

Le point sur la jurisprudence de la cour de cassation

The jurisprudential French court of cassation approach

P Sargos

Président de chambre honoraire de la Cour de cassation

Mots clés

- ◆ Information sur les risques opératoires
- ◆ Manquement
- ◆ Préjudices réparables
- ◆ Partage entre le chirurgien et l'ONIAM
- ◆ Réforme législative

Résumé

C'est à l'occasion d'un acte chirurgical qu'est née la conception moderne de l'information en chirurgie, tant en ce qui concerne son fondement - le respect de la personne humaine - que ses modalités - la nature exacte de l'opération, ses conséquences possibles et les alternatives thérapeutiques. Il s'agit du célèbre arrêt Teyssier rendu le 28 janvier 1942 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation. Soixante-dix ans après, cette doctrine est plus que jamais d'actualité, la jurisprudence postérieure et la loi du 4 mars 2002 l'ayant seulement confortée et, sur certains points qui seront évoqués, affinée ou complétée.

Par contre, la réparation du préjudice né du manquement au devoir médical de recueillir le consentement du patient éclairé par l'information connaît une crise majeure dont la résolution, qui devra reposer sur la conciliation raisonnable d'intérêts contradictoires, implique une intervention législative.

Keywords

- ◆ Information on surgical risks
- ◆ Breach
- ◆ Reparable damage and harm
- ◆ Split between surgeon and ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux - French office for the compensation of medical accidents)
- ◆ Change in legislation

Abstract

The modern conception of information in surgery - both its founding principle (the respect for basic Human rights) and its practical details (the exact nature of the operation, its potential consequences and the alternative therapies) - was born from the outcome of a surgical operation and laid down in the famous Teyssier judgement delivered on January 28th 1942 by the French Court of cassation. Seventy years later this precept is more than ever relevant, further legal precedents and the Law of March 4th 2002 having only confirmed it and, on a number of points which will be discussed, further refined or complemented.

Compensation for damage and harm arising from breach of the medical duty to receive the fully informed consent of the patient is however undergoing a major crisis which can only be resolved through legislative action reasonably conciliating contradictory interests.

Naissance de la forme moderne de l'information médicale

Arrêt Teyssier rendu le 28 janvier 1942

C'est très justement que mon ami, le professeur Jacques Hureau, que je ne remercierai jamais assez de l'aide qu'il m'a toujours apportée lorsque j'avais des difficultés à comprendre certaines données médicales, a évoqué l'arrêt Teyssier rendu le 28 janvier 1942 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation (1).

La forme moderne de l'information médicale est en effet née avec cet arrêt, qui concerne un acte chirurgical. M Teyssier s'étant fracturé un avant bras fut soigné par un chirurgien qui procéda d'office à une ostéosynthèse, alors qu'une autre al-

ternative thérapeutique par appareillage plâtré était possible. L'ostéosynthèse ayant provoqué une infection, le membre gangrené a du être amputé. M. Teyssier avait engagé une action en responsabilité contre le chirurgien pour ne pas l'avoir informé de ce risque et du fait qu'une alternative thérapeutique ne comportant pas le risque de gangrène, ou le minorant, existait. Cette responsabilité a été retenue dans des termes, qui non seulement sont toujours d'actualité, mais qui ont été repris ou, en tout cas, confortés par la loi du 4 mars 2002.

L'arrêt Teyssier affirme en effet, pour la première fois dans l'histoire du droit français, qu'il existe des « droits du malade » dont le fondement éthique repose sur le respect de la personne humaine :

- il énonce, d'abord, qu'un chirurgien « est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indé-

Correspondance :

*Pierre Sargos, Président de chambre honoraire de la Cour de cassation
28, rue des Pages, 78110 Le Vésinet
E-mail : plsargos@yahoo.fr*

pendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; qu'en violant cette obligation, imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs médicaux » ;

- puis, il précise qu'un chirurgien doit informer son patient de la nature exacte de l'opération qu'il va subir, de ses conséquences possibles et des alternatives thérapeutiques (choix entre les deux méthodes curatives existant dans le cas de Teyssier, c'est-à-dire l'appareillage plâtré ou l'ostéosynthèse) ;
- enfin, il tranche la question du préjudice réparable, car le chirurgien contestait le lien de causalité entre le défaut d'information et la gangrène, en ces termes : « attendu que la cour d'appel a déclaré que l'opération de l'ostéosynthèse, pratiquée sans le consentement du malade, a été à l'origine des accidents infectieux et de la gangrène qui a nécessité l'amputation de l'avant-bras du malade, que de cette constatation souveraine, la Cour a pu déduire que le fait illicite commis par le chirurgien, sans lequel ce dommage ne se serait pas produit, en était la cause génératrice ».

Soixante ans plus tard

Qu'en est-il de l'évolution, depuis maintenant 60 ans, de ces trois points :

- sur le fondement éthique, les lois bioéthiques de 1994, puis la loi du 4 mars 2002 sur les droits du malade, et les conventions européennes, notamment la Convention d'Oviedo entrée en vigueur en France le 1er avril 2012, l'ont confirmé et amplifié à travers la terminologie d'exigence du respect de la dignité de la personne humaine ;
- sur le contenu de l'information, les trois points mis en lumière par l'arrêt Teyssier ont été confirmés par la loi du 4 mars 2002 ;
- par contre, sur le terrain de la réparation du préjudice né du défaut de recueil du consentement éclairé, sur lequel va porter mon intervention, des bouleversements sont intervenus (I) qui aboutissent à une crise dont la résolution ne peut être que législative (II). J'évoquerai ces deux points à travers l'analyse de cas réels tranchés par la Cour de cassation.

Les bouleversements intervenus

Comme je viens de l'évoquer, l'arrêt Teyssier avait pris fermement position en faveur de la réparation de l'entier préjudice né de la réalisation d'un risque dont l'existence n'avait pas été révélée au patient.

Il s'agit de la consécration, en droit de la causalité, de la théorie dite de l'équivalence des conditions.

Arrêt Michel rendu le 11 février 1986 : maintient fermement le principe de réparation intégrale

Cet arrêt (*Civ. 1re pourvoi n°84 10 845 Bull Civ. I n°24 D.1987, p. 19 note J Penneau*), tout en donnant à cette responsabilité un fondement contractuel, avait fermement maintenu le principe de la réparation intégrale. Cet arrêt avait en effet cassé la décision d'une cour d'appel qui avait limité au seul préjudice moral la réparation du dommage né de la réalisation d'un risque (une paralysie faciale) inhérent à une intervention, risque sur lequel les parents de la victime mineure n'avaient pas été informés. La première chambre civile précise dans son arrêt de cassation que « le manque d'information, qui n'avait pas permis aux parents de prendre une décision éclairée et de motiver un refus éventuel [...] alors que la survenance du dommage dont il était demandé réparation

constituait la réalisation du risque qui aurait du être signalé [...], avait été la cause exclusive du dommage et que la responsabilité des deux médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice subi ».

Arrêt Jugnet du 7 février 1990 : apparition de la théorie de la perte de chance liée au défaut d'information

Cet arrêt (*Civ. 1re pourvoi n°88-14797 ; Bull Civ. I n°39 ; D.1991.somm.183, obs.J Penneau*) (2) a introduit une rupture après pas loin d'un demi siècle de stabilité. Il s'agissait d'un homme qui, pour le traitement d'une sinusite aiguë, subit une intervention chirurgicale, dite « de Lima », comportant un risque de sérieux troubles de la vision, qui se réalisa. N'ayant pas été informé de ce risque, il engagea une action en réparation des préjudices nés de ces troubles contre le chirurgien, mais la cour d'appel considéra que l'absence d'information lui avait seulement fait perdre une chance de refuser l'intervention et ne lui accorda que la réparation de son préjudice moral. Devant la Cour de cassation il soutenait qu'il y avait un lien de causalité entre l'absence d'information sur le risque et son entier préjudice, notamment corporel.

Le pourvoi a été rejeté au motif qu'en manquant à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles de son choix d'accepter l'opération qu'il lui proposait, le praticien l'a seulement privé 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.

La perte de chance faisait ainsi son apparition pour la première fois en matière de réparation du préjudice né d'un défaut d'information sur un risque qui s'est réalisé.

Il s'agit là d'un revirement majeur puisqu'il remettait en cause la réparation intégrale en vigueur depuis près de un demi siècle et magistralement confirmée quatre ans avant par l'arrêt Michel. Ce revirement est étrange aussi bien dans la méthodologie que dans le fond.

S'agissant de la méthodologie, capitale pour une cour suprême, un revirement, qui met en cause la sécurité juridique issue des interprétations convergentes antérieures, impose que les « raisons valables » - pour reprendre l'heureuse terminologie de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) - justifiant un tel revirement soient données.

Or, alors que le rapport de la Cour de cassation de 1970/1971 s'expliquait sur l'apparition récente de la notion de perte de chance en matière médicale, mais sans évoquer, fût-ce allusivement, la possibilité de l'appliquer aux conséquences d'un défaut d'information, le rapport annuel de 1990 est totalement muet sur l'arrêt Jugnet.

Et les pièces publiques du dossier du pourvoi en cassation n'apportent aucun élément puisque le mémoire ampliatif ignorait totalement dans ses brefs développements les précédents jurisprudentiels, qui ne sont pas davantage évoqués par le mémoire en défense. Il n'y a dans le dossier, conservé au greffe de la Cour, aucun rapport écrit du conseiller rapporteur et pas davantage de conclusions écrites de l'avocat général. Et la composition de la formation qui a jugé le 7 février 1990 fait apparaître qu'elle n'avait pas été présidée par le président de la chambre, et qu'elle ne comportait aucun membre réellement spécialisé dans le droit de la responsabilité médicale. On en vient à se demander si le revirement de l'arrêt Jugnet ne serait pas un revirement « accidentel ».

S'agissant du fond, on peut douter qu'il existe des raisons valables de se placer sur le terrain de la perte de chance :

- au plan du droit de la causalité, l'arrêt Teyssier avait consacré, avec l'emploi des mots « sans lequel le dommage ne se serait pas produit », la théorie dominante de l'équivalence des conditions. C'est bien le « fait illicite » commis par un praticien en pratiquant une intervention sans recueillir le

consentement, éclairé par l'information, de son patient qui, lorsque le risque non révélé se réalise, est la cause de l'entier dommage en résultant ;

- la théorie de la perte de chance, qui repose sur la combinaison d'une incertitude (celle relative au lien entre une faute médicale et l'entier dommage) et d'une certitude (celle que la faute a fait obstacle à une éventualité favorable, telle qu'une amélioration de l'état du patient), n'a pas de sens en matière de dommage résultant de façon certaine d'une intervention médicale réalisée sans le consentement éclairé du patient, condition *sine qua non* (sauf urgence ou impossibilité) de la légitimité de toute atteinte à la personne humaine (avec évidemment une nécessité médicale) ;
- il n'y a pas de danger que la réparation intégrale ainsi accordée aille au-delà du préjudice puisqu'il doit être tenu compte de l'état dans lequel se serait trouvé le patient s'il n'avait subi l'intervention. Ainsi, dans l'affaire Teyssier la cour d'appel de Bordeaux avait pris en considération la durée de l'incapacité « normale » qu'aurait enduré, en tout état de cause M. Teyssier en raison de la fracture survenue. Et dans un arrêt plus récent du 7 octobre 1998 (*Civ. 1re. n° 9712185 ; Bull. civ. I. n°185*) (3), la cour de cassation a tenu compte, dans l'appréciation de l'existence d'un préjudice, du fait que les conséquences du risque qui s'était réalisé étaient moindres que celles résultant de l'intervention, qui avait permis au patient de recouvrer sa mobilité ;
- la sauvegarde de la dignité de la personne humaine et des droits du malade au libre choix d'une intervention sur sa personne ne sont pas compatibles avec le recours à l'appréciation inquisitoriale, divinatoire - notamment lorsque la victime est morte ou en état végétatif - et, pour tout dire, arbitraire par le juge des probabilités qu'aurait eu a posteriori le patient, s'il avait été informé du risque, de refuser de le courir. La Chambre des Lords du Royaume-Uni, par l'arrêt Chester/Afshar du 14 octobre 2004 (4), a magistralement mis en lumière cette objection éthique en énonçant, par la voix de Lord Hope of Graighead, que l'obligation d'informer deviendrait alors « *vide, dénuée de toute force pratique et dépourvue de tout contenu* ».

Arrêt Larénaudie du 6 décembre 2007 : suppression du préjudice moral

Cet arrêt (*1re Ch. Civ. pourvoi n°061930. Bull. civ. I n° 380 ; D.2008, p. 192, note P Sargos ; RTDciv, 2008, p. 303, obs. Jourdain*) marque le paroxysme des bouleversements.

L'arrêt Jugnet et les arrêts ultérieurs avaient néanmoins laissé subsister la réparation du préjudice moral lorsque les juges estimaient que si le patient avait été informé du risque qui s'est réalisé, il aurait néanmoins accepté de le courir, de sorte qu'il n'y a pas de perte de chance réparable. Un arrêt du 27 juin 2006 (*Civ. I n°0513753*) avait encore confirmé le préjudice moral.

L'arrêt du 6 décembre 2007 a brutalement supprimé le préjudice moral. Dans cette affaire, un homme âgé de 74 ans avait subi une intervention chirurgicale sur une sténose carotidienne. Mais un risque grave inhérent à ce type d'opération, à savoir une hémiplégie, dont il n'avait pas été informé, s'est réalisé. Il a ensuite subi une dégradation continue de son état de santé et est décédé, ayant perdu toute autonomie, un peu plus de trois ans après l'opération. La cour d'appel avait décidé que, compte tenu de la gravité de la sténose carotidienne dont il était atteint, le patient, s'il avait été informé du risque de paralysie, aurait accepté de le courir de sorte que les préjudices découlant de celle-ci ne pouvaient être réparés. Mais la cour d'appel lui avait alloué une réparation de son préjudice moral au motif que s'il avait été informé le choc subi aurait été moins brutal et que la connaissance du danger lui aurait permis de ne pas prendre de plein fouet le traumatisme de l'accident survenu après l'opération et de se préparer à cette éventualité.

Une cassation est prononcée dans des termes qui excluent par principe tout préjudice moral en matière de non respect de l'obligation d'information du médecin.

La crise de la réparation des préjudices nés du manquement au devoir d'information

L'arrêt Larenaudie du 6 décembre 2007 a été quasi unanimement condamné par tous les commentateurs, car il aboutissait à une véritable négation de l'existence même et du bien fondé du devoir d'information en laissant sa transgression sans aucune sanction.

En 2010, la Cour de cassation a engagé des corrections.

Arrêt Seurt du 3 juin 2010 : réintroduction du préjudice moral ou abandon de la perte de chance au profit d'un mode de réparation *sui generis* ?

Cet arrêt (*Civ. 1re, pourvoi n°09 13 591 ; Bull. civ I n°128*) (5, 6) est ainsi revenu sur l'arrêt Larénaudie. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle la cour d'appel avait refusé toute réparation à la suite de la survenance d'un risque opératoire dont le patient n'avait pas été informé au motif que même informé il aurait accepté de courir ce risque. Devant la Cour de cassation l'avocat de la victime soutenait le moyen suivant lequel « *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, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation* ».

Ce moyen a été accueilli, au visa des articles 16,16-3, alinéa 2 et 1382 du Code civil, avec le « chapeau » de principe suivant : « *Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes 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 que le juge, en vertu du dernier des textes susvisés, ne peut laisser sans réparation* ».

Le revirement est donc complet par rapport à l'arrêt du 6 décembre 2007 qui anéantissait tout droit à réparation.

Toutefois, la formule de cassation a suscité des interrogations quand à sa portée : se bornait-elle à réintroduire le préjudice moral ou bien abandonnait-elle le terrain de la perte de chance au profit d'un mode de réparation *sui generis* ?

Arrêt Ramassamy du 9 février 2012 : la perte de chance reste sans exclure la réparation spécifique du préjudice moral

Cet arrêt (*Civ. I n°1025915*) répond à cette interrogation puisque, dans un litige concernant un acte médical réalisé le 3 avril 2002 opposant un patient à son médecin à propos de la survenance d'un risque dont le patient n'avait pas été informé, il énonce que « *l'indemnité due à la victime d'un accident médical qui a perdu une chance, du fait d'un défaut d'information sur le risque d'une intervention chirurgicale... d'éviter le dommage en refusant définitivement ou temporairement l'intervention projetée, doit être déterminée en fonction de son état et de toutes les conséquences qui en découlent pour elle et correspondre à une fraction, souverainement évaluée de ses préjudices* ».

La perte de chance reste donc d'actualité, mais n'exclut pas la réparation spécifique du préjudice moral. On en revient purement et simplement à la situation inaugurée par l'arrêt Jugnet en 1990, sous la réserve qui va suivre.

Arrêt Société *medical insurance company* du 11 mars 2010 : réintroduction d'une possibilité de réparation intégrale

Cet arrêt (*Civ. 1^{ère} n°0911270 ; Bull.civ.1 n°63*) (7) a, en effet, réintroduit une possibilité de réparation intégrale. Cette affaire concerne un homme de 54 ans opéré d'une hernie discale dorsale ; l'intervention chirurgicale, réalisée par laminectomie, comportait un risque de paraplégie sensitivomotrice complète, dont il n'avait pas été informé, et qui s'était réalisé, sans qu'une faute ait été commise lors de l'intervention. La Cour d'appel - prenant notamment en considération le fait qu'une technique opératoire minorant le risque de paralysie existait - avait estimé que le défaut d'information avait privé le patient d'une chance de refuser ou de différer l'intervention. Elle a donc décidé de réparer le dommage corporel de la victime et les divers préjudices en découlant sur le terrain de la perte de chance qu'elle a évalué à 80 %.

Le risque de paraplégie dont le patient avait été atteint s'analysant, en l'absence de toute autre faute que celle liée à l'information, comme un aléa médical dont les victimes peuvent être indemnisées par l'ONIAM, il a demandé que les 20 % de ses préjudices non réparés soient pris en charge par l'Office. La cour d'appel avait rejeté cette demande au motif que l'obligation d'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'était que subsidiaire dès lors qu'une faute avait été retenue à la charge du praticien. Une cassation a été prononcée sur ce point au motif qu'il résulte du rapprochement des articles L.1142-1 et L.1142-18 du Code de la santé publique que ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif.

Il résulte donc de cet arrêt que la victime d'un risque auquel elle n'avait pas pu donner un consentement éclairé peut obtenir la réparation intégrale de tous ses préjudices qui se répartiront entre le praticien défaillant dans l'information (perte de chance et/ou préjudice moral) et l'ONIAM pour l'aléa thérapeutique (part non réparée par la perte de chance).

Mais des insuffisances et des dangers

Ce retour à la réparation intégrale des arrêts Teyssier et Michel pourrait donc paraître a priori positif.

Une analyse un peu plus approfondie révèle les insuffisances et les dangers de ce processus :

- il ne concerne d'abord pas toutes les victimes puisque l'intervention de l'ONIAM est subordonnée, s'il n'y a pas décès, à la gravité de l'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique de la victime (incapacité permanente partielle supérieure à 24 % ou arrêt temporaire des activités professionnelles ou déficit fonctionnel temporaire au moins égal à six mois ou déclaration définitive d'incapacité à exercer son activité professionnelle ou troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence) ;
- la victime se trouve dès lors devant une sorte « d'usine à gaz procédurale » coûteuse, longue et aléatoire puisque, si elle veut être certaine d'obtenir une réparation intégrale de tous ses préjudices, il lui faudra agir à la fois contre le praticien en invoquant la perte de chance et le préjudice moral (rétabli par l'arrêt du 3 juin 2010) et contre l'ONIAM pour obtenir, au titre de l'aléa thérapeutique, la fraction de préjudice laissée à sa charge. Et elle n'obtiendra pas satisfaction devant l'ONIAM si son atteinte est inférieure aux

seuils fixés ;

- mais ce qu'il y a de plus inquiétant est l'atteinte à l'effectivité du devoir d'information.
- Dans les cas où les dommages seront d'une extrême gravité (décès, paralysie par exemple), les avocats des victimes soucieux de la défense des intérêts matériels de leurs clients auront tout intérêt à leur conseiller de faire en quelque sorte l'impasse sur le défaut de recueil du consentement éclairé pour se placer devant l'ONIAM sur le seul terrain de la réparation de l'aléa thérapeutique. Et comment pourraient-ils raisonnablement inciter leur client indemnisé totalement par l'ONIAM du fait de l'accident médical survenu, de faire les frais d'un nouveau procès devant le juge administratif ou civil pour obtenir une réparation plus ou moins symbolique du préjudice spécifique né de l'absence d'information ?

Ce faisant on va accroître ce que j'appellerai la « tentation de la face nord », c'est-à-dire pour les alpinistes l'attraction irrésistible pour la voie la plus difficile et dangereuse, mais aussi la plus exaltante. La « tentation de la face nord » pour un chirurgien c'est le choix - non fautif en lui-même car correspondant aux données acquises de la science et n'exposant pas le patient à un risque injustifié au sens de l'article R.4127-40 du CSP - d'une voie opératoire plus « moderne », plus gratifiante pour son auteur, même si elle comporte pour le patient des risques plus graves. Dans l'affaire Teyssier, « la face nord », c'était l'ostéosynthèse d'apparition relativement récente, plus « noble » évidemment qu'un appareillage plâtré d'usage ancestral, mais qui exposait beaucoup moins le patient à l'apparition de la gangrène. Dans l'arrêt Société *medical insurance company* du 11 mars 2010, « la face nord » aurait pu être le choix d'une technique opératoire faisant appel à une virtuosité chirurgicale valorisante qui doit être « entretenue » (la « qualité » de la main du chirurgien résulte de la répétition des actes), plutôt qu'à l'intérêt bien compris de l'opéré, qui aurait pu préférer une technique plus fruste réduisant la fréquence du risque majeur survenu, même si d'autres inconvénients, moins lourds, y étaient attachés.

Si le choix unilatéral par un praticien - en dehors de toute autre faute - d'une technique présentant plus de risques qu'une autre ou d'une opération non strictement indispensable ne comporte même plus pour lui le risque de voir sa responsabilité engagée au titre du manquement à l'exigence du consentement éclairé, « la tentation de la face nord » va s'accroître et la fonction préventive de l'information et de la responsabilité afférente va diminuer. Je crois à la fonction préventive de la responsabilité lorsqu'elle rejoint l'exigence de respecter l'autonomie, la liberté et la dignité de la personne humaine, et, plus simplement, l'adage déontologique « *primum, non nocere* ».

Une réforme législative indispensable

Pour autant, je suis hostile à un retour à la réparation intégrale à la charge du praticien.

Il faut en effet être réaliste.

- Or le réalisme est, d'abord, que le coût de l'assurance des praticiens d'une spécialité à risque, telle la chirurgie ou l'obstétrique, est insupportable, en raison notamment du regrettable refus d'une mutualisation entre tous les médecins. Je partage à cet égard les craintes et critiques de Rémi Pellet et Jacques Bichot (8, 9).
- Le réalisme, c'est aussi tenir compte de l'existence de la réparation des accidents médicaux.

Une réforme législative me paraît dès lors souhaitable.

Elle devrait, je crois, instituer un système qui incite les médecins, et plus généralement tous les professionnels de santé, à respecter effectivement leur devoir d'information, mais sans faire peser sur eux une charge financière disproportionnée.

Lorsque le risque réalisé présente les caractéristiques d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infec-

tion nosocomiale, la réparation de toutes ses conséquences dommageables devrait relever de la solidarité nationale. Mais, lorsque le risque grave ainsi advenu n'a pas fait l'objet d'une information destinée à recueillir le consentement éclairé du patient, le médecin, ou l'établissement de santé, serait tenu de verser à l'ONIAM une somme, pouvant être prise en charge par son assureur, et représentant un certain pourcentage du montant des indemnités (par exemple 15 % au maximum comme le prévoit l'art. L.1142-15 CSP en cas de défaillance de l'assureur dans son offre).

Un tel système, qui suppose une intervention législative, permettrait de préserver l'effectivité du recueil du consentement éclairé, grâce à une sanction raisonnable mais restant dissuasive (les assureurs pourraient d'ailleurs avoir un rôle didactique vis-à-vis de leurs assurés) et donc préventive, en cas de manquement, et d'assurer la réparation intégrale des préjudices des victimes frappés par de graves atteintes.

On pourrait objecter que ne serait pas totalement résolu le cas des dommages n'atteignant pas les seuils de gravité permettant la prise en charge par l'ONIAM, mais la diversité et la souplesse de ces critères de gravité permet de « couvrir » la plupart des situations ; et une même dualité existe déjà pour les infections nosocomiales imputables à des établissements de santé qui, selon l'importance du dommage, relèvent de la solidarité nationale ou de la responsabilité (art. L.L.1142-1-1 CSS).

Références

1. C Bergoignan-Esper C, P Sargos. Grands arrêts du droit de la santé. Dalloz octobre 2010, n°1-2 p. 2 s ; n°4-6, p. 26 s ; n°85, p. 421 s.
2. C Bergoignan-Esper C, P Sargos. Grands arrêts du droit de la santé. Dalloz octobre 2010, n°90 p. 448.
3. Rapport annuel de la Cour de cassation 1998. p. 275.
4. C Bergoignan-Esper C, P Sargos. Grands arrêts du droit de la santé. Dalloz octobre 2010, n°91 p. 449.
5. P Sargos. Rapport annuel de la Cour de cassation 2010 p. 396.D. 2010 .1522, note : « deux arrêts historiques en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information ».
6. S Hocquet-Berg, R.C.A 2010, étude 5 : « la place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux ».
7. Rapport annuel de la Cour de cassation 2010. p 400.
8. Pellet R. L'assurance des obstétriciens et l'impéritie des pouvoirs publics. Revue de droit sanitaire et social ; janvier-février 2010, p. 94.
9. Bichot J. La responsabilité civile médicale des obstétriciens libéraux. In : Finances publiques et santé, Dalloz, coll. Actes, 2011.