

L'obligation d'information sur les **risques exceptionnels**

Entre litanies médicales et apories juridiques

Depuis un arrêt du 7 octobre 1998, le médecin devait informer d'un risque exceptionnel mais grave. Depuis la loi du 4 mars 2002, il doit indiquer les risques fréquents ou graves normalement prévisibles. Quelle différence ? Quelles conséquences ?

par **V. Raffin**,
doctorant en droit
privé, chargé
d'enseignement
à la faculté de droit
de Nantes.

Le devoir de conseil est de l'essence même des professions libérales. Les praticiens de l'art médical n'y échappent pas. L'obligation d'information constitue à ce titre le préalable nécessaire à l'obtention du consentement éclairé. Si le consentement n'est pas éclairé, le consentement même disparaît. Partant, le contrat médical devient nul pour vice du consentement et finalement l'acte pratiqué devient illégitime et donc source de responsabilité civile et (ou) pénale. Le scénario peut faire trembler. L'approche juridique ne semble souffrir aucune once d'ambiguïté. Mais la pratique médicale se révèle beaucoup moins aisée, et la bonne exécution de l'obligation d'information n'est pas toujours facile dans le quotidien des cabinets.

ARRÊT DU 7 OCTOBRE 1998 : INFORMER D'UN RISQUE EXCEPTIONNEL MAIS GRAVE...

Qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, il faut bien admettre que l'évolution de la jurisprudence tant judiciaire qu'administrative n'a fait que renforcer le contenu de l'obligation d'information médicale. Alors que traditionnellement les médecins étaient, sauf dans le cas de la chirurgie esthétique, dispensés d'indiquer aux patients les risques exceptionnels qu'ils encouraient, ils doivent désormais signaler ces risques exceptionnels dès lors que ceux-ci ont un caractère grave. C'est ce qu'a affirmé la Cour de cassation par un arrêt de principe du 7 octobre 1998 aux termes duquel « *hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins pro-*

posés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ». Tel est le nouveau principe posé par la Haute juridiction. Les médecins et juristes ont alors assisté à un bouleversement complet de l'acception de l'obligation d'information. Cette dernière est ainsi passée d'une approche quantitative, c'est-à-dire que l'information devait porter sur les risques « prévisibles », à une approche qualitative fondée sur les risques graves même exceptionnels. Cette nouvelle solution a même été renforcée puisque la jurisprudence administrative l'a faite sienne. L'obligation d'information sur les risques graves exceptionnels transcende donc les frontières du droit privé et du droit public et irradie tout le droit de la relation médecin-malade, que celle-ci soit contractuelle ou statutaire. Le Conseil d'État, par 2 arrêts du 5 janvier 2000, a ainsi aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation en affirmant que « *lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé; si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leurs obligations.* »

...mais la notion de « risques graves » est empreinte de subjectivité

Il y a donc une double exigence. Positive : on doit signaler les risques graves ; négative : cette obligation ne disparaît pas si ce risque n'est qu'exceptionnel. Ce n'est

INFORMATION SUR LES RISQUES EXCEPTIONNELS

plus la fréquence statistique du risque qui importe mais la gravité de ce dernier. La ligne de frontière oppose désormais les risques mineurs à tous les risques graves, même exceptionnels. Mais que recouvre en droit la notion de risques graves ? Selon les propos de M. le conseiller Sargos, sont considérés comme graves, les risques « *de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques et sociales* ». Le Conseil d'État est encore plus précis, et considère que les risques graves correspondent aux risques de décès ou d'invalidité. La clarté juridique n'est ici qu'apparence et la notion de « risques graves » est nécessairement empreinte de subjectivité. En effet, comment apprécier la gravité ? Telle réaction cutanée laisse indifférent le poète solitaire ; elle est très préjudiciable pour la candidate à un concours de beauté. Et les difficultés ne s'arrêtent pas au seuil de cette seule question. Quelle relation de causalité doit-il exister entre l'acte médical concerné et la lésion grave ou la mort dont peut être victime le patient ? On meurt rarement d'une transfusion ; on ne meurt pas directement du sida transmis par le sang vicié ; on meurt généralement de la maladie opportuniste que favorise le sida. Faut-il alors dire avant toute transfusion qu'elle entraîne un risque de mort ? En d'autres termes, doit-on signaler au patient le risque de mort ?

Informé des risques bénins exceptionnels ?

En outre, si l'information doit désormais porter sur les risques graves, même exceptionnels, peut-on alors en déduire a contrario que le médecin n'est pas obligé d'informer des risques bénins exceptionnels ? Le bon sens et le bon droit ainsi que la déontologie appellent certainement une réponse négative. C'est ici plus une question d'éthique que de droit, encore que le droit s'attache à ce que tous les éléments d'informations pouvant rendre le consentement plus éclairé soient révélés. Mais le doute subsiste, preuve s'il en est que le droit, comme la médecine, n'est pas une science exacte ni « un ensemble de recettes fait pour le cas par cas ».

Risques connus : de qui ?

Au terme de ces nouvelles exigences jurisprudentielles, le médecin n'est pas exempté de signaler les risques graves lorsqu'ils sont exceptionnels. Mais s'ils ont ce caractère, le médecin pourrait légitimement les ignorer. Le Conseil d'État a envisagé la difficulté : il vise les risques « connus ». Mais connus de qui ? Du médecin en cause ? Assurément non. Du corps médical en général ? Des médecins de la même spécialité que le praticien mis en cause ? Il y a là un beau contentieux en devenir ! À partir de quand y aura-t-il faute du médecin à ignorer le risque exceptionnel ?

Faudra-t-il signaler que l'aspirine peut tuer ? Que n'importe quelle anesthésie, même locale, peut être fatale ? Faudra-t-il que le médecin dise « *Je vous signale que l'athropoglycérine peut entraîner un syndrome de Lyell, il y a eu un cas l'an dernier, en Nouvelles Galles du Sud !* ». Force est de constater que cette obligation d'infor-

mation poussée par la jurisprudence à son paroxysme ne baigne pas dans les eaux paisibles de la certitude juridique.

LOI DU 4 MARS 2002 : INDIQUER LES RISQUES FRÉQUENTS OU GRAVES NORMALEMENT PRÉVISIBLES

C'était sans compter sur la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui aspirait à cristalliser les évolutions jurisprudentielles. Au final, elle s'avère plus créatrice de questions que porteuses de réponses. Elle est parfois plus proche du « bavardage » législatif que de la rigueur d'antan chère à Montesquieu. N'allait-elle pas de fait remettre en cause l'obligation d'information sur les risques graves exceptionnels ? Le nouvel article L. 1111-2 du Code de la santé publique issu de la présente loi dispose que l'« *information porte [...] sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles* ». La loi réintroduit donc la notion de risques fréquents ce qui semble prendre l'exact contre-pied de la jurisprudence. Cette solution n'est pas exempte de toute critique, compte tenu de la fiabilité toute relative des statistiques sur les risques. Quid dès lors de la notion de risques fréquents ? Ce sera encore au juge de trancher et ce seront à nouveau les parties qui plaideront sous le sceau d'une incertitude regrettable. Plus incertaine encore est cette formule évasive de risques « *graves normalement prévisibles* ». N'est-ce pas la mise au banc de l'information sur les risques exceptionnels ? Ou bien faut-il comprendre que cette dernière est comprise dans la définition du risque « *grave normalement prévisible* » ? Il est permis de le penser. Il est peu probable qu'une loi qui se veut au service d'une efficacité des droits du malade remette en cause des solutions jurisprudentielles tout acquises à sa cause. De plus, un risque exceptionnel est prévisible s'il est scientifiquement connu. Il faut donc estimer que le médecin doit toujours informer des risques graves, même exceptionnels. Il est légitime de se demander pourquoi le législateur n'a pas repris pêle-mêle la solution consacrée en jurisprudence ? Il a peut-être souhaité, en usant des termes « normalement prévisibles », retenir que l'obligation d'information médicale est juridiquement une obligation de moyen.

CONCLUSION

En définitive, les débats ne sont pas clos. L'obligation d'information constitue l'épicentre de difficultés juridiques majeures pour la simple raison qu'elle conditionne et protège le principe universel d'inviolabilité de l'intégrité corporelle. L'obligation d'information ne vise pas seulement à éclairer le consentement mais elle aspire aussi et peut être surtout à assurer le respect de la personne humaine comme l'a rappelé brillamment la Cour de cassation en 1942. ■