

# DEVOIR D'INFORMATION, CAUSALITÉ ET RESPONSABILITÉ MÉDICALE

Gérard M mteau\* et Nicholas Léger-Riopel\*\*

---

*Située au confluent de deux logiques, scientifique et juridique, la question de l'établissement du lien de causalité est un enjeu pérenne du droit de la responsabilité médicale. Ce sera en puisant au droit français ainsi qu'à certaines illustrations du droit canadien que différentes questions fondamentales liées à la causalité seront mises en lumière. Tout particulièrement, les effets de l'obligation d'information du médecin et les doctrines de « l'équivalence des conditions » et de la « causalité adéquate », permettent d'assister à l'émergence d'une philosophie indemnisatrice qui évolue en marge des modes habituels de preuve. La causalité porte les marques de tensions entre des objectifs d'indemnisation des victimes et ceux de réparation d'un préjudice réel et prouvé, preuve d'autant plus difficile en matière de préjudices dont l'évaluation est complexe. Par ailleurs, la souplesse liée à la preuve de la causalité semble favoriser l'accueil, dans le droit de la responsabilité médicale, de nouveaux chefs de préjudice, qui reposeraient autrement sur un simple rapport de probabilités (perte de chance) dans le meilleur des cas, ou sur des hypothèses invérifiables dans les autres cas (impréparation).*

---

*Located at the crossroads of scientific and legal logic, the issue of how to establish causal connection is a perennial question in medical liability law. The authors use French law and certain examples of Canadian law to shed light on a number of fundamental issues related to causation. In particular, the effects of a physician's duty to inform and the theories of "equivalence of conditions" and "adequate causation" point to the emergence of a compensation philosophy that plays out outside the usual methods of proof. Causation bears the imprint of the tension between two objectives: compensating victims and repairing an actual, proven harm, which is all the more difficult to prove in instances of harm that are challenging to evaluate. Moreover, the flexibility associated with proof of causation seems to favour the acceptance, in medical liability law, of new counts of harm,*

---

\* L'auteur principal de ce texte est professeur  mrite à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers.

\*\* Professeur de droit, Université de Moncton. Membre du Barreau du Québec et de l'Ontario, chercheur associé à la Chaire de recherche du Canada sur la culture collaborative en droit et politiques de la santé. Les auteurs tiennent également à remercier le professeur Patrice Deslauriers pour ses conseils judicieux dans le cadre du travail de relecture—toujours difficile et rarement suffisamment souligné—des versions antérieures de cet article, qui est à jour au 1<sup>er</sup> juillet 2017 et actualisé depuis par certaines sources législatives et jurisprudentielles récentes.

*which would otherwise rely on a simple odds ratio (loss of opportunity) in the best-case scenario, or on unverifiable assumptions in all other cases (lack of preparation).*

---

## Table des matières

Introduction .....	341
I. La carence d'information .....	345
A) Une obligation générale .....	345
B) Un préjudice ? .....	351
II. La réparation .....	357
A) La causalité théorique .....	357
B) Une causalité détournée ? .....	360

---

## Introduction

Le triptyque de la responsabilité, administrative autant que civile, s'ouvre par définition, et ce dans une variété de systèmes juridiques, en trois volets : le fait—fautif ou non dommageable, le préjudice qui est la traduction juridique du dommage qui est un fait<sup>1</sup>, et est d'ordre patrimonial ou non patrimonial : les juristes de tradition de *common law* distingueraient pour leur part entre dommages de nature *pécuniaire et non pécuniaire*. Le lien de cause à effet entre le fait et le dommage, le lien de causalité, volet central du triptyque, fera l'objet de développements particuliers dans cet article. Point de causalité, pas de responsabilité, ce que confirment les avant-projets de réforme de la responsabilité civile française présentés le 29 avril 2016 puis le 13 mars 2017 par la Chancellerie, comme si, après la réforme du droit des obligations commise par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016<sup>2</sup>, il était besoin d'imposer d'autres textes ! Ainsi, l'article

---

<sup>1</sup> On devrait distinguer dommage et préjudice, ce que, par facilité, souvent on ne fait pas, et les meilleurs auteurs évoquent la synonymie des deux termes (Philippe Malinvaud et Dominique Fenouillet, *Droit des obligations*, 11<sup>e</sup> éd, coll « Manuels Litec », Lexis Nexis, 2010, n° 554 [Malinvaud et Fenouillet]) ou en usent indifféremment (ex. Mireille Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, Economica, 2012, n° 355 et s [Bacache-Gibeili]; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénédedé, *Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd, coll « Précis », Dalloz, 2009, n° 697 et s [Terré, Simler, Lequette et Chénédedé]). Voir aussi sur la question Jean-Claude Génar, « Contribution d'un jurilinguiste à la distinction entre préjudice et dommage » (2017) 95 RBC 735.

<sup>2</sup> *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JO, 11 février 2016, n° 0035 [Ordonnance du 10 février 2016]. Voir les commentaires, par exemple, de Gaël Chantepie et Mathias

1239 du texte de 2017 dispose que « [l]a responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage », et ajoute que « [l]e lien de causalité s'établit par tout moyen »<sup>3</sup>, ce qui n'est que confirmatif du droit positif classique à première lecture. Quand bien même une faute avait été commise, il n'y aurait indemnisation de la victime que s'il existait un lien suffisant de causalité entre cette faute et le préjudice<sup>4</sup>. Cette notion de « cause suffisante » est par ailleurs partagée avec les différents systèmes et juridictions de tradition de *common law*, ce qui en fait un outil juridique généralement accepté comme constituant l'une des conditions de la responsabilité médicale. Si l'on simplifie l'exigence—en réalité, on en avoue la complexité, en écrivant qu'en pratique le problème se pose en termes de preuve : « Dans la réalité judiciaire, chacun prouve ce qu'il peut »<sup>5</sup>.

Il n'est ici rien que de classique, et la responsabilité civile tout entière est soumise à l'impératif de la preuve de la causalité, même si nous constaterons des méthodes d'affirmation aisée de la causalité plus que de sa preuve.

---

Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, avec une table des concordances entre les articles anciens et les textes nouveaux à la page 1089. Le lecteur canadien découvrira ces articles nouveaux dans les éditions usuelles du Code civil (français) sans avoir à se reporter au Journal Officiel. A certains égards, cette réforme a constitué un mémoricide juridique (sur le sujet en général, voir Vanessa Koum Dissake, *Le mémoricide*, thèse de doctorat en droit et sciences criminelles, Paris 8, 2017 [non publiée]). Notons par ailleurs que la *Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (1)*, JO, 21 avril 2018, n° 0093, a ratifié l'Ordonnance du 10 février 2016.

<sup>3</sup> France, Ministère de la Justice, [Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, art 1239](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf), en ligne : <[http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)> [Avant-projet du 13 mars 2017].

<sup>4</sup> Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol 1 « Principes généraux », 8<sup>e</sup> éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, n° 1-663 et s [Baudouin, Deslauriers et Moore, vol 1].

<sup>5</sup> Malinvaud et Fenouillet, *supra* note 1, n° 701. On se permettra de renvoyer à Gérard Mémeteau et Marion Girer, *Cours de droit médical*, 5<sup>e</sup> éd, LEH Editions, 2016, n°763 [Mémeteau et Girer] et référant à Cass ass plen, 17 novembre 2000, *Perruche*, [2001] D 332, rapport du Conseiller Sargos, (2000) II JCP 10438, conclusions de l'avocat général Jerry Sainte-Rose [arrêt *Perruche*]. Une bibliographie exhaustive est livrée par Christophe Sauvat, *Réflexions sur le droit à la santé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 à la p 497 [Sauvat]. Cette complexité inhérente aux questions probatoires, ainsi que l'ampleur des enjeux juridiques, éthiques, qui dépassent le simple contenu des règles qui en assurent l'administration, a mené à la naissance de différents courants d'étude dont l'un des plus connus est le *New Evidence Scholarship*.

La responsabilité médicale intègre cette exigence et, pour simplifier le contenu des différences des systèmes de santé canadien et français, nous incluons dans cette responsabilité celle des hôpitaux publics<sup>6</sup> et cliniques privées autant que celle du médecin exerçant individuellement ou en groupe<sup>7</sup>. Nous ne ferons que rappeler que la responsabilité de l'hôpital public français (dont le médecin est l'agent) est jugée par les tribunaux de l'ordre administratif, donc, au sommet, par le Conseil d'État exerçant une fonction de juge de cassation cependant très proche de l'analyse des faits de la cause. S'il est des responsabilités sans faute, par exception au principe posé par l'article L1142-1 du Code de la santé publique [CSP], et même si la Loi du 4 mars 2002<sup>8</sup> a consacré, contre la jurisprudence de la Cour de Cassation, la doctrine de l'aléa médical<sup>9</sup>, l'élément causal demeure constant<sup>10</sup>. Bien entendu, le droit pénal (homicide involontaire) n'y échappe pas : un lien de causalité entre la faute et le dommage est exigé<sup>11</sup>.

Ce qui attire l'attention sur cette causalité a été l'élargissement de la perte de chances en droit médical français (*infra*) et, peut-être surtout, la focalisation de la réflexion sur le devoir médical d'information, plus exactement des manquements à ce devoir, sans doute —et pour simplifier— depuis l'arrêt *Perruche* de la Cour de cassation du 17 novembre 2000<sup>12</sup> : la carence d'information donnée à la mère enceinte était-elle en lien causal avec le préjudice de l'enfant né handicapé, avec la terrible question dans l'analyse de ce préjudice ? Était-ce un préjudice de vie handicapée ou de non-avortement, ce qui vit s'affronter auteurs puis législateurs (art L144-5 du Code de l'action sociale et des familles, introduit par la Loi du 4 mars 2002) ? En effet, s'est développée la recherche du préjudice imputable à un défaut d'information du patient : Quel dommage cause-t-elle ? Dans la tradition de *common law*, c'est par la notion de « *wrongful birth* » ou

<sup>6</sup> Voir Mémeteau et Girer, *supra* note 5, spécialement n° 707 et s, référant notamment à Cass civ 1<sup>re</sup>, 28 juin 2012, [2012] D 1736, n° 11-19265; Cass civ 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2007, (2008) II JCP 10069 (note Isabelle Corpart), [2008] D 816 (note Mireille Bacache). Voir également Jean-René Binet, *Droit médical*, coll « Cours », Montchrestien, 2010, n° 499 [Binet].

<sup>7</sup> Sur cette notion de pratique dite « de groupe », voir Shahad Salman, « De certains enjeux en responsabilité médicale des oncologues : les décisions collectives dans le traitement individualisé du cancer » (2015) 45 RDUS 367.

<sup>8</sup> *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 [Loi du 4 mars 2002].

<sup>9</sup> Voir Mémeteau et Girer, *supra* note 5, spécialement n° 707 et s, référant notamment à Cass civ 1<sup>re</sup>, 28 juin 2012, [2012] D 1736, n° 11-19265; Cass civ 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2007, (2008) II JCP 10069 (note Isabelle Corpart), [2008] D 816 (note Mireille Bacache).

<sup>10</sup> Binet, *supra* note 6, n° 499.

<sup>11</sup> Par exemple Cass crim, 27 septembre et 22 novembre 2016, [2017] 64 RGDM 211 (note Frédéric Archer) : faute de causalité, relaxe.

de « *wrongful life* »<sup>13</sup> que s'est déployé le questionnement juridique—et politique—sur la recevabilité d'une telle action.

Curieusement, l'on néglige l'incidence du silence ou de l'information tronquée sur la conclusion du contrat médical<sup>14</sup> pour se limiter à celle du choix thérapeutique, ce qui illustre la jurisprudence résumée par la doctrine : « La connaissance d'informations pertinentes aurait-elle modifié la décision du patient ? »<sup>15</sup>. Ceci témoigne peut-être de ce que la querelle contemporaine du contrat médical, dont on a trop promptement sonné le glas, n'a point eu de conséquence sur l'exigence de causalité quoique les deux débats se soient rejoints : Le devoir d'information était-il légal ou contractuel<sup>16</sup>, et par suite traînait-il après lui des préjudices moraux présumés ? Découlant de son oubli directement ? Le contrat médical a survécu; il reste de droit positif, même si l'on n'a pas attendu en France l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936, au Québec l'arrêt *X v Mellen* de 1957 et même le jugement *Bordier v S* de 1934, pour soigner<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2013, (2013) 113 Gaz Pal 125w3, n° 12-14439 (note Anne Guégan-Lécuyer); Cass civ 1<sup>re</sup>, 12 octobre 2016, [2017] RDC 27, n° 15-16894 (note Jean-Sébastien Borghetti); Cass civ 1<sup>re</sup>, 22 juin 2017, (2017) 259 Veille juridique IDS.

<sup>13</sup> Sur cette question, voir Carole Sénéchal et Nicholas Léger-Riopel, « La vie comme préjudice : un regard comparé en *common law* nord-américaine » (soumis pour publication).

<sup>14</sup> On nous permettra de renvoyer à Gérard Mémeteau, « La nullité du contrat médical » dans Emmanuel Cadeau, Éric Mondielli et François Vialla, *Mélanges en l'honneur de Michel Bélanger. Modernité du droit de la santé*, coll « Mélanges », LEH Édition, 2015, 285; René Savatier, Jean-Marie Auby, Jean Savatier et Henri Péquignot, *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956 à la p 227 [Savatier, Auby, Savatier et Péquignot].

<sup>15</sup> Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura et Robert P Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale. Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3<sup>e</sup> éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, n° 282.

<sup>16</sup> Voir évidemment Marion Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins : Essai de remise en cause du contrat médical*, coll « Thèses », LEH Editions, 2008. Sauf erreur, le droit québécois a connu lui aussi une querelle sur le droit légal ou contractuel aux services de la santé : Andrée Lajoie, Patrick A Molinari et Jean-Louis Baudouin, « Le droit aux services de santé : légal ou contractuel ? » (1983) 43 R du B 675; Suzanne Nootens, « La remise en cause du contrat hospitalier » (1988) 44:3 R du B 625.

<sup>17</sup> Voir Cass civ, 20 mai 1936, *Mercier*, (1936) 1 DP 88 [arrêt *Mercier*]; *X v Mellen*, [1957] BR 389; *Bordier v S*, [1934] 72 CS 316. Il y eut aussi le jugement *Rajotte* de 1936 objet d'un appel puis d'une infirmation par la Cour suprême en 1940, pour un motif, nous explique le Professeur Didier Lluelles, de droit international privé : *Trottier v Rajotte*, [1940] SCR 203. Sur la notion de contrat médical, voir également Nicholas Léger-Riopel et Lorian Hardcastle, *Responsabilité de l'établissement de santé en droit canadien et québécois*, LexisNexis Canada, 2018 à la p 9 et s.

Mais il est vrai que le manquement à ce devoir d'information est susceptible de causer divers dommages et est exemplaire à ce jour dans la discussion sur la causalité.

## I. La carence d'information

En France, le droit médical est un droit prétorien depuis l'arrêt du 18 juin 1835 rendu sur les conclusions de Dupin, et témoigne ainsi de la rigueur créatrice de la jurisprudence<sup>18</sup>, soutenue, aidée, développée par la doctrine (ne peut-on parler d'un « pouvoir doctrinal » ?). On a prétendu que la Loi du 4 mars 2002 l'aurait rendu « légal ». Ceci est inexact. D'une part, la loi, certes novatrice à de nombreux titres (consécration de l'aléa médical, institution de nouvelles procédures à la marche chaotique, etc.), a consacré en des termes nouveaux des principes depuis longtemps connus; d'autre part, elle a besoin pour vivre de l'interprétation par les juges obligés de combler ses lacunes, d'éclairer ses imprécisions que n'a pu empêcher la générosité de ses auteurs. Le devoir d'information témoigne de cette confirmation d'un antique principe normatif qui a vu son contenu s'élargir sensiblement, surtout après 1997<sup>19</sup>. Il en va essentiellement ainsi également en *common law*; si l'obligation d'information est bien souvent consignée dans des sources législatives et réglementaires diverses<sup>20</sup>, la portée et la teneur des obligations du médecin y sont généralement précisées par la jurisprudence.

### A) Une obligation générale

C'est depuis 1853 (et probablement avant) qu'est affirmée l'obligation médicale d'information<sup>21</sup>), que viendra compléter celle de rechercher le consentement libre et éclairé du sujet, posée par un jugement exemplaire<sup>22</sup>, puis le formidable arrêt *Teysier* de la Cour de cassation du 28 janvier

<sup>18</sup> Cass ch req, 18 juin 1835, *Thouret-Noroy*, (1835) 1 D 300, (1835) 1 S 401, conclusions du procureur général Dupin [arrêt *Thouret-Noroy*], voir Gérard Cornu, *Regards sur le Titre III du livre III du Code civil*, Paris, Les Cours de Droit, 1977.

<sup>19</sup> Aurore Marcos, *Les standards en droit de la santé*, thèse de doctorat en droit privé, Dijon, Université Bourgogne Franche-Comté, 2004 [non publiée] [Marcos].

<sup>20</sup> Nicholas Léger-Riopel, « La formulation du critère de la faute médicale à l'ère de la médecine fondée sur les faits » (2012) 17:2 *Lex Electronica* 1; Michelle M Mello, « Of Swords and Shields: The Role of Clinical Practice Guidelines in Medical Malpractice Litigation » (2001) 149:3 *U Penns L Rev* 645.

<sup>21</sup> Laure Denervaud-Blais, *L'obligation d'information du médecin : sa construction par le juge judiciaire des origines à aujourd'hui (une étude de 1853 à 2003)*, thèse de doctorat en droit privé, Artois, 2003 [non publiée].

<sup>22</sup> Trib corr Lyon, 15 décembre 1859, (1859) III DP 88.

1942<sup>23</sup>. Le jugement de Nuremberg n'a rien inventé, rien empêché non plus ! Et les deux jurisprudences sont liées : pour consentir à l'acte médical, le sujet doit être informé. En droit canadien, l'obligation d'information est elle aussi venue d'un diptyque de jurisprudence, venu beaucoup plus tard, comme nous le rappellent les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore : « Longtemps ignorée tant par la doctrine que par la jurisprudence, l'obligation du médecin d'informer et de renseigner son patient a subi une importante impulsion à partir de 1980, à la suite de deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada. Depuis ce temps, la jurisprudence en fait une application constante. »<sup>24</sup>

### En premier lieu, quel est le contenu de l'obligation ?

On est arrivé à retenir le bilan médical normalement prévisible, afin que le sujet puisse peser les chances et les risques comparés de son état, avec ses évolutions connues, et du traitement proposé. On observe que l'on est théoriquement en phase d'exécution du contrat médical déjà conclu, ou d'exécution de la situation d'hospitalisation. On présume que le contrat ou la décision d'admission est formé, ce qui est un peu réducteur de l'analyse de l'information, qui peut accompagner, sinon déterminer la conclusion du contrat médical convenu exprès pour traiter telle affection ou procéder à une intervention esthétique, ou relative aux artifices procréatifs par exemple (il y a là plutôt des quasi-contrats médicaux faute de cause<sup>25</sup> thérapeutique, selon nous).

En 1956, le *Traité de droit médical* de Savatier, Auby, Savatier et Péquignot (*supra*) établissait ce lien, avec une humaine prudence, « car le rôle du médecin n'est pas d'éclairer, mais de soulager ». Pour lui, il s'agit de convertir la connaissance complexe et technique des faits en une indication simple et approximative, restant dans sa sincérité, accessible au malade, et d'ajouter : « C'est cette vérité, à la fois simplifiée et sincère, qu'il lui doit

<sup>23</sup> Cass ch req, 28 janvier 1942, *Teyssier*, [1942] DP 63 [arrêt *Teyssier*]; Claudine Bergoignan-Esper et Pierre Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2<sup>e</sup> éd, coll « Grands arrêts », Dalloz, 2016 à la p 3 et s [Bergoignan-Esper et Sargos].

<sup>24</sup> Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol 2 « La responsabilité des professionnels », 8<sup>e</sup> éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 à la p 56 [Baudouin, Deslauriers et Moore, vol 2].

<sup>25</sup> La cause a disparu formellement avec l'Ordonnance du 10 février 2016, *supra* note 2. Ceci ne s'imposait nullement sauf dans un esprit de table rase. On peut la retrouver cachée dans les nouveaux articles 1162 et 1169 C civ; même si la notion de « but contractuel » ne recopie pas tout à fait celle de « cause », on peut, semble-t-il, continuer à se référer aux « mobiles » des cocontractants. En ce sens : Nicolas Dissaux et Christophe Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016 à la p 57 sous l'article 1162.

pour permettre au malade de prendre la décision qu'il lui propose »<sup>26</sup>. En 1957, Kornprobst et Piédélièvre confirmeront, en termes un peu confus il est vrai, cette attache de l'information au choix thérapeutique<sup>27</sup> : il n'y a pas d'information nue, par curiosité sinon elle-même pathologique<sup>28</sup>. Aussi est-elle orientée vers le traitement à choisir et doit être aussi complète que possible. C'est la Cour de cassation qui écrit ces nuances<sup>29</sup> :

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que l'arrêt attaqué (Angers, 11 septembre 1988), statuant sur renvoi après cassation (Civ. 1, 25 février 1997, Bull. n°75), après avoir constaté que M. Y..., médecin, n'avait pas informé son patient, M. X..., d'un risque grave de perforation intestinale inhérent à une coloscopie avec ablation d'un polype, risque qui s'était réalisé, a débouté ce dernier de sa demande d'indemnisation par des motifs tirés de la circonstance que s'il avait été informé, M. X... n'aurait pas refusé cette intervention ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors que, d'une part, en constatant que sa perforation intestinale constituait la réalisation du risque qui aurait dû lui être signalé tout en refusant de l'indemniser, la cour d'appel n'aurait pas tiré les conséquences légales de ses constatations, et alors que, d'autre part, il n'appartiendrait pas au juge qui constate l'existence objective d'un manquement à une obligation de conseil vis-à-vis du patient de rechercher par des motifs subjectifs et hypothétiques quelle aurait été la décision finale de celui-ci, s'il avait été correctement informé des risques ;

Mais attendu que le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte ; qu'il est, dès lors, de l'office du juge de rechercher, en prenant 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, les

<sup>26</sup> Savatier, Auby, Savatier et Péquignot, *supra* note 14, n° 251.

<sup>27</sup> Louis Kornprobst et René Piédélièvre, *Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Flammarion, 1957 à la p 359 [Kornprobst et Piédélièvre], citant Cass civ 1<sup>re</sup>, 29 mai 1951, [1952] D Jur 53 (note René Savatier), (1953) I S 41 (note Roger Nerson).

<sup>28</sup> On nous permettra de renvoyer à Gérard Mémeteau, « Chapitre 2. L'information, droit fondamental du patient ? » (2015) 26:1 J Int Bioéthique & Éthique Sciences 21; Cass civ 1<sup>re</sup>, 19 avril 1988, (1988) I:107 Bull 73, n° 86-15607.

<sup>29</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 20 juin 2000, (2000) I:193 Bull 125, [2000] D somm comm 471, n° 98-23046 (obs Patrice Jourdain); Cass civ 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2013, n° 12-14097, non publiée, Juris-Data 2013-000508. L'information doit être « loyale, claire et appropriée » (Cass civ 1<sup>re</sup>, 18 juillet 2000, (2000) I: 227 Bull 149, n° 99-10886).



effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus ; qu'à cet égard, l'arrêt attaqué a relevé que M. X..., dont le père était mort d'un cancer du côlon, souhaitait se débarrasser de troubles intestinaux pénibles et de craintes pour l'avenir, que la rectocolite dont il était atteint favorisait la survenue d'un cancer et que le polype découvert devait être enlevé compte tenu du risque de dégénérescence en cancer ; que c'est par une appréciation souveraine tirée de ces constatations que la cour d'appel a estimé qu'informé du risque de perforation, M. X... n'aurait refusé ni l'examen, ni l'exérèse du polype, de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Et l'on constate que l'information doit tenir compte de la personnalité du sujet, donc comprendre une part de subjectivité, ce qui se lit entre les lignes de l'article L1111-2 CSP : « Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel », ce qui ne laisse qu'une place secondaire aux formulaires d'information et de consentement, du reste souvent établis en termes incompréhensibles pour la majorité des patients<sup>30</sup>, et plus proche du droit de la consommation que du droit médical. Une marge de subjectivité est consentie au praticien qui informe, ce qui a permis de se tenir en marge du standard du « patient raisonnable » pour suggérer celui de sa subjectivité rationnelle<sup>31</sup>. Ce test est parfois qualifié de « subjectivité rationnelle » ou de « rationalité subjective » en droit civil québécois :

C'est bien un test subjectif, donc fonction des particularismes du patient qui doit être appliqué. Toutefois, on ne peut imputer au médecin, pour satisfaire à son obligation de renseignement, une connaissance complète et intime de l'ensemble de la situation personnelle, parfois fort complexe sur le plan psychologique, de son patient et donc de la rationalité de son processus décisionnel.<sup>32</sup>

En *common law*, c'est plutôt la perspective du patient qui sera centrale à l'analyse de l'étendue de l'obligation de divulgation. Il s'agit du « *full disclosure test* » retenu en droit canadien :

L'obligation d'information n'est plus envisagée à partir du professionnel, mais à partir du patient. Le médecin doit donc fournir l'information sur tout ce qu'un patient raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, aurait voulu obtenir

<sup>30</sup> On ne manquera pas de comparer avec les données de *Halushka v University of Saskatchewan* (1965), 53 DLR (2<sup>e</sup>) 436 (Sask CA).

<sup>31</sup> Robert P Kouri, « L'obligation de renseignement en matière de responsabilité médicale et la "subjectivité rationnelle" : mariage de convenance ou mésalliance ? » (1994) 24 RDUS 345 [Kouri].

<sup>32</sup> Baudouin, Deslauriers et Moore, vol 2, *supra* note 24 à la p 76, n° 2-70.

comme renseignements. La subjectivité du patient entre donc en ligne de compte directe. Ainsi, un médecin peut estimer non nécessaire de divulguer un risque d'intervention peu élevé. Par contre, son patient, en raison d'une situation personnelle particulière, peut avoir besoin de cette information pour prendre une décision éclairée.<sup>33</sup>

La *common law* canadienne, à ce sujet, est à distinguer du droit civil québécois qui, dans une méthodologie qui rappelle le droit français, a pour point de départ l'information qu'aurait divulguée un « médecin raisonnable » placé dans des circonstances identiques. Ce sera par le truchement de la notion de « circonstances » que le droit québécois (ré)introduira dans l'obligation d'information la prise en compte des caractéristiques, besoins et préférences du patient<sup>34</sup>.

L'information porte sur les risques graves normalement prévisibles, même exceptionnels<sup>35</sup> pourvu qu'ils soient scientifiquement connus, condition en elle-même problématique<sup>36</sup>, et il est permis de considérer que les risques bénins (et connus) entrent dans le champ de l'information, quelle que soit la part de subjectivité qu'il y ait à qualifier un risque de « bénin ». Tout risque influence la décision de la personne, et l'article L1111-2 §1 CSP retient les risques « fréquents ou graves », ce qui signifie que le risque dit bénin, s'il est fréquent, doit être signalé. Encore peut-on penser devoir le retenir, même s'il n'est pas fréquent, en dépassant la lettre de la loi. L'information sera envisagée « dans une globalité respectant l'autonomie de la volonté du patient »<sup>37</sup>, lequel est aussi en droit de refuser l'information, sauf « lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission » (art L1111-2 §4 CSP). À cet égard, on ne peut s'interdire de rapprocher ce droit au refus et sa restriction de la véritable obligation morale—qui peut devenir juridique en cas de refus fautif volontaire—de faire connaître ses caractéristiques génétiques en cas d'anomalie pouvant concerner les membres de sa famille (art L1131-1-2 CSP). Le projet de

<sup>33</sup> *Ibid* à la p 57, n° 2-49. Il est à noter qu'en *common law* canadienne, la notion de consentement éclairé doit être appréciée à la lumière de la teneur de lois et règlements particuliers, tels que la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, LO 1996, c 2, ann A, ou encore le *Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi)*, DORS/2007-137, qui précise l'étendue du devoir d'information du médecin. Voir également Sarah Burningham, Christen Rachul et Timothy Caulfield, « Informed Consent and Patient Comprehension : The Law and the Evidence » (2013) 7:1 RD & santé McGill123.

<sup>34</sup> Pour un panorama de la jurisprudence québécoise récente sur la question, voir Hélène Guay, « Consentement aux soins : revue de la notion d'intérêt de l'article 12 du Code civil du Québec » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables*, vol 409, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2016, 179.

<sup>35</sup> Par exemple CE, 19 octobre 2016, [2016] AJDA 201 (obs Jean-Marc Pastor), [2016] RDSS 1169 (obs Danièle Cristol).

<sup>36</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 12 octobre 2016, n° 15-16894.

<sup>37</sup> Bergoignan-Esper et Sargos, *supra* note 23 à la p 44 in *limine*.

loi de bioéthique du 24 juillet 2019 confirme ces obligations. On sera étonné de cette manifestation d'un totalitarisme génétique et sanitaire faisant remonter aux vieilles doctrines d'hygiène sociale, et susceptible de conduire à des qualifications de malades socialement dangereux. Mais on sait aussi que ladite information cède devant ce que l'on appelle « le privilège thérapeutique »<sup>38</sup> permettant de reporter l'information lorsque la franchise brutale et totale compromettrait les chances du malade, pour « des raisons légitimes témoignant d'un souci d'humanité »<sup>39</sup>, même si des auteurs éminents, tant dans la tradition civiliste que dans celle de *common law*<sup>40</sup>, critiquent cette faculté de « rétention thérapeutique de l'information »<sup>41</sup> que l'on pourrait rapporter au « paternalisme médical » de Louis Portes<sup>42</sup>.

Ainsi schématisée, l'obligation d'information pèse sur le médecin traitant du sujet, ou, peut-être plus précisément, sur le praticien choisi par le sujet pour l'informer, avant même qu'il ne devienne « traitant ». Elle est aussi à la charge de l'hôpital public (avec lequel le malade ne contracte pas et pour le compte duquel agissent les soignants), tandis qu'en cas d'hospitalisation en clinique privée (avec laquelle se conclut le contrat d'hospitalisation complété par les contrats médicaux convenus avec chaque médecin<sup>43</sup>), seul le médecin, et non l'établissement, est débiteur de cette obligation (s'il n'est pas salarié de la clinique)<sup>44</sup>. En revanche,

---

<sup>38</sup> Commission de réforme du droit du Canada (Margaret A Somerville), *Le consentement à l'acte médical, série « Protection de la vie », 1980*, en ligne : <<http://www.lareau-legal.ca/ConsentFrench.pdf>>.

<sup>39</sup> CA Toulouse, 27 février 2006, Juris-Data 2006-316174 (N.B. Juris-Data est devenu Lexis 360 pour les recherches informatiques); Cass civ 1<sup>re</sup>, 23 mai 2000, (2000) II JCP 10342, rapport Pierre Sargos; Cass civ 1<sup>re</sup>, 20 juin 2000, (2000) I:193 Bull 125, [2000] D 471, n° 98-23046 (obs Patrice Jourdain); Cass civ 1<sup>re</sup>, 14 février 1973, (1973) I:45 Bull 50; Cass civ 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2005, (2005) II: 178 Bull 159, [2005] RDS 504, n° 04-30060 (obs Emmanuel Terrier).

<sup>40</sup> Michael Ralph Hadskis, « A Critique of Canadian Jurisprudence on the Therapeutic Privilege Exception to Informed Consent » (2018) 12:1 RD & santé McGill 1.

<sup>41</sup> Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8<sup>e</sup> éd, coll « Précis », Dalloz, 2015 à la p 773 [Lambert-Faivre et Porchy-Simon].

<sup>42</sup> Mais ce paternalisme n'était pas de l'impérialisme, voir Gérard Mémeteau, « Éloge du paternalisme médical » (2017) 62 RGDM 117.

<sup>43</sup> Gérard Mémeteau, « Du contrat d'hospitalisation » (2005) 71 Médecine & Droit 61. Il y a un contrat d'hospitalisation (malade/clinique), un contrat médical (malade/médecin), un contrat d'exercice (médecin/clinique) et peut-être un contrat de groupe (médecin/médecin).

<sup>44</sup> CA Colmar, 3 septembre 2014, Juris-Data 2014-020323.

la clinique doit renseigner exactement les malades sur les services et prestations offerts<sup>45</sup>.

En second lieu, qui sont les destinataires de l'information ?

Il va de soi, d'abord, que le patient est ce destinataire, à moins qu'il n'ait désigné un tiers pour recevoir les données (art L1111-2 CSP), ce qui peut s'être accompli soit ponctuellement, au moment du choix thérapeutique, soit par anticipation ou par mandat de protection future étendu à la protection de la personne (art 477 et s C civ). La personne de confiance (art L1111-6 CSP), qui ne sera qu'un témoin des volontés de l'intéressé et non un décideur, peut recevoir l'information si le malade le souhaite, et l'on peut supposer que, même devant le silence du patient, l'impossibilité de recevoir l'information par soi-même ouvrirait ce droit à la personne de confiance (art L1111-6 §1 CSP). En cas d'incapacité, les représentants légaux ou judiciaires (tuteur, titulaire d'habilitation familiale, art 414-6 C civ, titulaire de l'autorité parentale), reçoivent les informations, puisqu'ils ont vocation à prendre les décisions médicales en tenant compte de la gravité de l'acte, de l'urgence, le mineur y étant associé selon son âge et son degré de maturité (art 371-1 §3 C civ) et disposant même d'une part d'autonomie (art L1111-4 et L1111-5 CSP). Sauf erreur, le lieu n'est pas de dispenser, sur ces pages, un cours de droit des incapacités, mais nous devons constater des défauts d'harmonie entre le Code civil et le Code de la santé publique, à ce point que la Loi « de modernisation du système de santé » du 26 janvier 2016<sup>46</sup> a autorisé le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures permettant une meilleure articulation des textes (art 211). À ce jour (août 2017), rien n'en est issu, alors que le délai de dix-huit mois prescrit vient d'être dépassé<sup>47</sup>.

## **B) Un préjudice ?**

Lorsque le praticien a omis de respecter ce devoir d'information, le patient en subit-il nécessairement un préjudice ? On a retenu un préjudice éventuel, puis un préjudice d'ordre moral.

En premier lieu, la jurisprudence s'est fixée sur une perte de chances. On sait que, au Canada, la perte de chance n'est guère vue avec faveur

<sup>45</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 14 octobre 1997, [1999] D somm 391 (obs Jean Penneau), [1998] RDSS 336.

<sup>46</sup> *Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé*, JO, 27 janvier 2016, n° 0022.

<sup>47</sup> Voir par exemple Annick Bateur, « Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil : un défi à relever en faveur des personnes vulnérables » (2011) 2 D famille 22.

depuis les arrêts *Lafferrière c Lawson*<sup>48</sup> et *Lachambre c Perrault*<sup>49</sup>, puis l'article 1611 du *Code civil du Québec*, ne retenant le préjudice futur que « lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué », ce qui, écrit M. Gardner, « entérine la position de la Cour suprême qui refuse d'indemniser une telle perte à moins qu'elle ne respecte les normes de la preuve civile »<sup>50</sup>, c'est-à-dire la balance des probabilités, en observant que la perte de chances n'est pas un moyen de suppléer aux carences de la preuve concernant le lien de causalité. Devant le Cour suprême, l'Honorable Juge Gonthier confirme : « il me semble que l'analyse fondée sur la perte de chance est ici artificielle et dissimule, en réalité, une rupture du lien de causalité »<sup>51</sup>. Nous n'aurons pas la prétention de commenter pour nos lecteurs canadiens ces positions que, du reste, nous faisons et faisons toujours nôtres. Simplement, la perte de chance ne prétend pas indemniser un préjudice futur, mais un préjudice actuel consistant en une dépréciation physique ou matérielle dans l'avenir. Dans ce cadre, et étant établie une faute médicale ou hospitalière ou un autre support de responsabilité, le droit français indemnise une perte même faible de chance<sup>52</sup> consistant en la disparition d'un élément favorable même si la réalisation d'une perte de chance n'est jamais certaine<sup>53</sup>. Cette perte d'une éventualité favorable n'est pas le préjudice final (ne retenons que le préjudice corporel) ainsi que l'a écrit avec bon sens la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Lachambre c Perrault*. C'est un dommage autonome tenant en une réduction de la chance de pouvoir être soigné voire guéri, ce qui suppose que ce préjudice final soit réalisé, mais que le demandeur choisisse le terrain de la perte de chance pour ce motif qu'il ne peut prouver un lien de causalité entre la faute ou le fait responsable et ce dommage final et seul très concret. Le juge procède à une reconstitution fictive de ce qui aurait peut-être pu se passer si ... les choses avaient été différentes<sup>54</sup>. Ainsi,

---

<sup>48</sup> *Lafferrière c Lawson*, [1991] 1 RCS 541 [*Lafferrière c Lawson*].

<sup>49</sup> *Lachambre c Perrault*, [1990] RRA 397 (CA) [*Lachambre c Perrault*].

<sup>50</sup> Daniel Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel*, 2<sup>e</sup> éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p 41.

<sup>51</sup> *Lafferrière c Lawson*, *supra* note 48 à la p 591.

<sup>52</sup> *Supra* note 12.

<sup>53</sup> Cass crim, 18 mars 1975, [1975] 79 Bull 223; Cass civ 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2010, (2010) 355 Gaz Pal 35 (note Marie Perini-Mirski) : L'incertitude relative à l'évolution de la pathologie et l'indétermination de la cause du syndrome ayant entraîné le décès n'écartent pas le lien de causalité entre la faute et la perte de chance. On se souvient de René Savatier, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans même l'avoir causé » [1970] D Chron 123. Sur la notion générale de perte de chance en *common law*, voir : *Lafferrière c Lawson*, *supra* note 48. Voir également *Trillium Motor World Ltd v Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2017 ONCA 544.

<sup>54</sup> Par exemple, Cass civ 1<sup>re</sup>, 2 avril 2009, [2009] JCP 248 (obs Philippe Stoffel-Munck) [responsabilité d'un avocat]. Ceci pose aussi la difficulté du choix du patient, pour deviner ce qu'il aurait décidé (on le retrouve en cas de décision de fin de vie) : patient

dans une action pour retard dans le diagnostic médical ou le traitement, le demandeur doit prouver selon la prépondérance des probabilités que le délai a causé ou contribué au préjudice. Il n'est pas suffisant de prouver que le diagnostic ou le traitement adéquat aurait offert une possibilité au patient d'éviter le préjudice subi, à moins qu'il ne soit démontré d'une manière prépondérante qu'il aurait ainsi été rendu plus probable que le préjudice soit évité<sup>55</sup>. Or, dans la plupart des cas, la personne qui se trouve dans un établissement de santé souffre d'un trouble physique ou mental qui l'amène à consulter les professionnels du domaine. En conséquence, la preuve du lien de causalité<sup>56</sup> s'avère généralement complexe pour la victime qui doit alors démontrer que sa condition préexistante n'est pas la cause de son préjudice, mais que c'est plutôt l'acte indépendant d'un membre du personnel<sup>57</sup>.

Ceci ne permettra donc pas d'indemniser ce préjudice final et véritable, mais d'indemniser entièrement le préjudice intermédiaire et intellectuel de cette perte, faute de certitude sur le lien causal entre le départ et l'arrivée<sup>58</sup>. Invoquée en particulier en cas de retard de prise en charge médicale, d'erreur de diagnostic, d'insuffisance ou d'absence d'information, la théorie de la perte de chance met obstacle à cette indemnisation totale des préjudices véritables, objectifs, de la victime et, officiellement, n'élude pas le lien de causalité : il doit exister entre la faute et cette perte<sup>59</sup> alors qu'il est évanescent entre la faute et le dommage final seul—répétons-le—visible et irréparable. Les juges du fond ont à apprécier le pourcentage de chances perdues qui sera, concrètement, celui du préjudice corporel indemnisé. Et ceci permet tout de même à la victime d'éviter le recours des

---

raisonnable (comme le consommateur « moyen ») ? C'est le test de subjectivité rationnelle (cf. Kouri, *supra* note 31).

<sup>55</sup> *Cottrelle v Gerrard* (2003), 67 OR (3<sup>e</sup>) 737 (CA), 2003 CanLII 50091.

<sup>56</sup> Sur la notion de « bris » du lien causal, et celle de faute contributoire, voir *Laurendeau c Centre hospitalier de LaSalle*, 2015 QCCS 1923 au para 175 et s; *Pépin c Hôpital du Haut Richelieu*, [1983] CA 292, AZ-83011036 à la p 5 (pdf).

<sup>57</sup> En Colombie-Britannique, à la suite d'un accident de la route, une personne est amenée à l'hôpital et traitée pour des blessures importantes à la tête. Elle est intubée et transportée dans un autre établissement. Plus tard, des dommages neurologiques majeurs sont constatés. La question en litige consistait à déterminer la responsabilité du personnel médical de l'hôpital quant aux dommages subis, notamment la faute causale qui aurait été commise lors de l'intubation du patient et entraînant une aggravation du préjudice. Or, la Cour a statué qu'aucune preuve n'avait été fournie permettant de conclure que le manque d'oxygène lors de l'intubation avait été la cause d'un dommage supplémentaire. Voir *Johansen v Princeton General Hospital*, [1999] BCJ No 2683 (SC).

<sup>58</sup> Voir Cass Civ 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2010, [2010] RTD civ 330 (obs Patrice Jourdain); Depuis Cass civ 2<sup>e</sup>, 9 novembre 1983, [1985] JCP 20360 et Cass civ 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1985, (1985) I: 10 Bull 10 : Le doute sur la causalité entraîne le rejet de la demande; l'absence de chances initiales également.

<sup>59</sup> Bergoignan-Esper et Sargos, *supra* note 23 à la p 362.

caisses d'assurance maladie dès lors que l'indemnité pour perte de chance correspond à la réparation d'un préjudice personnel sur lequel aucune prestation n'a été versée puisque ce dommage n'est pas corporel<sup>60</sup>.

Ce que l'on constate est une indemnisation reposant sur une probabilité, sinon une hypothèse, car il suffit que la faute ait pu contribuer à la réalisation du dommage. Si elle y a contribué, la logique impose l'indemnisation complète, et M. Le Président Sargos renvoie à juste titre à l'arrêt *Teysier* (*supra*) du 28 janvier 1942 : l'absence de consentement éclairé a participé à cette réalisation, et la victime en est pleinement indemnisée<sup>61</sup>. On se consolera en écrivant—une fois encore sans doute<sup>62</sup>— que cette jurisprudence est délicieusement proustienne en ce qu'elle procède à une reconstitution imaginaire d'un futur qui n'a pas existé tel qu'il aurait pu exister ce que nul ne saura jamais ! Le malade aurait-il choisi un autre traitement ? Il l'affirme. Et quel autre traitement, en cas d'alternative thérapeutique ? Cet autre traitement présentait-il ses propres risques ? Aurait-il été appliqué conformément aux règles de l'art ? Nul ne le sait et l'imagination romanesque soutient la décision. Quoi qu'il en soit, la nécessaire causalité est instrumentalisée au profit de l'indemnisation (d'ailleurs partielle du préjudice corporel final) et remontée entre la faute et le temps imaginaire du basculement de la situation médicale dans l'effacement de la chance qui subsistait encore. C'est une causalité-paravent.

En second lieu, la jurisprudence s'est dispensée de chercher un lien de causalité entre la faute et un préjudice corporel ou patrimonial en affirmant un devoir de réparer un dommage en cas de manquement (fautif) au devoir d'information, ce qui confirme le lien entre la discussion sur ce devoir (légal ou contractuel) et celle sur la causalité.

Déjà, l'information tronquée donnée au malade, ni loyale ni appropriée à son état, avait été jugée cause d'un préjudice moral<sup>63</sup>. Mais la Cour de cassation devait aller plus loin en jugeant que le devoir d'information trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de

<sup>60</sup> Lambert-Faivre et Porchy-Simon, *supra* note 41, n°894 (art L371-1 *Code de la sécurité sociale*); voir Cass civ 1<sup>re</sup>, 8 février 2017, [2017] D 407 : ce n'est pas l'atteinte corporelle.

<sup>61</sup> Pierre Sargos, « Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique de la méthodologie de la perte de chance », [2010] D 2682, et observations dans Bergoignan-Esper et Sargos, *supra* note 23 à la p 371 et s.

<sup>62</sup> Voir Gérard Mémeteau, « Perte de chance en droit médical français » (1986) 32 RD McGill 125.

<sup>63</sup> Hypothèse de mensonge médical : CA Paris ch 1, 10 juin 2004, Juris-Data 247591.

sauvegarder la dignité de la personne humaine<sup>64</sup>. Il allait s'ensuivre que cette carence violait un droit personnel détaché des atteintes corporelles, accessoires au droit à l'intégrité physique<sup>65</sup>, ce que l'arrêt *Teyssier* avait déjà autrement exprimé (tout y était dit !<sup>66</sup>) si on avait bien pris le temps de le relire. Même en l'absence de conséquences dommageables s'imposait un préjudice d'ordre moral de méconnaissance de la volonté du sujet et « que le Juge ne peut laisser sans réparation »<sup>67</sup>. L'arrêt est rendu au visa des articles 16, 16-3 et 1382 (ancien) du Code civil. Il a été confirmé par la Cour<sup>68</sup>. De son côté, le Conseil d'État présumait cette souffrance morale<sup>69</sup>. Cet automatisme de l'indemnisation rendait inutiles les recherches de la causalité et, en outre, présumait<sup>70</sup> (?) du dommage, à la dignité, de la personne, comme si sa dignité transcendait ses valeurs privées<sup>71</sup>, exigeait une reconnaissance symbolique, une punition de la faute éthique commise, l'indemnité allouée prenant des allures de dommages punitifs<sup>72</sup>,

<sup>64</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 9 octobre 2001, (2001) I: 249 Bull 157, [2001] D 3470, rapport Pierre Sargos (note Dominique Thouvenin). Il est à prendre acte de ce que la Cour juge aussi que « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (*sic*).

<sup>65</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2012, [2012] D 1957, Juris-Data 015717 : il y avait aussi une responsabilité du fait des produits (prothèse). Voir déjà François Chabas, « La preuve de l'information en matière médicale » dans Catherine Puigelier, dir, *La preuve*, coll « Études juridiques », Paris, Economica, 2004, 12.

<sup>66</sup> Ceci pose le problème, à ne pas dissimuler, de l'enseignement du droit—ici médical—sacrifiant à ce que René Savatier appelait « le mythe du dernier arrêt ».

<sup>67</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 3 juin 2010, Juris-Data 2010-01-000842, (2010) 36 RGDM 233 (note Stéphane Prieur), [2010] JCP 788 (note Stéphanie Porchy-Simon), [2010] D 1522 (note Pierre Sargos), [2010] D 1484 (obs Inès Gallmeister), [2010] RD 1235 (obs Jean-Sébastien Borghetti).

<sup>68</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 26 janvier 2012, [2012] JCP 987 (note Olivier Gout); Cass civ 1<sup>re</sup>, 12 juin 2012, [2012] Petites Aff 174 (note Stéphane Prieur). Le visa de l'ancien article 1382 n'est pas forcément une prise de position dans la guerre ouverte contre le contrat médical, il peut s'expliquer par une exigence constitutionnelle s'imposant alors même que serait écartée toute autre norme de responsabilité.

<sup>69</sup> CE, 16 juin 2016, [2016] AJDA 1264, [2016] D 1501 (note François Vialla).

<sup>70</sup> En ce sens, en *common law*, le manquement à l'obligation d'information du médecin, suivi d'une intervention à laquelle le patient n'a pas valablement consenti, a pu être reconnu soit à titre de négligence, soit à titre de délit d'acte de violence (ou « *battery* »). Ce délit présente la particularité de présumer de l'existence d'un préjudice, et est disponible même en l'absence de la preuve de dommages compensatoires. Sur l'acte de violence, voir les propos de la Cour suprême dans l'affaire *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c Scalera*, [2000] 1 RCS 551.

<sup>71</sup> Comparer avec Marcos, *supra* note 19, n° 311 *in fine*. Xavier Bioy parle de la « servitude d'humanité » : Xavier Bioy, « Corps humain et dignité » dans Dominique Custos et Jean-Manuel Larralde, dir, *Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété*, n° 15 « Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux », Presses universitaires de Caen, 2017, 11.

<sup>72</sup> Transformés en amende civile, « en matière extracontractuelle » (*sic*) par l'Avant-projet du 13 mars 2017, *supra* note 3 (art 1266-1). Voir déjà l'avant-projet du 22



palliatifs de l'impossibilité d'établir un lien de causalité entre la faute et le dommage, et en même temps affirmation de l'autonomie—supposée—du devoir d'information<sup>73</sup>. Le doyen Carbonnier avait, en son temps, entrevu cette hypothèse de la frustration de la vérité<sup>74</sup> ... En tous cas, il ne s'agit pas d'un dommage corporel mais d'un développement de la philosophie indemnitrice.

La jurisprudence de *common law* canadienne permet également de conclure que, dans certains cas, la preuve de la causalité cède le pas à une politique judiciaire favorable au dédommagement des victimes dans des cas qui, autrement, porteraient atteinte aux objectifs d'équité et de justice (« *would offend basic notions of fairness and justice* »)<sup>75</sup>.

En marge du droit des produits dangereux qui a conduit à la distinction entre producteur et fournisseur d'un côté, utilisateur de l'autre, il vaut la peine de mentionner le développement croissant de l'obligation médicale de résultat (« *warranty* » ou « *strict liability* » étant des concepts connexes en *common law*), y compris du fait des choses utilisées par le praticien<sup>76</sup>. Si, dans le cas particulier de la défaillance du matériel, la victime doit établir le lien causal entre le dommage et l'intervention de la chose (outre la défection du matériel), en revanche, l'obligation de résultat classique emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage allégué<sup>77</sup>. Or, des obligations médicales

---

septembre 2005 dirigé par le regretté Pierre Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, art 1371.

<sup>73</sup> Stéphanie Porchy, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient » [1998] D Chron 379. C'est aussi un phénomène de société. L'exaltation de l'information, qui impose une transparence du rapport malade/médecin, se rencontre en une époque de sacralisation de la transparence en elle-même. Déclarations de patrimoine, de conflits d'intérêt, mais aussi de bonne qualité génétique (art L1131-1-2 CSP). On verra encore, en droit civil, l'abaissement du mur de la vie privée, du droit à l'image...

<sup>74</sup> CA Paris, 7 mars 1952, (1952) II JCP 7210 (note Jean Carbonnier); Kornprobst et Piédelièvre, *supra* note 27 aux pp 373–74.

<sup>75</sup> Le juge Smith, dans la décision *Chambers v Goertz*, 2009 BCCA 358, mentionne que c'est peut-être particulièrement là le cas lorsqu'un décideur choisit de retenir le test de la causalité dite de la « contribution appréciable au risque » : « *this use of "material contribution" does not signify a test of causation at all; rather it is a policy-driven rule of law designed to permit plaintiffs to recover in such cases despite their failure to prove causation. In such cases, plaintiffs are permitted to "jump the evidentiary gap" (...) That is because to deny liability "would offend basic notions of fairness and justice"* » (au para 17).

<sup>76</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 9 novembre 1999, [2000] D 117 (note Patrice Jourdain), (2000) 3 RGDM 90, rapport Pierre Sargos. Voir également Noam Sher, « New Differences Between Negligence and Strict Liability and Their Implications on Medical Malpractice Reform » (2007) 16 U Southern California Interdisciplinary LJ 335 aux pp 344–45.

<sup>77</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 16 février 1988, [1988] RTD civ 767 (obs Patrice Jourdain); Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *supra* note 1 à la p 584, note 3.

de résultat peuvent se rencontrer malgré le souci du législateur de 2002 de se référer d'abord à la faute. Ainsi, l'infection nosocomiale frappant le patient d'un établissement de soins entraîne une obligation de résultat de celui-ci, présumée liée à l'hospitalisation et la pratique d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. Si la victime doit apporter la preuve de l'infection, ensuite il appartient à l'établissement d'établir une cause étrangère à l'origine de l'infection<sup>78</sup>. On dépasse la présomption de faute pour atteindre celle de la causalité.

## II. La réparation

Nous venons d'en rencontrer un impératif dans ce qui fut un moment de la jurisprudence mettant à l'écart l'impératif de causalité. Il est vrai que celui-ci est mal précisé en une jurisprudence placée devant le choix entre deux systèmes, et finissant par détourner la causalité de son état de nécessaire volet intermédiaire, central, du triptyque de la responsabilité.

### A) La causalité théorique

Si l'on se réfère aux auteurs classiques—et nous ne multiplierons pas les références—deux théories se partagent l'analyse du lien de causalité. Pour P. Esmein, dans le *Traité pratique de droit civil français* :

Quand la faute n'est pas légalement présumée, il incombe au demandeur de prouver à la fois le fait fautif et son rapport de causalité avec le dommage. Si la faute est présumée, et aussi dans le cas de responsabilité sans faute, il incombe au demandeur de prouver qu'un être vivant ou une chose sous la dépendance du défendeur a joué dans la réalisation du dommage un rôle donnant lieu à l'application de la présomption ou de la responsabilité sans faute.<sup>79</sup>

Le choix entre deux méthodes d'appréciation de la causalité procéderait donc de la preuve ou de la présomption de faute. La présentation peut devenir différente, quoique Mme Bacache-Gibeili écrit : « plus on s'éloigne de la faute, plus la preuve du lien de causalité sera difficile à rapporter, en raison de l'intervention d'autres causes éventuelles du dommage »<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> L'infection contractée en simple cabinet libéral relève, depuis la loi du 4 mars 2002, et suite à une maladresse de rédaction, de la faute prouvée. Voir Cons const, 1<sup>er</sup> avril 2016, QPC, (2016) 19 Gaz Pal 23 (obs Gérard Mémeteau).

<sup>79</sup> Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t 6 « Les obligations », 2<sup>e</sup> éd, par Paul Esmein, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952 à la p 731, n°540 [Esmein].

<sup>80</sup> Cf. Bacache-Gibeili, *supra* note 1, n°447 et s. Nous suivons la présentation faite par cette auteure.

Il y a en premier lieu deux doctrines. La première est dite « de l'équivalence des conditions » retenant tout événement en l'absence duquel le dommage ne se serait pas produit, et « toute cause matérielle du dommage en est également une cause juridique ». Comme un accident est souvent le fruit de divers événements<sup>81</sup>, on peut écrire que tout et chaque chose, et chacun, dont la présence ou l'action a coïncidé dans les temps et sur les lieux avec l'irruption du dommage, a joué un rôle causal dans un enchaînement indéfini des causalités.

Toutes choses égales, l'on est proche de l'implication (du véhicule) retenue par la loi du 5 juillet 1985 (accident de la circulation)<sup>82</sup>. L'implication est, écrit Mme Bacache-Gibeili, ce qui unit le véhicule à l'accident, lien que la jurisprudence a dégagé de la causalité en cas de contact entre la victime et le véhicule même en stationnement. Il suffit que celui-ci soit intervenu à quelque titre que ce soit. Si l'on parle de causalité, c'est pour exiger l'imputabilité du dommage à l'accident, et ce lien est désigné par l'exigence d'imputabilité; ce qui revient à écrire que le véhicule a été « l'une des composantes du processus accidentel »<sup>83</sup>.

La seconde doctrine est dite « de la causalité adéquate », qui rend le fait causal s'il rendait prévisible le dommage lorsqu'il s'est produit. Ce critère de prévisibilité permet de trier parmi « les antécédents nécessaires », écrit Mme Bacache-Gibeili, le fait ayant rendu le dommage possible. L'éminente auteure ajoute la doctrine « de l'empreinte continue du mal » dans laquelle sont seuls réparables les dommages s'expliquant par l'anormalité du fait reproché, ce qui se rapprocherait de la *res ipsa loquitur*, ou, peut-être plus précisément, de l'influence de la faute sur le raisonnement du Tribunal<sup>84</sup>.

Remarquons qu'en matière de *common law* canadienne, les approches proposées à l'étude de la notion de causalité s'inscrivent également dans un cadre relevant de la binarité : la règle générale renvoie à une causalité dite « suffisante », connue comme le test du « n'eût été ». Il s'est également développé, à l'aune de décisions de la Cour suprême du Canada, le test alternatif dit de la « contribution appréciable au risque » :

---

<sup>81</sup> Esmein, *supra* note 79, n° 538; Malinvaud et Fenouillet, *supra* note 1, n°702.

<sup>82</sup> *Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, JO, 6 juillet 1985, 7584.

<sup>83</sup> Bacache-Gibeili, *supra* note 1, n°641.

<sup>84</sup> Baudouin, Deslauriers et Moore, vol 1, *supra* note 4, n° 1-686. La doctrine de la *res ipsa loquitur* est, on le sait, analysée et critiquée par le professeur Me Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Montréal, Yvon Blais, 1989, spécialement à la p 221 et s.

[35] L'idée dominante dans la jurisprudence—à savoir que, pour que le tribunal puisse recourir au critère de la contribution appréciable, il doit être « impossible » pour le demandeur de prouver, au moyen du critère du « facteur déterminant », que son préjudice a été causé par la négligence du défendeur—n'a pas manqué de créer de l'incertitude dans la présente espèce ainsi que dans d'autres affaires.

(...)

[39] Que veulent donc dire les tribunaux lorsqu'ils affirment que, pour que puisse être appliqué le critère de la contribution appréciable au risque, il doit être « impossible » pour le demandeur de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant? La réponse à cette question ressort des faits des affaires dans lesquelles les tribunaux ont adopté cette approche. On compte généralement plusieurs auteurs de délit dans ces affaires. Tous sont fautifs, et un ou plusieurs d'entre eux ont effectivement causé le préjudice du demandeur. Ce dernier n'aurait pas subi de préjudice « n'eût été » leur négligence, considérée globalement. Toutefois, parce que tous les défendeurs peuvent se montrer du doigt mutuellement, il est impossible pour le demandeur d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, que l'un ou l'autre d'entre eux a bel et bien causé son préjudice. (...) <sup>85</sup>

En second lieu, si J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore observent en matière médicale une tendance à appliquer l'équivalence des conditions, « probablement en raison d'une influence de common law »<sup>86</sup> et, eux aussi en constatant l'exemple de l'obligation d'information, l'on constate en France un « empirisme organisateur » (empruntons à Charles Maurras l'expression célèbre !) de la jurisprudence qui laisse place « aux considérations d'opportunité ». Il en va d'autant plus aisément ainsi que la causalité peut être établie par des présomptions précises et concordantes. Les deux théories en présence sont alternativement utilisées, même si, note Mme Bacache-Gibeili, l'on peut, en matière de responsabilité pour faute, découvrir une « préférence pour l'équivalence des conditions ». Mais ce n'est pas une solution imposée. Il peut être difficile de prouver même à l'aide d'un faisceau d'indices une causalité certaine, et ce alors que l'on se trouve en matière scientifique alors que le Juge ne peut seul se prononcer sur l'enchaînement des circonstances et doit en appeler

<sup>85</sup> *Clements c Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 RCS 181 aux para 35, 39. Le critère de la contribution appréciable existe également en droit britannique : *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All ER 305; *Barker v Corus (UK) plc*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 AC 572; *Sienkiewicz v Greif (UK) Ltd*; *Knowsley MBC v Willmore*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All ER 857.

<sup>86</sup> Baudouin, Deslauriers et Moore, vol 1, *supra* note 4, n° 1-686. Sur le droit étasunien, cf. Géraldine Salem, *Contribution à l'étude de la responsabilité médicale pour faute en droit français et américain*, thèse de doctorat, École doctorale Sciences sociales (Saint-Denis, Seine-Saint-Denis), Paris 8, 2015.

aux lumières d'un technicien, l'expert qui dira la vérité ou la probabilité médicale alors que le Juge dira la vérité juridique, ce qui relève de son office non déléguable<sup>87</sup>, mais sa vérité sera objectivée par l'expertise écrite. En outre, celle-ci permettra de remonter toute la chaîne des faits parmi lesquels le juge triera ceux lui semblant être à l'origine du sinistre, sans être lié, donc, par une doctrine ou une autre. Les auteurs constatent la rareté avec laquelle les décisions révèlent d'un choix délibéré<sup>88</sup>. La causalité ne serait-elle qu'un mot ?

## B) Une causalité détournée ?

Le Juge, éclairé sur le fait par l'expert, choisit la théorie lui semblant la mieux adaptée au dossier, donc à la réparation des préjudices de la victime, laquelle devrait pouvoir, selon l'avant-projet de réforme du 13 mars 2017, bénéficier de l'option entre les responsabilités délictuelle et contractuelle en cas de dommage corporel (art 1233-1), ce qui n'apportera plus rien de favorable en l'état du rapprochement entre les deux responsabilités. Ce libre choix permet de lier le fait médical à des dommages quelque peu imaginatifs, la vérité de ceux-ci et de celui-là restant contingente.

En premier lieu, la souplesse de la causalité permet d'accueillir dans le droit de la responsabilité médicale de nouveaux chefs de préjudice, que

---

<sup>87</sup> On a beaucoup écrit sur l'expertise. On renverra seulement à Amel Ghozia, *Le droit de l'expertise médicale et sanitaire*, coll « Thèses », LEH Édition, 2017; Olivier Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, coll « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, 2005; Nathalie Nevejans, *La participation des sciences de la vie et de la santé à la décision du juge civil et pénal*, Lille 2, 2000. Nous ne développerons pas ici le droit de l'expertise médicale réécrit par la Loi du 4 mars 2002, ni l'utilisation des barèmes qu'il a pu susciter : barème de l'ONIAM, nomenclature dite « Dintilhac » du nom du Haut-Magistrat l'ayant inspirée (voir (2007) 50:3 J Médecine légale Droit médical 161; (2007) 50: 6-7 J Médecine légale Droit médical 359), barème suggéré par le Défenseur des Droits ... ces références ne sont pas officiellement normatives, même si l'article 1269 de l'Avant-projet de loi du 13 mars 2017, *supra* note 3, paraît conférer une autorité singulière à une (nous soulignons) nomenclature fixée par décret au Conseil d'Etat. Écrivons seulement que le juge n'est pas lié par l'expertise dont il peut écarter les conclusions par le biais du modèle du bon père de famille, du standard du bon praticien... (Astrid Marais, *La prédisposition génétique*, thèse de doctorat en droit privé, Paris 2, 2000, n°306 [non publiée] [Marais]). Le lien entre les deux vérités peut se nouer à l'aide de simples présomptions, graves, précises et concordantes : CJUE, 21 juin 2017, [2017] JCP 1533 (note Geneviève Viney), [2017] 151 RLDC 21 (obs Philippe Brun et Christophe Quezel-Ambrunaz); Cass civ 2<sup>e</sup>, 20 septembre 2017, [2017] JCP Actualités n°1014 (responsabilité du fait de produits).

<sup>88</sup> Malinvaud et Fenouillet, *supra* note 1, n° 703, avec exception citée à la note 575.

<sup>89</sup> CA Angers, 11 septembre 1998, [1999] D Jur 50 (note Jean Penneau).

la doctrine, certes, avait suggérés<sup>89</sup>. La perte de chance reposait sur un rapport de probabilités<sup>90</sup>, dans le meilleur des cas, sur des hypothèses invérifiables dans les autres cas.

L'on reçoit désormais le préjudice dit « d'impréparation » lorsque le dommage corporel (et/ou patrimonial) s'est réalisé. Mal informé, le sujet ne pouvait redouter une réalisation du risque ni, par suite, s'y préparer intellectuellement, moralement, financièrement, peut-être familialement. Il n'a pu projeter l'évolution dommageable de sa situation, en tous ses éléments. Parfois, on eût pu se référer à cette catégorie de préjudice dans des dossiers ayant agité le monde du droit et de l'éthique médicale, mais on oublia d'y penser : ainsi, dans l'affaire *Perruche* déjà évoquée, plutôt que de plaider sur le préjudice de survie handicapée de l'enfant, on pouvait soutenir que ni lui (mineur) ni ses parents n'avaient pu se préparer à l'accueillir en son état de maladie, ce qui eût évité un des débats juridiques et moraux parmi les plus délicats de ces dernières années, procédant d'une information reposant sur un diagnostic erroné. Dans l'appréciation de ce préjudice se mélangent objectivité et subjectivité, à doses variables au cas par cas. La Cour de cassation n'a pas moins consacré ledit préjudice d'impréparation lorsque le risque se réalise, indépendamment de la perte de chances d'éviter ce dommage en étant en situation de choisir un autre traitement. Et d'ajouter que le Juge ne peut laisser ce dommage sans réparation, exigence reprise dans l'indemnisation du dommage moral<sup>91</sup>. Pour le Premier Avocat Général, si aucune conséquence corporelle ne s'est réalisée par suite d'un défaut d'information, la responsabilité civile ne trouve guère sa place « pour voir sanctionner une sorte d'angoisse postérieure à l'acte » médical, et le préjudice moral ne peut être autonome : « il aurait été aberrant de concevoir une responsabilité en présence d'une intervention bénéfique et dépourvue d'effets secondaires, ce que préconisait en son temps R. Savatier. Désormais, le Juge doit constater la réalisation du risque dont le médecin n'a pas informé le patient, le préjudice d'impréparation étant fortement dépendant du dommage corporel<sup>92</sup>. Mais l'exigence de causalité, expose Mme Bacache, impose l'identité entre le risque réalisé et celui auquel la victime n'a pu se préparer, du moins sur le terrain classique de la responsabilité civile. Par ailleurs, soulignons que la *common law*

<sup>90</sup> Marais, *supra* note 87, n° 294.

<sup>91</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2014, (2014) 73 Petites Aff 11 (note Olivier Gout) [Gout (23 janvier 2014)], [2014] D 584, avis Bernard de la Gatinais (note Mireille Bacache) [note Bacache (23 janvier 2014)]; CE, 10 octobre 2012, [2012] AJDA 2231 (note Caroline Lantero); Cass civ 1<sup>re</sup>, 25 janvier 2017, [2017] RDSS 716 (comm Danièle Cristol). Le cumul entre ce préjudice et la perte de chance est possible; ce sont deux préjudices distincts, juge la Cour de cassation, celui d'impréparation étant, écrit Me Danièle Cristol, le renfort ou le relais de la perte de chance (*Ibid* à la p 721), si le risque s'est réalisé.

<sup>92</sup> Note Bacache (23 janvier 2014), *supra* note 91 à la p 592.

canadienne diffère à cet égard du droit civil, les tribunaux ayant adopté un test dit « objectif » de la causalité, qui en arrive à un résultat particulier :

[S]’il y a défaut d’information, le médecin devient dans tous les cas responsable de la réalisation du risque, même en l’absence de toute faute de sa part dans l’administration du traitement. Ce test, originellement suivi par certaines décisions québécoises, n’est cependant pas celui du droit civil. En droit civil, selon son système propre de la causalité, le médecin ne peut être tenu responsable que s’il est prouvé que le patient n’aurait pas consenti à l’intervention si l’information pertinente lui avait été communiquée.<sup>93</sup>

En revanche, sur le terrain des droits subjectifs (droit à l’information), la seule violation du droit, donc la faute, « établit en même temps le dommage et le lien causal », ce qui avait été jugé en 2012<sup>94</sup>. *A priori*, la Cour efface sa jurisprudence antérieure retenant le préjudice moral autonome. En réalité, elle consacre l’expression « que le Juge ne peut laisser sans réparation ». Ceci autorise l’interrogation sur une automaticité de cette réparation reposant sur une présomption de causalité, même plus concrètement sur une affirmation suffisante de la victime. Cette lecture de l’arrêt est aussi logique que celle y voyant une présomption de préjudice. Rappelons que la *common law* canadienne en arrive en matière du délit d’acte de violence à un résultat similaire, mobilisant une présomption de dommage qui découle également de la violation d’un droit, l’intégrité physique, indépendamment de l’existence de tout dommage réel<sup>95</sup>.

En second lieu, l’on peut se demander avec O. Gout<sup>96</sup> si le Juge n’est pas parfois sous le joug de la science. Comme le rappelle Madame Bernheim, la littérature opte généralement entre deux modèles théoriques lorsqu’il est question de décrire les interactions prenant place entre droit et médecine. La relative liberté que se reconnaissent les décideurs appelés à administrer une preuve médicale a ainsi pu être exprimée par le truchement de modèles qui témoignent, sous une forme synthétique, de l’existence de rapports d’*ancillarisation* réciproques entre droit et médecine<sup>97</sup>.

L’analyse proposée par la littérature présente l’avantage d’exposer l’existence de phénomènes de *transferts* du pouvoir décisionnel du droit

<sup>93</sup> Baudouin, Deslauriers et Moore, vol 2, *supra* note 24 aux pp 74–75, n° 2-69.

<sup>94</sup> Cass civ 1<sup>re</sup>, 12 juin 2012, [2012] D 1610 (obs Inès Gallmeister), [2012] D 1724 (note Anne Laude), [2012] RDSS 757 (note Farida Arhab-Girardin).

<sup>95</sup> Voir à titre d’illustration : *Bevis v Burns*, 2006 NSCA 56.

<sup>96</sup> Gout (23 janvier 2014), *supra* note 91 spécialement à la p 24.

<sup>97</sup> Emmanuelle Bernheim, « Perspective Luhmannienne sur l’interaction entre droit et psychiatrie : théorisation de deux modèles dans le contexte particulier de l’expertise psychiatrique » (2008) 13:1 *Lex Electronica* 1.

vers la médecine (modèle technocratique) ou inversement (modèle décisionniste). De tels phénomènes pourraient se traduire par la mise en œuvre de différents standards de la faute médicale caractérisés par un degré d'ouverture variable à l'intervention du décideur judiciaire en matière de savoir médical<sup>98</sup>. Cette position changeante du décideur judiciaire en regard du savoir médical se révélera également en regard de l'appréciation et du traitement accordé à la preuve d'expertise<sup>99</sup>, qui fera l'objet d'un traitement particulier dans le cadre de la thèse.

Certes, lorsqu'il introduit dans son analyse de la causalité les éléments externes, étrangers à la faute ou à un autre motif de responsabilité, et de nature médicale, il en tient compte. Ainsi, l'état antérieur de la victime, que l'expert doit rechercher (expertise en dommage corporel) impose un calcul mesuré des chances perdues ou du préjudice final. Par exemple, les recommandations sur la mission d'expertise médicale édictées par la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed) (art L1142-10 CSP) demandent de « procéder à l'évaluation des dommages en faisant la part des choses entre ce qui revient à l'état antérieur, à l'évolution prévisible de la pathologie initiale et aux conséquences anormales décrites »<sup>100</sup>, une « note de synthèse » sur l'évaluation de l'état antérieur et l'évolution des décisions judiciaires étant par surcroît établie par cette Commission, instituée par la Loi du 4 mars 2002<sup>101</sup>. Cet état est un volet de la causalité.

Mais ce qui perturbe les logiques de la causalité dans le procès en responsabilité médicale—comme tout procès en responsabilité d'un technicien sans doute—est le dualisme des vérités. Dans sa thèse<sup>102</sup>, M. Léo Wada, se référant entre autres à Georges Ripert et à Guillaume Canselier<sup>103</sup>, place en parallèle les vérités scientifique et judiciaire. La vérité scientifique est établie sauf doctrines hérétiques qui seront peut-être la vérité de demain; elle a ses lois physiques, chimiques, médicales. La vérité judiciaire est approximative, probable, humble. Elle se suffit de présomptions

<sup>98</sup> *Ibid* à la p 8.

<sup>99</sup> C'est-à-dire que les auteurs voient le degré de déférence (ou à l'inverse, d'intervention) du décideur vis-à-vis la preuve administrée par un expert comme un exercice d'abdication du droit en faveur de la preuve d'expertise : Susan Stefan, « Leaving Civil Rights to the “Experts”: From Deference to Abdication Under the Professional Judgment Standard » (1992) 102: 3 Yale LJ 639 à la p 650.

<sup>100</sup> France, Ministère des Solidarités et de la Santé, *La mission d'expertise médicale des CRCI*, mise à jour le 30 octobre 2015, en ligne : <<https://solidarites-sante.gouv.fr/ministere/acteurs/partenaires/article/la-mission-d-expertise-medicale-des-crci>>.

<sup>101</sup> Voir art L1142-10, R1142-14 et s CSP.

<sup>102</sup> Léo Wada, *L'office du juge en droit de la responsabilité médicale*, thèse de doctorat, École doctorale Sciences sociales (Saint-Denis, Seine-Saint-Denis), Paris 8, 2017.

<sup>103</sup> Guillaume Canselier, *Les données acquises de la science. Les connaissances scientifiques et la faute médicale en droit privé*, thèse de doctorat, Paris 1, 2006 [Canselier].



pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (nouvel art 1382 C civ), d'un faisceau d'indices (ex. infections nosocomiales). Mais parmi les éléments de preuve interviennent deux paramètres.

D'une part, les données acquises de la science, aux sources devenues multiples, connaissances scientifiques normatives pour le médecin, mais non pour le juge qui conserve sa liberté d'appréciation de leur valeur et de leur suivi par le professionnel. Le juge ne peut les créer, les peser, car il n'est que juriste. Il dit le droit (*da mihi factum, dabo tibi jus*). Il advient pourtant parfois qu'il dépasse les limites de ses compétences et s'enhardisse à dire la médecine; des exemples existent<sup>104</sup>. L'on peut même se demander si, en imposant la norme du respect des données acquises de la science, l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936, pilier du droit médical, n'a pas enfermé le juge dans un piège, qui n'est pas du tout celui du contrat médical, mais celui du scientisme médical. Ainsi, avant la Loi du 18 novembre 2016 (nouvel art 61-5 C civ), la Cour de cassation faisait-elle loi « de ce qui est communément admis par la communauté scientifique »<sup>105</sup>. Il est permis de redouter une novation de la norme scientifique en norme juridique, même si le juge apprécie les données dans leur ensemble. Certains rapports d'expertise en témoignent, leurs auteurs concluant que le praticien en cause a, ou n'a pas commis de faute, ce qui déborde sur l'office du Juge.

D'autre part, l'expertise est indispensable au procès médical, y compris celui tenu devant les commissions de conciliation et d'indemnisation instituées par la Loi du 4 mars 2002 (art L1142-5 CSP), et elle est conduite dans le respect des droits des parties, notamment le principe contradictoire auquel la CNAMed attache la plus vive importance. Elle apporte des faits, leur enchaînement, explicite la causalité médicale entre l'acte et le dommage dont elle est l'unique moyen d'apporter la preuve, de sorte que le juge manquerait au principe du procès équitable s'il refusait de l'ordonner (sauf si le demandeur n'apporte aucun commencement de preuve)<sup>106</sup>. C'est la causalité scientifique —non marquée pourtant du sceau de l'infailibilité—qui est ainsi apportée, par rapport de l'expert. Elle

<sup>104</sup> Gérard Mémeteau, « Le juge ignorant la médecine ? » (2014) 39 Gaz Pal 12; Jean-Claude Dosdat, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, coll « Thèses », Les Études Hospitalières, 2008. Le droit des artifices procréatifs confirme la dualité des vérités, biologique et juridique : par exemple Cass civ 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2017, 4 arrêts, (2017) 28 Gaz Pal 19 (note Patrice Le Maigat). L'article 47 du Code civil se réfère à « la réalité », vérité du fait. La « réalité » est ici que l'enfant est commandé et vendu; les discours aseptisés n'y changeront rien.

<sup>105</sup> Transsexualisme : Cass civ 1<sup>re</sup>, 7 juillet 2012, 2 arrêts, [2012] D 1648 (note François Violla).

<sup>106</sup> Canselier, *supra* note 103 à la p 439 et s. L'appel à des témoins, des *amici curiae*, la consultation des documents, n'en est pas pour autant exclu, à ce point que l'hôpital peut voir sa responsabilité engagée du chef d'avoir détruit ses dossiers.

ne devient la causalité judiciaire que si le juge homologue sans réserve le rapport. Ces données mettent en question ce que l'on appelle, avec Motulsky, l'office du juge : il proclame souverainement le droit, mais a besoin qu'on lui dise le fait et il choisit ou non de nouer la causalité scientifique qui lui est apportée en causalité juridique. Sans exagérer, on peut proposer qu'il n'y ait de causalité qu'avec le jugement.

Cette logique est bien théorique ! Lorsque le juge, civil et administratif, s'impose d'indemniser, à partir d'un défaut d'information, d'un retard dans un diagnostic ou des soins, principalement, un préjudice moral pour outrage à la dignité du patient, puis ce préjudice d'impréparation, en son aspect lui aussi moral car il emporte le plus souvent des éléments patrimoniaux, ou bien une perte plus ou moins hypothétique de chances, ne fait-il pas œuvre d'équité ? Ce n'est pas l'équité corrigeant la loi, mais la complétant.

Lorsque le Conseil d'État (et non la Cour de cassation) a consacré la théorie de l'aléa médical, n'était-ce pas dans ce même souci équitable ? Or, l'équité n'est pas prononcée dans les arrêts; elle se devine. On la devine encore dans d'autres chapitres du Droit dont les solutions très récentes surprennent (droit du mariage), s'appuient sur une vague règle de proportionnalité d'ailleurs de plus en plus envahissante et fragilisatrice des principes du Droit, et sont peut-être seulement (?) des solutions de charité, vertu dont l'équité serait le vecteur, le support technique ? Seulement, il s'imposerait que les juges eussent l'audace de dire leur pensée. Ils l'ont bien fait, et expressément, lorsqu'ils ont consacré l'enrichissement sans cause le 15 juin 1892<sup>107</sup>. Les articles 1135 (ancien) et 1194 (nouveau) C civ le leur permettent. Mais, n'y-a-t-il pas dans ce silence sur l'équité le fruit d'un enseignement purement technique et positiviste du Droit, la philosophie du Droit restant dédaignée, non enseignée le plus souvent. Sauf habiles contournements rédactionnels, on en demeure officiellement à l'aphorisme de Mourlon : « En jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou que l'équité de la loi »<sup>108</sup>. Le Droit médical, droit du malheur et droit de la consolation, ne doit ni sacraliser la victime inconditionnellement, ni l'abandonner à son sort; il ne doit ni entretenir envers les médecins un sentiment de méfiance et de vengeance, ni leur consentir un impérialisme médical (la bioéthique s'en charge ! ) qui n'est pas du tout le paternalisme

<sup>107</sup> Cass ch req, 15 juin 1892, (1893) I S 281 (note Joseph-Émile Labbé).

<sup>108</sup> Frédéric Mourlon, *Répétitions écrites sur les premiers examens du Code Napoléon*, t 1, Paris, A Maresq aîné, 1861 à la p 59 *in limine*. Attention ! une jurisprudence d'équité ne doit pas être une jurisprudence d'émotion parfaitement injuste. Voir également : Brian Hurwitz, « Legal and political considerations of clinical practice guidelines »(1999) 318: 7184 *BMJ* 661.

médical de Louis Portes dont on ne saurait jamais assez réécrire les mots splendides : « Tout acte médical est, ne peut être et ne doit être, qu'une confiance qui rejoint librement une conscience »<sup>109</sup>. Dans ce cadre élargi, l'étude de la causalité est celle de la marge d'équité du juge. Ce qui explique ses illogismes.

---

<sup>109</sup> Et on lira : Francine Demichel, *Au nom de quoi ... ? Libres propos d'une juriste sur la médicalisation de la vie*, Bordeaux, Études hospitalières, 2006; Francine Demichel, « Pour une insurrection du droit médical ? » dans François Villa, Bruno Py et Julie Leonhard, dir, *Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau. Droit médical et éthique médicale : regards contemporains*, LEH Édition, 2015, 417.