

Le préjudice d'impréparation en matière médicale

Olivier Gout

Volume 50, Number 2, 2020

Vers une typologie novatrice des préjudices moral et matériel

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1074599ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1074599ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gout, O. (2020). Le préjudice d'impréparation en matière médicale. *Revue générale de droit*, 50(2), 363–371. <https://doi.org/10.7202/1074599ar>

Article abstract

The “préjudice d'impréparation,” which can be translated as “prejudice resulting from the lack of preparation”, appeared very recently in French law. It aims to compensate the moral distress resulting from the shock suffered by the victim who learns that a hidden medical risk, for which he or she has therefore not been able to prepare, has occurred. It is a kind of presumption of damage binding the obligation of information to fundamental rights such as the protection and the dignity of the human being and the integrity of the human body. However, this distress damage raises many difficulties, such as its assessment or its articulation with other damages, like the loss of opportunity to avoid damages resulting from the medical act. This study tries to present this new damage in French law.

Le préjudice d'impréparation en matière médicale

OLIVIER GOUT*

RÉSUMÉ

Le préjudice d'impréparation en matière médicale a fait son apparition très récemment en droit français. Il vise à indemniser le préjudice moral tenant au choc subi par la victime qui apprend qu'un risque médical dissimulé, auquel elle n'a donc pas pu se préparer, s'est réalisé. Ce préjudice se justifie par le droit à la dignité du patient et par le droit à l'intégrité du corps humain, l'information étant dorénavant élevée au rang de droit fondamental. Le préjudice d'impréparation soulève toutefois de nombreuses difficultés comme celle de son évaluation ou encore celle de son articulation avec d'autres chefs de préjudice, telle la perte de chance associée à la renonciation à un acte médical. La présente étude tente donc de brosser le portrait de ce préjudice encore, semble-t-il, en cours d'élaboration.

MOTS-CLÉS :

Responsabilité médicale, évaluation des préjudices, indemnisation, préjudice de perte de chance, préjudice d'impréparation, obligation d'information.

ABSTRACT

The "préjudice d'impréparation," which can be translated as "prejudice resulting from the lack of preparation", appeared very recently in French law. It aims to compensate the moral distress resulting from the shock suffered by the victim who learns that a hidden medical risk, for which he or she has therefore not been able to prepare, has occurred. It is a kind of presumption of damage binding the obligation of information to fundamental rights such as the protection and the dignity of the human being and the integrity of the human body. However, this distress damage raises many difficulties, such as its assessment or its articulation with other damages, like the loss of opportunity to avoid damages resulting from the medical act. This study tries to present this new damage in French law.

* Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, vice-doyen de la Faculté de droit, directeur adjoint de l'Équipe de recherche Louis Josserand. Cotitulaire de la Chaire-miroir Ottawa-Lyon, *Les avatars de la personne et les enjeux contemporains du droit privé de la responsabilité.*

KEY-WORDS:

Medical liability, assessment of personal injury, damage of loss of opportunity, compensation, obligation of information, moral distress.

SOMMAIRE

I.	La consécration du préjudice d'impréparation.....	366
II.	Le périmètre du préjudice d'impréparation.....	369
III.	L'évaluation du préjudice d'impréparation.....	370

Pendant longtemps, la relation patient-professionnel de santé a suivi ce qu'on a coutume d'appeler le « modèle paternaliste ». Dans ce schéma, le professionnel de la santé est convaincu d'être à la fois objectif et gardien des intérêts du patient. Il prend alors, seul, les décisions en respectant le principe de bienfaisance visant principalement à prévenir ou à supprimer le mal, et à promouvoir le bien. Le patient, quant à lui, n'est pas perçu comme une personne raisonnable puisqu'il n'est pas capable de comprendre sa maladie et de décider pour lui-même. L'un est expert, l'autre, novice. Le patient est demandeur dans la relation de soins, alors que le médecin est son bienfaiteur. La société française a longtemps considéré cette asymétrie comme entièrement justifiée et rationnelle.

Pour autant, ce modèle paternaliste a progressivement laissé place à un nouveau paradigme que l'on pourrait nommer « modèle délibératif » visant, notamment, à instaurer un dialogue entre les différents protagonistes. Désormais, le malade aspire à la reconnaissance et à l'autonomie. Il n'entend plus être traité comme un objet, mais comme un sujet, un véritable sujet de droit qui ne se contente plus de porter le nom d'une maladie ou de certains symptômes.

Cette mutation de la relation patient-professionnel de la santé, qui s'est manifestée très progressivement en jurisprudence, a été nettement confortée par l'importante *Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades à la qualité du système de santé*¹ (*Loi du 4 mars 2002*), qui a incontestablement marqué le droit français. Celle-ci est en effet venue

1. *Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JO, 5 mars 2002, 4118.

consacrer, au profit du patient, un certain nombre de droits pour rompre autant que possible le déséquilibre inhérent à la relation de soins. Au nombre de ces droits, il y a celui du patient d'être informé sur sa santé et sur les risques d'un acte médical afin de consentir de manière éclairée aux différentes initiatives thérapeutiques.

Ainsi, après avoir été longtemps d'origine jurisprudentielle, et reposant sur le droit à la dignité du patient², les obligations d'information pesant sur les professionnels de la santé sont aujourd'hui prévues par des sources de droit internes, mais également supranationales. Elles figurent, en effet, dans le *Code civil*³, dans le *Code de la santé publique*⁴, dans le *Code de déontologie médicale*⁵, mais également dans des textes internationaux, tels l'article 5 de la *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*⁶ ou encore l'article 3-2 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁷.

Ce droit à l'information est ainsi devenu un droit fondamental du patient, ainsi qu'en atteste d'ailleurs la place de cette obligation dans la *Loi du 4 mars 2002*, située volontairement par le législateur dans un chapitre relatif aux droits des usagers du système de santé, qui constitue, en droit français, une sorte de charte des droits essentiels du patient. Le contenu du droit à l'information est très large. Sans nous étendre sur cette question, disons que l'information doit porter sur l'état de santé du malade (diagnostic et résultats d'examen), sur l'acte médical entrepris⁸ (nature, risques, solutions de rechange sur le plan thérapeutique, mais aussi sur celui du coût), et sur les suites de cet acte (compte rendu de l'intervention, subsistance de risques résiduels ou nouveaux risques recensés).

La question qui a toutefois suscité le plus de contentieux en droit français est celle qui porte sur la nature des risques dont le malade doit être averti.

2. Voir par ex Cass civ 1^{re}, 9 octobre 2001, [2001] D 3470, n° 00-14.564 (notes P Sargos et D Thouvenin).

3. Art 16-3, al 2 C civ : « Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

4. Voir les articles L. 1111-2 et s C santé pub.

5. Art R. 4127-35 et 36 C santé pub.

6. *Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine*, STE n° 1164.

7. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 26 octobre 2012, 2012/C 326/02.

8. Solution acquise depuis un arrêt de principe de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 28 janvier 1942 : Cass req, 28 janvier 1942, [1942] D Jur 63.

Dans un premier temps, l'information était limitée aux seuls risques courants de l'acte médical⁹. Le médecin pouvait donc garder le silence sur les dangers rares d'un point de vue statistique, la relativité des connaissances médicales ainsi que la volonté de préserver l'équilibre psychologique du malade justifiant une limitation du devoir d'information. Aujourd'hui, la règle qui prévaut est que le patient doit être informé de tous les risques connus ou que le professionnel de la santé devrait connaître¹⁰, qu'il s'agisse d'actes de prévention ou de traitements, ou d'actions médicales.

Selon une formule désormais utilisée par la jurisprudence :

[T]oute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir¹¹.

Quel est alors le préjudice subi par la victime en cas de non-respect de cette obligation d'information et comment le réparer? C'est là qu'entre en scène le préjudice dit d'impréparation qui n'a, en réalité, fait son apparition que très récemment dans le droit positif, même si la doctrine l'avait mis en relief ou suggéré de longue date. Nous allons nous intéresser à sa consécration en droit positif (I), avant d'évoquer son articulation avec d'autres chefs de préjudice consécutifs au non-respect de l'obligation d'information (II), et la sanction qui lui est applicable ou, du moins, sa difficile évaluation (III).

I. LA CONSÉCRATION DU PRÉJUDICE D'IMPRÉPARATION

Dans un premier temps, les juridictions françaises¹² réparaient le manquement à l'obligation d'information sur le fondement exclusif du

9. Voir par ex Cass civ 1^{re}, 14 avril 1961, [1961] Gaz Pal Jur II 563; 29 mai 1984, [1985] D Jur 281 (note F Bouvier); 2 mars 1994, (1974) Resp civ et assur, comm 220. En droit administratif, voir CE, 13 juillet 1961, [1961] Rec 85; 9 avril 1986, (1986) AJDA 465.

10. Voir par ex Cass civ 1^{re}, 18 décembre 2002, [2002] Bull civ I 246, n° 01-03231; *ibid*, 17 décembre 2009, non publiée, n° 08-21206.

11. Voir par ex Cass civ 1^{re}, 12 janvier 2012, non publiée, n° 10-24.447.

12. Et le juge judiciaire et le juge administratif peuvent être compétents puisque le dommage peut survenir dans un établissement de soins privé ou public.

préjudice de perte de chance¹³. L'idée tient à ce que la victime a perdu une chance de renoncer à un acte médical lui ayant occasionné le préjudice dont elle sollicite la réparation. Le recours à ce type de préjudice présente l'intérêt 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 fait le patient frustré de son droit à l'information. Ce dernier n'a-t-il pas seulement perdu une chance d'éviter le dommage?

Pour autant, et pour séduisante qu'elle soit, cette analyse n'est pas à l'abri de tout grief. En droit français, le préjudice de perte de chance ne conduit, par hypothèse, qu'à une prise en charge partielle du dommage dont souffre la victime, qui est fonction de l'appréciation que retient le juge de la chance perdue. La victime se verra donc privée d'une partie de l'indemnisation des préjudices subis au prix d'un raisonnement qui relève parfois du divinatoire¹⁴. Le plus souvent, en effet, il est tentant de considérer que le patient aurait probablement, y compris en pleine connaissance de cause, accepté l'acte de soins effectué. Dès lors, aucune perte de chance ne peut être retenue. Les arrêts qui portent sur la question témoignent de ce que l'indemnisation de la victime puisse être inexistante¹⁵.

Compte tenu de ce tableau peu favorable, la question s'est alors posée de savoir s'il n'était pas nécessaire d'emprunter un autre chemin plus respectueux des droits du patient¹⁶. Cet autre chemin est celui de la mise en place d'un chef de préjudice spécifique en cas de manquement à l'obligation d'information. La Cour de cassation l'a fait en 2010 en affirmant que « le non-respect du devoir d'information [...] cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice [que]

13. Voir, pour le juge judiciaire, Cass civ 1^{re}, 7 février 1990, [1991] D somm 183, n° 88-184.41 (note J Penneau), [1992] RTD civ 109 (note P Jourdain). Pour le juge administratif : CE, 5 janvier 2000, n° 81899; CE, 2 février 2011, n° 323970.

14. Pour guider les juges du fond, la Cour de cassation s'est contentée d'affirmer qu'ils doivent prendre en considération « l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques » : Cass civ 1^{re}, 20 juin 2000, [2000] D somm 471, n° 98-23.046 (note P Jourdain).

15. Voir en plus des arrêts précités, Cass civ 1^{re}, 20 juin 2000, *ibid*; Cass civ 1^{re}, 13 novembre 2002, [2003] RTD civ 98, n° 00-22.432. Pour une radicalisation de cette position, voir Cass civ 1^{re}, 6 décembre 2007, [2008] Bull civ I 380, n° 06-19.301, [2008] D 192 (note P Sargos), [2008] D 2894 (note P Jourdain), [2008] D 804 (note L Neyret), [2008] D 1908 (note M Bacache).

16. Voir par ex Mireille Bacache, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance » [2008] D 1908.

le juge ne peut laisser sans réparation »¹⁷. On est ainsi passé d'une obligation souvent dépourvue de sanction à une sanction devenue obligatoire. Surtout, le raisonnement retenu par cet arrêt pouvait conduire à se demander si la haute juridiction n'avait pas entendu condamner l'usage du préjudice de perte de chance.

La Cour de cassation a effectivement créé une sorte de présomption irréfragable de préjudice en rattachant l'exigence d'information à des droits fondamentaux tels que la sauvegarde et la dignité de la personne humaine ainsi que l'intégrité du corps humain¹⁸. Le préjudice subi par la victime devient ainsi inhérent au droit violé¹⁹, la règle enfreinte étant suffisamment éminente pour que le seul constat du manquement ouvre droit à réparation, y compris, d'ailleurs, en l'absence de tout dommage corporel²⁰. La haute juridiction validait du même coup l'analyse suggérée par une partie de la doctrine civiliste, favorable à l'idée que le patient doit bénéficier d'un droit subjectif à l'information.

Cependant, la Cour de cassation a par la suite abandonné l'idée de préjudice moral autonome. La solution pouvait en effet conduire à octroyer une indemnisation à la victime qui n'a pas été informée et n'a subi aucun préjudice, l'acte médical s'étant bien déroulé, et qui, malgré cela, décide d'agir en réparation.

La solution qui s'applique désormais est celle issue d'un arrêt datant de 2014 dans lequel il est affirmé que :

[I]ndépendamment 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

17. Cass civ 1^{re}, 3 juin 2010, [2010] D 1484, n° 09-13.591; *ibid* (note I Gallmeiter) 1522; *ibid* (note P Sargos); *ibid* (point de vue D Bert) 1802; [2011] D 45 (note O Gout); [2010] JCP G 788 (note S Porchy-Simon), JCPG Chron Resp civ 1015, spéc n°s 3 et 4, 6. Cristina Corgas-Bernard, « L'autonomie de l'obligation d'information du médecin » (2010) R Lamy dr civ 75; (2010) RDSS 375 (note F Arhaab-Girardin), (17-18 août 2010) LPA (note R Milawski).

18. La Cour de cassation s'est en effet appuyée sur les articles 16 et 16-3 du C civ dans Cass civ 1^{re}, 3 juin 2010, *ibid*.

19. Mireille Bacache, « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions? » [2008] D 1908; voir également Stéphanie Porchy-Simon, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient » [1998] D Chron 379.

20. Voir, sur la question, Mireille Bacache, « L'information médicale est-elle encore perfectible? 7^{es} États généraux du dommage corporel : la loi Kouchner entre deux décennies » (16 juin 2012) Gaz Pal 168 à la p 9.

risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation²¹.

Pour la première fois, voici explicitement affirmé, par la jurisprudence, le préjudice d'impréparation²². Le Conseil d'État a lui aussi jugé peu de temps avant la Cour de cassation, dans un arrêt de 2012, que :

[I]ndépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer des risques courus ouvre à 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 personnelles²³.

Mais, comme on l'aura remarqué, aussi bien pour le juge judiciaire que pour le juge administratif, le préjudice d'impréparation coexiste avec le préjudice de perte de chance en cas de défaut d'information. Comment, dès lors, articuler les deux ? C'est à cette question que nous proposons de répondre à présent.

II. LE PÉRIMÈTRE DU PRÉJUDICE D'IMPRÉPARATION

D'abord, il importe de souligner que le préjudice de perte de chance ne peut jamais être invoqué lorsque l'acte médical est impérieusement requis, de sorte que le patient ne dispose d'aucune possibilité raisonnable de refus. Cette situation, rappelons-le, conduisait à une absence totale d'indemnisation avant que les juges administratifs et judiciaires ne fassent évoluer leur jurisprudence. Aujourd'hui, le préjudice d'impréparation prendra le relais si le risque ignoré se réalise et, selon le juge qui statue (judiciaire ou administratif), il conviendra ou non de le prouver.

21. Cass civ 1^{re}, 23 janvier 2014, P+B+R+I, [2014] D 584, n° 12-22.123 (avis L Bernard de la Gatinais), *ibid*, (note M Bacache) à la p 590; [2014] JCP G 446 (note A Bascoulergue), (mai 2014) RLDC 20 (note O Gout).

22. Expression que l'on doit à l'auteur Jean Penneau, [1999] D 50.

23. CE, 10 octobre 2012, [2012] JCP G 1252, n° 350046 (note F Vialla), [2013] D 42 (note O Gout).

Mais est-il possible d'aller plus loin et d'envisager l'indemnisation concomitante de ces deux chefs de préjudice à chaque fois que la victime aurait pu avoir le choix de refuser ou de repousser ultérieurement un acte médical? La réponse est positive, comme l'a clairement affirmé la Cour de cassation dans un arrêt de 2017²⁴. Le contenu de chacun des préjudices n'est en effet pas le même.

Le préjudice d'impréparation indemnise le préjudice moral tenant au choc subi par la victime en apprenant qu'un risque dissimulé, auquel elle n'a donc pas pu se préparer, s'est réalisé. Il s'agit donc d'un chef de préjudice prenant en compte la souffrance morale. La victime devra ici en établir l'ampleur. Mais ce préjudice est présumé dès que le risque se réalise, et ce, aujourd'hui, devant les deux ordres de juridiction française.

Le préjudice de perte de chance indemnise quant à lui les lésions corporelles subies par la victime qui auraient pu être évitées si cette dernière avait renoncé à l'opération. Dans ce cas, on indemnise une fraction — perte de chance oblige — des atteintes corporelles, qui sera fonction de l'importance des séquelles consécutives à l'acte médical. Le juge doit alors fixer le seuil de chance perdue pour mesurer les dommages-intérêts versés à la victime.

Il reste à préciser que la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 23 janvier 2019, a considéré que le préjudice d'impréparation peut être cumulé avec la réparation de l'entier dommage corporel subi. Tel est tout particulièrement le cas lorsque le dommage résulte d'une faute technique et non d'un accident médical²⁵.

III. L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE D'IMPRÉPARATION

Si l'évaluation du préjudice de perte de chance peut, au moins en partie, être objectivée, puisque ce préjudice présuppose la survenance de lésions corporelles, il n'en sera pas toujours ainsi du préjudice d'impréparation, qui peut présenter un aspect exclusivement extrapatrimonial.

24. Cass civ 1^{re}, 25 janvier 2017, (avril 2017) Resp civ et assur 39, n° 15-27.898 (note S Hocquet-Berg), [2018] D 35; voir également CE, 5^e et 4^e ch réun, 16 juin 2016, [2016] D 2187, n° 382479 (note M Bacache).

25. Cass Civ 1^{re}, 23 janvier 2019, n° 18-10.706.

Précisément, la question peut être posée de savoir si le préjudice d'impréparation ne peut pas, dans certains cas, présenter un aspect patrimonial. Si la victime avait su l'importance des risques courus, elle aurait peut-être pris un certain nombre de dispositions relatives à l'organisation de sa succession ou de son activité professionnelle.

Pour la Cour de cassation, il semble que seul le préjudice moral soit visé par le préjudice d'impréparation²⁶, contrairement au Conseil d'État qui paraît ratisser plus large lorsqu'on s'en tient aux formules qu'il emploie²⁷. Nous disons bien « semble ou paraît » dans les deux cas, car il existe peut-être un espace de discussion.

Mais, fondamentalement, c'est essentiellement ici la volonté de protéger un droit fondamental de la victime qui justifie l'existence du préjudice d'impréparation. Une violation d'un droit fondamental de la victime a été commise, il importe de sanctionner son auteur. On est assez proche de la protection des droits de la personnalité, comme l'honneur ou le respect de la vie privée. Son évaluation, qui sera alors des plus délicates, sera effectuée par le juge du fond après que la victime aura tenté de le convaincre de l'ampleur de son préjudice.

Il convient de reconnaître alors que la responsabilité civile va davantage servir à sanctionner celui qui n'a pas satisfait à une obligation jugée fondamentale. Pour ceux qui doutent de la fonction préventive ou punitive de la responsabilité civile, il nous semble que le préjudice d'impréparation en constitue une parfaite illustration...

26. Voir dernièrement, Cass civ 1^{re}, 23 janvier 2019, n° 18-11-082 :

[L]e non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles que comportait un accouchement par voie basse ou un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins, auquel il a eu recours fautivement ou non, cause à celui auquel l'information était due, lorsque l'un de ces risques s'est réalisé, un préjudice moral distinct des atteintes corporelles subies, résultant d'un défaut de préparation à l'éventualité que ce risque survienne; qu'il incombe aux juges du fond d'en apprécier l'étendue au regard des circonstances et des éléments de preuve soumis; voir également Cass civ 1^{re}, 23 janvier 2019, *supra* note 25.

27. Voir par ex CE, 10 octobre 2012, n° 35-0.046, *supra* note 23.