu'il n'est pas fondé sur une évaluation financière concrète et mathématique²¹⁴. Cependant, notons que certains mécanismes ont été mis en place afin de réduire ces difficultés pour évaluer ce qui relève d'un dommage moral général en ce qu'il existe des tableaux significatifs comprenant des échelles qui sont communément admises par les tribunaux.

Nous avons vu qu'il existe de grandes disparités entre les réparations accordées ces dernières années par les juridictions françaises pour réparer le préjudice lié au défaut d'information du patient. Les juges du fond disposent en effet d'une grande latitude pour l'évaluation du préjudice.

Ainsi, il s'agit sans conteste d'une difficulté pratique dans l'évaluation mais selon nous, il ne s'agirait pas d'un élément qui doit venir fermer la porte à la reconnaissance de ce nouveau préjudice d'impréparation. Le « juste prix » en matière d'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux n'existe vraisemblablement pas. Il convient aux juges de faire « œuvre de justice » afin de construire un système juste, viable et dont les victimes comprennent les tenants et les aboutissants.

§3: Une fonction indemnitaire ou punitive?

Tant notre droit de la responsabilité civile que celui de notre homologue français tendent vers le même but : l'indemnisation de la victime²¹⁵.

A l'heure actuelle, l'indemnisation de la victime semble être la préoccupation première du droit de la responsabilité civile et non plus la seule réprobation morale de l'auteur du fait dommageable à laquelle s'attelle ardûment la responsabilité pénale²¹⁶.

²¹⁴ J.-L. FAGNART, « Définition des préjudices non économiques » in Préjudices extra-patrimoniaux : vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation, J.B.L, 2004, p. 34.

²¹⁵ S. HOCQUET-BERG, « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français », op. cit., p. 215.

²¹⁶ M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », op. cit., p. 31.

Toutefois, certaines voix fortes de la doctrine française contemporaine remettent en cause cette représentation dualiste des fonctions respectives de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale²¹⁷. Dans cette perspective, Sophie Hocquet-Berg défend l'idée selon laquelle la responsabilité civile ne devrait plus seulement remplir une fonction réparatrice mais devrait également assurer une « fonction prophylactique de dissuasion et de sanction des comportements dommageables » ²¹⁸.

Dans quel contexte s'inscrit le préjudice d'impréparation?

Nous pourrions peut-être avancer prudemment, qu'au-delà de la recherche d'indemnisation du patient, s'esquisse cette fonction secondaire de peine privée de la responsabilité civile²¹⁹.

Dans le contexte d'une consécration toujours grandissante de nouveaux postes de préjudices moraux, il semble que la Haute juridiction française, soutenue par la doctrine française, ait voulu porter une attention toute particulière au droit à l'information du patient.

Dans cet arrêt du 3 juin 2010, la Cour de cassation entendait conférer une réelle portée au droit à l'information du patient. La seule atteinte au droit subjectif de l'information du patient entraîne en soi un dommage qui ne peut être laissé sans réparation.

N'était- ce pas là une volonté de la Cour d'appréhender le préjudice d'impréparation comme une création relevant davantage du domaine du symbolique et qui par ce fait, donnerait uniquement droit à des dommages et intérêts symboliques au profit de la victime ?

En effet, de tels dommages et intérêts sont attribués à la victime lorsqu'aucun dommage réel n'a été causé mais que l'on souhaite tout de même que le juge reconnaisse qu'une violation des droits protégés par la loi est survenue. Bien que cela ne donne aucun droit à réparation pour la victime, il y aura tout de même condamnation à un euro symbolique dans le chef du responsable. Cela peut ainsi être interprété comme une manière de dire que la victime doit pouvoir être reconnue dans son dommage et qu'on ne lui a finalement pas accordé un droit pour la seule bonne forme. Quoi qu'il en soit, nous pouvons d'ores et déjà y traduire un certain caractère punitif puisque le juge est invité à se concentrer davantage sur le comportement répréhensible que sur le préjudice subi par la victime.

²¹⁷ B. STARCK, « Domaine des fondements de la responsabilité sans faute », *RTD civ.*, 1958, pp. 508-507; M. BOURGUIGNON, « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *op. cit.*, pp. 48-49.

²¹⁸ S. HOCQUET-BERG, « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français », *op. cit.*, p. 216.

²¹⁹ S. CARVAL, « La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée », t. 250, *L.G.D.J.*, 1995.

Cependant, un élément de taille semblait poser problème dans cette réparation symbolique. En effet, une telle condamnation ne sortait pas d'effet dissuasif et « trahissait le peu de considération pour le dommage moral subi par la victime ».²²⁰

Lorsque l'on consulte les ouvrages s'étant approprié la matière du préjudice d'impréparation, force est de constater que les auteurs ont toujours souhaité qu'un certain montant soit alloué aux patients victimes d'un manquement au devoir d'information du médecin²²¹.

L'octroi d'un euro symbolique ou d'un montant dérisoire ne serait ainsi plus suffisant à leurs yeux en ce qu'il ne confèrerait pas tout l'effectivité que requiert pourtant le droit fondamental à l'information du patient²²². Ces dernières années, nous avons vu des décisions accorder des réparations plus substantielles qu'un simple euro symbolique pouvant atteindre des sommets²²³. Cela pourrait être interprété de deux façons.

Tout d'abord, cela pourrait être une manière de dire que ce préjudice doit se voir accorder une réelle consistance et par ce fait, la victime se doit d'être indemnisée correctement afin qu'elle puisse être replacée dans une situation acceptable.

Mais cela pourrait aussi bien être interprété comme étant une forme de sanction vis-à-vis du responsable. Si la condamnation du praticien est davantage motivée par un dessein de sauvegarde des droits du patient, plus que par une simple volonté d'indemnisation du patient, il convient d'y voir davantage la fonction secondaire de peine privée de la responsabilité et non sa fonction première de stricte réparation des préjudices²²⁴. Ainsi, un montant élevé de l'indemnité pourrait masquer l'envie de sanctionner civilement la personne à la source du dommage.

Nous l'avons vu, le dommage moral fait l'objet d'une évaluation souveraine par le juge du fond. Ainsi, les juges du fond soumis à leur entière appréciation peuvent aisément s'écarter du principe de la réparation intégrale et allouer aux victimes une indemnité dont le montant

²²⁴ *Ibid.*, p. 443.

53

²²⁰ X. THUNIS ET B. FOSSÉPREZ, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts, *op . cit.*, pp. 272-273

²²¹ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 120.

²²² X. Thunis et B. Fosséprez, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts », *op. cit.*, p. 272 ; 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 », *op. cit.*, p. 1522.

²²³ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 435

pourrait excéder la valeur du préjudice²²⁵. Une partie de la doctrine considère en ce sens que « la réparation du dommage moral est une manifestation pure et simple de la peine privée »²²⁶.

Dès lors, quel est finalement le but réel que poursuit l'indemnisation de ce préjudice d'impréparation? Ne relèverait-elle pas davantage de la sanction civile du médecin que de la réparation du dommage réel subi par la victime ? Ne pourrions-nous pas y voir une volonté de ces auteurs de conférer à la responsabilité une certaine fonction répressive?

Nous oscillons entre indemnisation et sanction de l'auteur du dommage. Il semble en réalité que nous soyons toujours à l'intersection de ces deux questions-là.

Section 3: Incidence de la création du fonds des accidents médicaux

L'incursion que nous entamons se bornera aux principes essentiels pertinents pour le sujet puisqu'il n'est pas de développer le Fonds des accidents médicaux.

§1 : Origine et principe

C'est après avoir constaté un certain échec du régime de la responsabilité civile médicale à remplir correctement sa fonction indemnitaire que le législateur belge, par la loi du 31 mars 2010, a institué le droit à une indemnisation dite no-fault par la création d'une nouvelle institution fédérale : le Fonds des accidents médicaux (FAM)²²⁷.

Opérationnel depuis le 1^{er} septembre 2012, le FAM se voit chargé d'une double mission : d'une part, il indemnise dans une certaine mesure l'aléa thérapeutique lorsqu'aucune faute directe ne peut être reprochée à un prestataire de soins et, d'autre part, il accompagne les parties dans la recherche d'un règlement amiable du litige²²⁸.

Plus précisément, le FAM, saisi d'une demande, va évaluer le dommage et déterminer s'il trouve son origine dans un accident médical sans responsabilité ou, au contraire, dans un fait engageant la responsabilité du prestataire de soins.

²²⁵ Cass., 26 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2044; P. PIERRE, « La mise en œuvre de la réparation intégrale », in La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux (sous la dir. de P. PIERRE et F. LEDUC), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 51.

²²⁶ S. HOCQUET-BERG, « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français », op. cit., p. 222.

DERESE. M.-N., HAUSMAN J.-M., SCHAMPS G. ET SQUIFFLET A.-C., Nouvelle réglementation relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé. Recueil systématisé des lois, documents parlementaires et arrêtés d'exécution (sous la dir. de G. SCHAMPS), Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 17-26; L. du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, M.B., 2 avril 2010, p. 19913. ²²⁸ FONTEYN B., POUPPEZ C ET SLEGERS P., « Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le fonds

est mort, vive le fonds! », J.T., 2011, p. 373; N. GALLUS, Bioéthique et droit, op. cit., 2013, p. 137.

Si le Fonds conclut que le préjudice résulte d'une faute dans le chef du prestataire de soins, il invite l'assureur de ce dernier à indemniser la victime pour le dommage qu'elle a subi. Le Fonds se voit ainsi confier une mission d'assistance de la personne lésée en vue d'un règlement amiable du litige²²⁹. Cependant, ce Fonds public se substituera à l'assureur si celuici ou le praticien professionnel conteste la responsabilité ou encore si l'assureur ne réagit pas à l'invitation du FAM, pour autant que le dommage remplisse la condition de gravité requise²³⁰. Par ailleurs, il proposera à la victime de l'indemniser lui-même s'il considère que l'assureur a remis une offre d'indemnisation manifestement insuffisante²³¹. Le Fonds se retournera ensuite contre le prestataire de soins ou son assureur par voie de subrogation afin de récupérer les sommes qu'il a déboursées. Enfin, dans l'hypothèse où il n'existerait pas d'assurance en responsabilité ou si la couverture est insuffisante, il prendra la forme d'un Fonds commun de garantie en accordant une indemnisation à la personne lésée²³².

A contrario, si l'accident médical est indépendant de toute responsabilité, c'est au FAM qu'il reviendra d'évaluer le dommage et de proposer une offre d'indemnisation à la victime. Toutefois, cette procédure n'est applicable que sous certaines conditions et pour les dommages qui trouvent leur cause dans une prestation de santé effectuée à partir du 2 avril 2010^{233} . De plus, afin de limiter le coût de la prise en charge de la solidarité nationale, la loi a entendu limiter son intervention d'indemnisation aux seuls accidents médicaux sans responsabilité présentant l'un des critères de gravité prévus par la loi²³⁴.

Tant dans le cas de l'intervention du Fonds pour un aléa thérapeutique (accident médical sans responsabilité) que dans l'hypothèse d'une responsabilité retenue dans le chef du prestataire de soins, la réparation du dommage est intégrale²³⁵.

-

²²⁹ FONTEYN B., POUPPEZ C ET SLEGERS P., « Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le fonds est mort, vive le fonds ! », *op. cit.*, p. 379.

²³⁰ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, op. cit., p. 143.

DERESE. M.-N., HAUSMAN J.-M., SCHAMPS G. ET SQUIFFLET A.-C., Nouvelle réglementation relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé. Recueil systématisé des lois, documents parlementaires et arrêtés d'exécution (sous la dir. de G. SCHAMPS), Waterloo, Kluwer, 2011, p. 39.

²³² FONTEYN B., POUPPEZ C ET SLEGERS P., « Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le fonds est mort, vive le fonds ! », *op. cit.*, p. 376.

²³³ *Ibid.*, p. 139.

²³⁴ Art. 5 de la L. du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, précitée; FONTEYN B., POUPPEZ C ET SLEGERS P., « Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le fonds est mort, vive le fonds ! », *op. cit.*, p. 376.

²³⁵ DERESE. M.-N., HAUSMAN J.-M., SCHAMPS G. ET SQUIFFLET A.-C., Nouvelle réglementation relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé. Recueil systématisé des lois, documents parlementaires et arrêtés d'exécution (sous la dir. de G. Schamps), op. cit., p. 34.

Notons que les dommages résultant de l'échec thérapeutique, l'erreur de diagnostic non fautive, les expérimentations sur la personne humaine et les prestations purement esthétiques sont exclus du champ d'application de la présente loi²³⁶.

§ 2 : La prise en charge du préjudice d'impréparation ?

Le préjudice d'impréparation pourrait-il se voir indemnisé par le FAM?

A première vue, si l'on consulte l'exposé des motifs de la loi du 31 mars 2010 précitée, le législateur souligne, à juste titre selon nous, que la seule violation d'une obligation issue de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, qui n'occasionne pas un dommage résultant d'une prestation de soins de santé, ne relève pas de la loi du 31 mars 2010²³⁷. Cette affirmation s'oppose à la conception développée par la Cour de cassation française dans son arrêt du 3 juin 2010 mais rejoint au contraire celle qui est la sienne aujourd'hui.

Selon nous, le non-respect du consentement éclairé et par conséquent, de l'obligation d'information du patient ne pourrait être indemnisé par le Fonds qu'en présence d'un dommage indemnisable au sens de la loi du 31 mars 2010.

Le Professeur Geneviève Schamps, qui préside actuellement le comité de gestion du Fonds des accidents médicaux, avançait qu'il peut toutefois être soutenu que « le fait de procéder à une intervention sans avoir obtenu le consentement libre et éclairé du patient constitue une atteinte à l'intégrité physique et que celle-ci résulte bien d'une prestation de soins de santé, même s'il n'y a pas eu de faute « technique » du prestataire de soins au regard des règles de l'art. En droit belge, une telle atteinte n'est justifiée légalement que si, entre autres, le patient y a donné son consentement libre et éclairé. Il est vrai que le seuil de gravité ne sera probablement pas atteint, si seul le dommage moral est invoqué » (..) « Par ailleurs, il se peut aussi qu' un patient subisse un dommage qui rencontre la définition légale d'un accident médical sans responsabilité, alors que le prestataire de soins a effectué l'intervention sans avoir obtenu le consentement libre et éclairé du patient et sans avoir violé les règles de l'art.

.

²³⁶ N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, op. cit., p. 139.

²³⁷ Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001.

Le Fonds pourrait intervenir pour la réparation du dommage lié à cet accident, pour autant que le seuil de gravité soit atteint »²³⁸.

En outre, l'exposé des motifs de la loi du 31 mars 2010 considère que le fait de procéder à un acte médical sans avoir préalablement informé le patient et obtenu son consentement ne rentre pas dans le champ d'application de la loi, « si l'opération se déroule sans problème pour le patient », au motif qu'il n'existerait alors pas de dommage résultant de soins de santé²³⁹.

La conception issue de l'arrêt du 23 janvier 2014 de la Cour de cassation française rencontre parfaitement cette hypothèse. Pour rappel, la Cour avait jugé que : « Indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, 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 le 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 »²⁴⁰.

L'acte médical posé doit donc emporter avec lui des conséquences dommageables pour le patient afin qu'il puisse envisager une réparation au titre d'un manquement à l'obligation d'information de son médecin.

Un réel dommage au sens de la loi du 30 mars 2010 peut- il ainsi être possible et permettre à la victime de se voir octroyer une potentielle indemnité à charge du FAM?

Notons qu'en France, la question de l'intervention de l'ONIAM, organisme public français comparable au FAM, s'est posée dans l'hypothèse d'une paraplégie causée à la suite de l'opération d'une hernie discale²⁴¹. Si aucune faute technique ne pouvait être reprochée au chirurgien, il a cependant commis une faute éthique en transgressant l'obligation d'information relative aux risques pourtant requise pour obtenir le consentement de son patient. Dans cet arrêt daté du 11 mars 2010, la première chambre civile de la Haute juridiction française a considéré que seul le dommage résultant d'une faute technique du praticien pouvait être exclu du champ d'intervention de l'ONIAM. La position adoptée par la Cour dans cette décision

²³⁸ SCHAMPS. G, « Le fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », R.G.A.R., 2014, p. 15035, n° 38.

²³⁹ Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, Exposé des motifs, *Doc.* parl., sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001.

240 Cass. fr., (1ère civ.), 23 janvier 2014, Bull., 2014, I, n° 13.

²⁴¹ Cass. fr. (1^{ère} civ.), 11 mars 2010, *D.*, 2010, p. 1119, note M. BACACHE.

nous laisse penser que la responsabilité générée par la faute éthique pourrait ne pas exclure l'intervention de la solidarité nationale au profit du patient victime d'un tel manquement²⁴².

Chapitre 3 : Vers un alignement à la jurisprudence française en droit belge ?

Section 1: situation actuelle

En fonction des considérations précédentes, il nous paraît à présent possible de discuter de l'état des lieux dressé et d'en entrevoir les perspectives.

Malgré l'affirmation d'une volonté de protection toujours plus poussée des droits fondamentaux reconnus à la personne humaine, nous avons pu relever qu'aucune solution satisfaisante ne se dégage de la doctrine et de la jurisprudence belges pour indemniser les atteintes qui y sont portées. Notre jurisprudence refuse d'admettre que la seule constatation d'un manquement au devoir d'information du médecin puisse entraîner dans le chef du patient un préjudice propre pouvant donner lieu à une réparation systématique.

Notons que nous sommes typiquement dans une matière où il n'existe que peu de certitudes en droit belge puisque nous en sommes encore au stade des balbutiements des auteurs belges attisés par la curiosité que suscite ce nouveau poste de préjudice pourtant bel et bien admis par la jurisprudence française depuis 2010.

Ainsi, il nous est impossible d'affirmer aujourd'hui avec certitude si la jurisprudence de la Cour de cassation française aura une influence sur nos cours et tribunaux. Cependant, nous pouvons tenter de réfléchir à la question au regard de la doctrine existante qui n'a incontestablement pas manqué de se prononcer sur la question.

Section 2 : Un constat : le positionnement favorable de la doctrine majoritaire belge

Depuis la consécration du préjudice d'impréparation en France, de nombreux auteurs ont pris la plume. Selon une partie de la doctrine belge, cette voie consacrant le préjudice d'impréparation pourrait parfaitement être empruntée en Belgique. Le Professeur Thierry

²⁴² SCHAMPS. G, « Le fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *R.G.A.R.*, 2014, p. 15035, n° 40.

Vansweevelt notamment rejoint cette position et entrevoit un alignement progressif de notre jurisprudence au modèle français²⁴³.

Suite au prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation française du 3 juin 2010, l'auteur Evelyne Langenaken félicita la Cour pour sa jurisprudence novatrice en ce qu'elle « constitue une avancée remarquable de l'humanisme médical »²⁴⁴.

Cependant, nous devons plus particulièrement cette revendication à Gilles Genicot qui, de manière limpide dans ses écrits, milite fermement pour la reconnaissance de ce nouveau poste de préjudice autonome²⁴⁵. A première vue, aucun obstacle de taille ne semblerait s'y opposer.

Ces auteurs justifient leur position en estimant que la reconnaissance du préjudice d'impréparation au sein de notre jurisprudence permettrait notamment de rencontrer les enseignements tirés des arrêts de notre Cour de cassation des 14 décembre 2001 et 26 juin 2009²⁴⁶. En effet, ces derniers ne manquent pas de relever le caractère fondamental du principe du consentement éclairé, déclinaison du droit de la personnalité à la maitrise corporelle et qui implique dans le chef du médecin qu'il fournisse une information adéquate au patient²⁴⁷.

Toutefois, si la violation du droit subjectif que représente l'information du patient est fréquemment invoquée, ce n'est que très rarement qu'elle est retenue par les juridictions belges amenées à statuer sur un tel manquement²⁴⁸. Ainsi, l'intégration dans notre droit de la solution retenue par la jurisprudence française permettrait de donner pleine effectivité au respect de la volonté du patient, entendu comme une règle de portée générale, permettant de sauvegarder la liberté décisionnelle du patient.

C'est d'ailleurs sans l'ombre d'un doute que l'auteur Gilles Genicot défend ce point de vue en postulant qu'il est temps de « conférer à ces préceptes une véritable densité juridique » ²⁴⁹. La

2

²⁴³ T. VANSWEEVELT, « De schending van de informatieplicht alse en autonome schade », op. cit., p. 267.

²⁴⁴ 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.

²⁴⁵ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 113.

²⁴⁶ Cass, 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001 p.2129, concl. Av. gén. J. Du Jardin; Cass. (1^{ière} ch.), 26 juin 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 1681.

²⁴⁷ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 113.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 123.

 $^{^{249}}$ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », op. cit., p. 113.

jurisprudence se montre dès lors comme un outil de choix afin d'offrir au droit à l'information une réelle portée effective et de le rendre contraignant tout en ne faisant pas porter sur le patient la preuve d'une causalité difficile.

Dans notre pays, à côté des difficultés qui entourent l'exigence probatoire, il est de jurisprudence constante qu'un tel manquement du médecin ne peut entraîner dans le chef du patient un préjudice propre, d'ordre en tout cas moral²⁵⁰. En effet, comme nous l'avons vu ciavant, les théories sur base desquelles les juridictions se prononcent actuellement présentent certaines difficultés laissant dès lors sans sanction la violation d'un droit dont le caractère fondamental est pourtant bien reconnu.

L'auteur Gilles Genicot, sous la voix d'autres auteurs, forme ainsi le vœu que notre jurisprudence belge rejoigne cette conception nouvelle « en consacrant, en toute hypothèse, l'existence d'un préjudice autonome, d'ordre moral, dans le chef du patient victime d'une information lacunaire ou déficiente »²⁵¹.

Incidence de l'arrêt du 23 janvier 2014 de la Cour de cassation française

Toutefois, notre analyse ne serait pas complète si nous omettions de prendre en compte le dernier arrêt de la Cour de cassation française en date du 23 janvier 2014.

A l'heure où nous écrivons ces lignes, peu d'auteurs belges se sont réapproprié la matière depuis ce revirement de jurisprudence. Or, il nous semble que l'apport récent de cet arrêt revêt la plus haute importance et serait dès lors susceptible de provoquer de sérieux émois au sein de la doctrine juridique qui s'était prononcée sur le sujet.

En réalité, il convient de se demander si la position qu'a pu adopter cette doctrine quant à la consécration du préjudice d'impréparation pourrait évoluer tenant compte des derniers soubresauts de la jurisprudence française.

Dès lors, il se pourrait fort bien que l'enthousiasme des partisans du préjudice d'impréparation quant à la voie qu'ils semblaient préconiser pourrait, à bien des égards, être nuancé et davantage réfléchi.

-

²⁵⁰ E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *op. cit.*, p. 440.

²⁵¹ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 123.

Conclusion

A ce jour, le constat effectué en matière de réparation du préjudice lié à un manquement au devoir d'information du médecin s'est avéré quelque peu alarmant.

Force est de constater que nous nous trouvons désormais dans un paysage jurisprudentiel et doctrinal complexe et relativement incertain dans lequel il semble difficile pour les acteurs de s'y retrouver. Les décisions de justice se succèdent rapidement sans que se révèle toujours de façon précise une voie bien tracée. Inspiré du modèle français, le préjudice d'impréparation apparaît dès lors comme un concept encore fort peu lisible dont les contours sont mal définis ou du moins, manquent en clarté. Ainsi, au moment où nous écrivons ces lignes, il nous paraît impossible de déterminer la position que la Cour de cassation belge sera amenée à prendre.

Une fois le chemin parcouru, nous constatons que la responsabilité civile a joué et joue toujours sans nul doute un rôle majeur dans la protection des droits du patient en façonnant leur régime juridique. D'un point de vue moral et éthique, le préjudice d'impréparation nous semble défendre une cause honorable en ce qu'il poursuit l'objectif de rendre les droits du patient plus effectifs. Si le législateur a érigé l'information du patient en obligation, c'est nécessairement dans le but que celle-ci soit respectée. Dans un monde caractérisé par les progrès techniques et une volonté de recherche accrue de sécurité, il est important de consacrer une place aux droits fondamentaux qui constituent les carcans du droit médical et biomédical moderne. Ainsi, le droit à l'information et au consentement éclairé seraient pleinement consacrés.

Toutefois, il nous semble que le préjudice d'impréparation autonome entendu comme non lié à toute réalisation d'un dommage n'apparaît finalement pas comme une révolution salutaire au sein de la responsabilité médicale. Le préjudice d'impréparation autonome ne se montre-il pas plutôt comme une création conceptuelle qui, dans la pratique, risque de poser plus de difficultés qu'elle ne pourrait en résoudre ? Par ailleurs, répond-il à une véritable demande du patient ?

Actuellement, peu de développements ont été effectués sur le sujet en droit belge. Pourtant, une nécessité semble se dessiner à cet égard. Idéalement, il conviendrait que les professionnels de la matière s'y intéressent davantage en effectuant une analyse juridique approfondie et constructive du concept du préjudice d'impréparation. Une fois ce préjudice

mieux circonscrit et les potentielles retombées qu'il induirait identifiées, nous pourrons dès lors envisager de se prononcer sur l'opportunité de son éventuelle consécration en droit belge.

Arrivés au terme de notre étude, nous sommes à même de conclure que l'art médical dans son acception la plus large repose sur la confiance. La médecine étant un art de l'oralité, l'information donnée au patient constitue le ciment de la relation de soins. De cette information découle le consentement « libre et éclairé » du patient. Ces deux concepts participent à la confiance qui doit exister entre le médecin praticien et son patient, sans lesquels tout acte de soins reste vain.

Ainsi, il nous semble certain qu'il faille retourner aux bases qui concourent à l'existence de ce partenariat si important qui les unit en cherchant à maintenir la confiance qui en constitue le socle. L'exercice de la médecine est un secteur d'activité dont les risques sont inhérents à la fonction et où l'indemnisation et l'imprévisibilité d'un certain nombre d'effets dommageables issus d'interventions médicales contribuent à mettre la victime en position difficile en cas d'accident médical. Un effort constant doit, selon nous, être remarqué dans le chef des professionnels de la santé. Il convient avant tout d'inciter ces derniers à rester diligents et attentifs à l'aspect humain de leur art afin qu'ils puissent toujours offrir un service de qualité aux personnes leur confiant ce qu'elles ont de plus précieux : leur chair et leur âme. Le droit présente ses limites et peut dans certaines hypothèses ne dépendre que du bon vouloir des personnes concernées.

Le préjudice d'impréparation a peut-être un avenir en Belgique et les débats se montrent loin d'être clos. Les années à venir comporteront sûrement leur lots de surprises et espérons-le, d'éclaircissements.

Incontestablement à suivre..

« La solution qu'il convient d'apporter aux questions d'aujourd'hui, et tout particulièrement à la question de la sanction du défaut d'information suffisante et du consentement ne doit pas nécessairement être trouvée dans les réponses d'hier. Il convient de faire preuve d'audace et d'imagination sans tomber dans les excès des dérives mais en gardant à l'esprit l'évolution globale du droit de la responsabilité médicale dans tous ses aspects »²⁵².

²⁵² E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences » *in Droit médical*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 238.

Bibliographie

Législation

Belge

- Code civ.
- Code de déontologie médicale.
- Projet de loi du 19 février 2002 relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2001-2002, 19 février 2002, n° 1642/001.
- Projet de loi relatif à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, sess. ord. 2009-2010, n° 52-2240/001.
- L. du 22 août 2002 relative aux droits du patient, M.B., 26 septembre 2002, p. 43719.
- L. du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010, p. 19913

Française

- Code civ. fr.
- Code de la santé publique.
- L. du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O*, 5 mars 2002, p. 4118.

Jurisprudence

Belge

- Cass, 19 octobre 1937, Pas., 1937, I, p. 928.
- Cass. 13 avril 1995, Pas., 1995, I, p. 423.
- Cass, 14 décembre 2001, Pas., 2001, p.2129, concl. Av. gén. J. Du Jardin.
- Cass., 1^{ier} avril 2004, *J.T*, 2005, p. 359.
- Cass., 26 octobre 2005, Pas., 2005, p. 2044.

- Cass. (3^e ch), 20 février 2006, Pas., 2006, I, p. 413.
- Cass., 12 mai 2006, Pas., 2006, p. 1112.
- Cass. (1^{ière} ch.), 26 juin 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 1681.
- Bruxelles (9^{ième} ch.), 29 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE.
- Anvers, (1^{ère} ch.), 21 février 1997, R.W., 1997-1998, p. 1078, note H. Nys.
- Liège, 30 avril 1998, Rev. Dr. Santé, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT.
- Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, R.G.A.R., 2001, n° 13353.
- Mons, 29 juin 2004, Rev. dr. santé, 2006-2007, p. 34.
- Civ. Louvain, 10 février 1998, R.G.D.C., 1998, p. 163.
- Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, Rev. dr. santé, 2001-2002, p. 34.
- Civ. Liège (6^e ch.), 26 mars 2002, R.G.A.R., 2002, n°13.752.
- Civ. Anvers, 12 mai 2004, Rev. dr. santé, 2005-2006, p. 221.
- Civ. Charleroi (3^e ch.), 27 septembre 2005, *Bull. Ass.*, 2007, p. 109.

Française

- Cass. fr. civ. 20 mai 1936, D., 1938, 1, p. 88, concl. P. Matter.
- Cass. fr. req., 28 janvier 1942, D., 1942, p. 63.
- Cass. civ. (2^e ch.), 28 octobre 1954, *Bull.*, n° 298.
- Cass. fr. (1^{ère} Civ.), 25 février 1997, *Bull.*, 1997, I, n° 75.
- Cass. fr. ($1^{\text{ère}}$ civ.), 9 octobre 2002, J.T., 2002, p. 686, obs. F. Ost et S. Van Drooghenbroeck.
- Cass. fr. (1^{ère} civ), 7 décembre 2004, n° 02-10957, *Bull. civ.*, I, p. 253.
- Cass. fr. (1^{ère} civ.), 6 décembre 2007, *Bull. civ.*, I, n° 380.
- Cass. fr. (1^{ère} civ.), 3 juin 2010, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 128.

- Cass. fr. (1^{ère} civ.), 28 janvier 2010, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 20.
- Cass. fr. (1^{ère} civ.), 12 juin 2012, D., 2012, p. 1794, note LAUDE.
- Cass. fr., (1^{ère} civ.), 23 janvier 2014, *Bull.*, 2014, I, n° 13.
- CE fr., 10 octobre 2012, D., 2012, p. 2518, obs. D. POUPEAU.
- Toulouse, 18 juin 2012, Resp. civ. et assur., 2012, comm. 247, note S. HOCQUET-BERG.

Doctrine

Belge

- ABERKANE P., La réparation du dommage médical et sa jurisprudence, Bruxelles, Larcier, 2015.
- CALLEWAERT V., « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge » in L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 101-121.
- CARVAL S., « La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée », t. 250, *L.G.D.J.*, 1995.
- DALCQ R.-O., Traité de la responsabilité civile, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962.
- DALCQ R.-O., « Traité de la responsabilité civile », *Novelles*, Droit civil, t. V, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1967.
- R.-O DALCQ, « Responsabilité professionnelle », note sous Liège, 23 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.351.
- DALCQ R.-O., « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », R.G.A.R., 2002, n° 13488.
- DE CALLATAŸ D., « La vie après le tableau indicatif », *in Le dommage et sa réparation* (sous la dir. de B. DUBUISSON), coll. CUP, vol. 142, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 130-175.
- DE COCQUÉAU B. ET HENRY P., « L'information et le consentement : les nouvelles balises » in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de

- santé: le droit médical en mouvement (sous la dir. de G. SCHAMPS), Bruxelles, L.G.D.J-Bruylant, 2008, pp. 25-82.
- DELOBBE F. ET DELVAUX C., « La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire ? » *in Droit médical* (sous la coord. de Y.-H. LELEU), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 271-300.
- DERESE. M.-N., HAUSMAN J.-M., SCHAMPS G. ET SQUIFFLET A.-C., Nouvelle réglementation relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé. Recueil systématisé des lois, documents parlementaires et arrêtés d'exécution (sous la dir. de G. SCHAMPS), Waterloo, Kluwer, 2011.
- DIJKHOFFZ W., « Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming », *T. Gez.*, 2003-2004, pp. 104-124.
- DIJKHOFFZ W., « De (onderschatte) impact van nieuwe vormen van soft law in het gezondheidsrecht », *T. Gez.*, 2013, pp. 210-217.
- DUBUISSON B., CALLEWAERT V., DE CONINCK B. ET GATHEM G., *La responsabilité civile*. *Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. I : *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, n°74, Bruxelles, Larcier, 2009.
- DUBUISSON. B. ET COLSON P., « Nomenclature des préjudices réparables » in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. Dubuisson et P. Jourdain), Bruxelles, Bruylant, pp. 595-645.
- DURANT I., « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *in Droit de la responsabilité. Morceaux choisis* (sous la dir. de P. HENRY et B. DUBUISSON), coll. CUP, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 7-68.
- EL BANNA S., BEAUTHIER F. ET BEAUTHIER J.-P., « Réflexions sur l'accident médical et ses implications médico-légales. Le consentement éclairé », *Rev. Med. Brux.*, 2013, pp. 469-478.
- EYBEN C., « La théorie de la perte de chance défigurée ou revisitée ? », R.G.D.C., 2005, pp. 307-321.
- FAGNART J.-L., « Définition des préjudices non économiques » in Préjudices extrapatrimoniaux : vers une évaluation plus précise et une plus juste indemnisation, J.B.L, 2004.

- FAGNART J.-L., « Charge de la preuve et responsabilité médicale » in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 91-113.
- FAGNART J.-L., « Information du patient et responsabilité du médecin », in Actualités de droit médical, coll. UB³, vol. 10, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51-97.
- FAGNART J.-L., « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in La réparation du dommage. Questions particulières, Anthémis, 2006, pp. 73-101.
- FAGNART J.-L., « Principes juridiques d'imputabilité du dommage psychique » *in L'évaluation du dommage psychique. De l'imputabilité au taux* (sous la dir. de P. LUCAS ET M. STEHMAN), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 53-75.
- FONTEYN B., POUPPEZ C ET SLEGERS P., « Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le fonds est mort, vive le fonds ! », *J.T.*, 2011, pp. 373-379.
- GALLUS N., Bioéthique et droit, Limal, Anthémis, 2013, pp. 187-200.
- GENICOT G., « Faute, risque, aléa, sécurité » *in Droit médical* (sous la coord. de Y.-H. LELEU), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 63-160.
- GENICOT G., Droit médical et biomédical, Bruxelles, Larcier, 2010.
- GENICOT G., « Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome », note sous Cass., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, Pp; 113 et s.
- GENICOT G., « Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical » *in Nouveaux dialogues en droit médical* (sous la dir. de G. GENICOT), Limal, Anthémis, 2012, pp. 8-17.
- GENICOT G., « 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 » in Droit médical et dommage corporel. Etat des lieux et perspectives (sous la dir. de I. LUTTE), Limal, Anthémis, 2014, pp. 77-124.
- GLANSDORFF F., « 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.

- HANNOSSET E., « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences » *in Droit médical*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 231-265.
- HANNOSSET E., « Réflexions critiques sur l'évolution de quelques questions de droit médical », *Rev. dr. santé.*, 2000-2001, pp. 124-130.
- HENRY P., « A propos du consentement libre et éclairé » in Droit médical (sous la dir. de Y.-H. LELEU), Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 161-226.
- HEYLEN R., « Théorie de la causalité : Plaidoyer contre la théorie de l'équivalence en droit belge, en faveur de la théorie de l'équivalence dans l'examen médical des accidents médicaux évitables », *Rev. dr. santé.*, 2015, pp. 161 et 162.
- HOCQUET-BERG S., « Le caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts. Rapport français » in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. DUBUISSON et P. JOURDAIN), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 216-491.
- JOURDAIN P., obs. sous Cass. Fr., 1^{re} ch. civ., 3 juin 2010, Rev. Trim. Dr. Civil., 2010, p. 572.
- JOURDAIN P., « Nomenclature des préjudices corporels. Rapport français », in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. DUBUISSON et P. JOURDAIN), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 567-593.
- LANGENAKEN E., « 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.
- LEDUC F., « La conception générale de la réparation intégrale » in La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux (sous la dir. de P. PIERRE ET F. LEDUC), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 31-63.
- LELEU Y.-H., « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient » *in Droit médical* (sous la coord. de Y.-H. LELEU), coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 11-35
- LELEU Y.-H., GENICOT G. ET LANGENAKEN E., « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications » in *Les droits de la personnalité* (sous la dir. de J.-L. RENCHON), coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-118.

- MAYREUS D. ET STAQUET P., « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin », *D.C.C.R.*, 2002, pp. 3-23.
- NYS H., La médecine et le droit, Diegem, Kluwer, 1995.
- P. PIERRE, « La mise en œuvre de la réparation intégrale », in La réparation intégrale en Europe. Etudes comparatives des droits nationaux (sous la dir. de P. PIERRE et F. LEDUC), Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 46-63.
- ROMBOUTS J.-J., « Avant-propos » in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement (sous la dir. de G. Schamps), Bruxelles, L.G.D.J-Bruylant, 2008, pp. 9-10.
- SCHAMPS G., « Introduction » in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement (sous la dir. de G. SCHAMPS), Bruxelles, L.G.D.J-Bruylant, 2008, pp. 15-19.
- SCHAMPS. G, « Le fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », R.G.A.R., 2014, p. 15035.
- TER HEERDT J., « Information to patients : de doos van Pandora ? », T. Gez., 2009, pp.3-4.
- Thunis X. et Fosséprez B., « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts » in Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé (sous la dir. de B. Dubuisson et P. Jourdain), Bruxelles, Bruylant, pp. 237-310.
- VAN OMMESLAGHE P., *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- VAN GYSEGHEM J.-M., « Droits du patient : Quelques réflexions », R.G.A.R, 2006, pp. 1-5.
- Vansweevelt T., La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital, Bruxelles, Bruylant, 1996.
- Vansweevelt T., « Le débiteur de l'information, le lien de causalité et le consentement éclairé », *Rev. dr. santé.*, 1999-2000, pp. 281-282.
- Vansweevelt T., « De schending van de informatieplicht alse en autonome schade », *T. Gez.*, 2012-2013, pp. 266-268.

- VERJANS E., « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het informed-consent-vereiste", T. Gez., 2015, p. 242-248.

Française

- BACACHE M., note sous Cass. Fr., (1^{re} ch. civ.), 12 juillet 2012, D., 2012, p. 2279.
- BACACHE M., « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, p. 1908.
- BERNARD L., « Obligation d'information du médecin : la clarification », *D.*, 2014, pp. 584-589.
- BOURGUIGNON M., « L'obligation d'information en droit médical, une notion traditionnelle confrontée aux tendances contemporaines », *R.G.D.M.*, 2013, pp. 32-49.
- BRASSELET R., « La sanction du défaut d'information du patient au regard de l'arrêt du 9 février 2012 », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, vol. 26, 2015, n°1, pp. 37-45.
- GOUT O., «La nature du préjudice consécutif au manquement de l'obligation d'information médicale : les avancées du préjudice d'impréparation », *D.*, 2013, pp. 40-58.
- GOUT O. et PORCHY-SIMON S.., « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport français », in Responsabilité médicale et accidents médicaux, Louvain-la-Neuve, 2013, p. 12.
- HOCQUET-BERG S., « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 1998, pp. 1121-1127.
- MÉMETEAU G., « L'information, droit fondamental du patient ? », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences*, vol. 26, 2015, n°1, pp. 23-36.
- PALAZZOLO J., « L'évolution de la relation médecin-malade », *Cerveau & Psycho*, n° 18, 2006, pp. 70-75.
- PARANCE B., « Nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel sur le devoir d'information des professionnels de santé à l'égard de leurs patients », note sous Cass., 23 janvier 2014, *Gaz. Pal.*, 2014, pp. 8-11.

- Penneau J., « La responsabilité du médecin », D., 2004, p. 35.
- POPPE C. ET QUILLEVERE M., « Responsabilité médicale. Vers l'indemnisation du préjudice d'impréparation pour tous ? », *Gestions hospitalières*, 2012, pp. 638-639.
- PORCHY-SIMON S., « Lien causal, préjudice réparable et non-respect de la volonté du patient », D., 1998, p. 389.
- REYNIER M., « L'obligation d'information due par le médecin » in Les grandes décisions du droit médical (sous la dir. de F. VIALLA), Paris, L.G.D.J, 2014, pp. 191-206.
- SAVATIER R., « La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) », *R.I.D.C.*, 1976, pp. 493-510.
- STARCK B., « Domaine des fondements de la responsabilité sans faute », *RTD civ.*, 1958, pp. 508-507.
- VIALLA F., « Comparaison des jurisprudences rendues en matière de responsabilité pour défaut d'information », *Méd. & Dr.*, 2013, pp. 57-64.

Périodiques en ligne

- HOCQUET-BERG S., « D'un devoir d'information du médecin à un droit du patient à être informé... », *Riseo*, 2011, pp.7-16 (http://www.riseo.fr/)
- HOCQUET-BERG S., « Le Conseil d'Etat admet l'existence d'un préjudice d'impréparation découlant d'un défaut d'information sur les risques d'un acte médical », *RGD on line*, 2012, n°3455 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=3455).
- KAMARA F., « Chirurgien : sauveur ou coupable ? », e-mémoires de l'Académie Nationale de Chirurgie, vol. 14 2015, pp. 51-57.

Pages internet consultées

Code de déontologie médicale (Belgique) : https://ordomedic.be/fr/code/contenu/

Tableau indicatif de 2012 (Belgique): http://www.fcgb-bgwf.be/documents/Tabl_Ind_2012_Fr.pdf

Nomenclature Dintilhac (France): http://www.sante.gouv.fr/la-nomenclature-dintilhac.html.

Fonds des accidents médicaux : http://www.fmo.fgov.be/fr/index.html

 $\underline{http://www.actualitesdroitbelge.be/droit-des-affaires/droit-medical/le-droit-medical-et-biomedical/la\ responsabilite-medicale}$

D. HOUTCIEFF, « Responsabilité médicale : ne pas être informé nuit gravement au patient ! », commentaire disponible sur le blog de l'auteur :

https://dimitrihoutcieff.wordpress.com/2010/06/11/responsabilite-medicale-ne-pas-etre informe-nuit-gravement-au-patient/, publié le 11 juin 2010.

