



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit Privé Général
Dirigé par Monsieur le professeur Laurent LEVENEUR
2021

Le préjudice d'impréparation

Emile LANSADE

Sous la direction de Monsieur le professeur Jean-Sébastien
BORGHETTI

A mon grand-père, ce profane si attentif dont la patience n'a plié ni l'esprit fléchi à la lecture de ces nombreuses pages que ses regards ont enrichies.

Je tiens à remercier Monsieur le professeur Jean-Sébastien Borghetti, dont les écrits ont animé mon intérêt pour la matière, vif et durable, comme éveillé ma curiosité pour le sujet, pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

al.	alinéa
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. AP</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière
<i>Bull. mixte</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ. (1re, 2e, 3e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	sous la direction de
DH	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
DP	<i>Dalloz périodique</i>
éd.	édition
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JCP	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
obs.	observations
p.	page(s)
préc.	précité
RCA	Responsabilité civile et Assurances
RDC	Revue des contrats
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RTD <i>Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD <i>Com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
s.	et suivant(e)s
S.	<i>Recueil Sirey</i>
spéc.	spécialement
t.	tome
th.	thèse
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire
v.	voir
vol.	volum

SOMMAIRE

Chapitre I - Le vrai préjudice d'impréparation

Section I – La définition de l'impréparation

§1 La dualité factuelle du préjudice

§2 La dualité conceptuelle de la réalisation du risque

Section II – La délimitation de l'impréparation

§1 La variabilité du fait générateur

§2 L'omniprésence du préjudice

Chapitre II – Le faux préjudice d'impréparation

Section I – L'atrophie du préjudice

§1 Le déguisement du préjudice : l'atteinte au droit subjectif

§2 La disparition du préjudice : le triomphe de l'objectivité

Section II – L'hypertrophie du fait générateur

§1 Amplification

§2 Canalisation

INTRODUCTION

Propos liminaire

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »¹.

La règle est immuable. Elle est le soleil de la responsabilité, l'astre autour duquel gravite le monde du droit. Elle repose sur trois concepts indéfinis, la faute, la causalité et le dommage en constellation, qui tiennent chaque once du raisonnement juridique en orbite auprès d'eux.

L'article est vénérable. Il dit tout et il ne dit rien. Tout le droit ? Rien que le droit ? Il est son acte de naissance, un tabou adoubé par l'évidence : son plus loyal résumé, sa plus fidèle synthèse. S'il y avait un droit naturel, il en serait la plus simple expression. S'il y avait une qualification pour la justice, il en serait la plus édifiante illustration. Mais qui le lit encore et le commente toujours ?²

Au soir de son existence, il s'apprête à s'effacer derrière la reformulation moderne du principe général de responsabilité pour faute qu'il contient. Peut-être son élégance desservait-elle sa précision ? La « faute » et le « fait » qu'il désigne ne laissent pas de discuter, comme sa grammaire d'interroger, mais c'est sur le dommage, non moins vierge de définition, que nous allons nous appesantir.

Car si l'article s'esquive, la règle est marquée par la permanence³. Elle traverse les âges car sa généralité rime avec son adaptabilité. Le dommage moderne a désormais des traits que n'avait pas le dommage de 1804. La société actuelle est soumise à une multiplication et une diversification des risques. L'aube du XXème siècle est marquée par la révolution industrielle et le danger que représentent les machines, propulsant la responsabilité civile dans l'engrenage d'une transformation durable⁴. Le début du XXIème siècle cueille les fruits d'une révolution scientifique entamée au crépuscule du précédent. La médecine y connaît des progrès fulgurants, apprenant des techniques nouvelles qui s'accompagnent nécessairement de

¹ Code civil, article 1240, 1382 ancien

² J.-S BORGHETTI, « L'ex-article 1382 du Code civil et le droit de la responsabilité civile. Requiem pour une disposition méconnue », RDA 2020 p.151 et s.

³ O. DESCAMPS « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », Droits 2008/1, n°47, p.23

⁴ « Les métamorphoses de la responsabilité », Sixièmes journées René Savatier, PUF, 1997

leurs lots d'accidents. La société d'aujourd'hui est aussi une société exigeante et susceptible, en ce qu'elle s'offusque de nombreux heurts dont elle s'accommodait hier. Elle est ainsi avide de transparence : l'obligation d'informer prend la place de celle de se renseigner. Ces changements crient haro sur le dommage de l'article 1240, qui doit être pétri continûment par le juge pour rester malléable.

Cependant le juge donne, par le cumul des résolutions de cas particuliers et les principes communs qui les relient aux extrêmes, une esquisse de définition que le préjudice d'impréparation met à l'épreuve. Voilà un cas particulier qui, comme d'autres avant lui, éprouve la définition jurisprudentielle du dommage, qui n'en est pas une, pour susciter le besoin d'une définition légale, tant il questionne les frontières de ce qu'on répare. Son processus de construction fait sortir de terre un édifice branlant aux composantes mal imbriquées (I), dont la déconstruction questionne la cohérence et la stabilité (II). Ses plans grossièrement dessinés révèlent, à l'échelle supérieure, la déstructuration profonde des concepts de dommage et de préjudice⁵.

- I. Construction

La question de l'impréparation de la victime à la réalisation du risque dont elle n'a pas été avertie s'insère au dernier acte d'une pièce complexe et assez dramatique où elle voudrait jouer, au domaine d'Esculape, le rôle de Panacée.

1.- Une carence ponctuelle dans la réparation. C'est en effet sur les lits des hôpitaux qu'elle s'éveille, là où la majorité endolorie guérit, quand une minorité infortunée sombre plus loin encore dans la souffrance. Parmi elle, sont d'abord ceux qui pâtissent des négligences et des insuffisances de leur médecin. Ceux-là subissent des atteintes qui sont incontestablement réparables en vertu de la responsabilité délictuelle pour faute posée par l'article L.1142-1, I°, alinéa 1^{er} du Code de la santé publique, anciennement à l'aune de la responsabilité contractuelle issue d'un manquement à une obligation de moyens⁶. Il est ensuite ceux qui sont atteints par le défaut du produit de santé, dont répondent même sans faute les professionnels de santé, au sens du même article, anciennement sur le fondement d'une obligation de sécurité de résultat⁷ ou de la responsabilité du fait des choses, ainsi que les laboratoires à l'aune du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux. Il est encore ceux qui contractent une infection nosocomiale qu'assument de plein droit les établissements de santé sauf cause étrangère, dispose l'alinéa 2. Enfin, il est ceux qui subissent « l'aléa thérapeutique ». Voilà la pudique qualification d'un désastre atterrant, dont la survenue est si rare, pur coup du sort, qui fait qu'une opération où tout devait bien se passer se déroule finalement très mal sans que ce cahot, ce chaos ne soit à personne imputable. Puisqu'il n'est d'antécédent du dommage suffisamment relié à un responsable sur qui transférer sa charge financière, la victime doit se résigner au principe primordial selon lequel

⁵ Qu'on distinguera en temps voulu.

⁶ Cass, civ., 20 mai 1936, DP 1936, I p.86, « Mercier ».

⁷ Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 1961 : Bull. civ. I, n° 558

elle supporte elle-même les revers du destin⁸. Bien qu'elle ne soit pas laissée dans le dénuement car la solidarité nationale se porte à son secours dans les conditions de l'article L.1142-1, II°, aucun responsable n'est formellement désigné et la réparation n'est pas toujours intégrale.

2.- **Une faute ponctuelle hors l'opération.** Parfois un élément complexifie la narration. La probabilité de réalisation du risque n'était pas connue du patient. Personne ne l'en avait informé. Pourtant le médecin y était tenu. Ce manquement constitue alors le fait générateur manquant.

3.- **Une distorsion originelle des conditions de la responsabilité.** Dans un premier temps l'arrêt Teyssier⁹ de 1942 admettait donc la réparation de l'entier dommage corporel et de ses suites lorsque le médecin n'avait pas éclairé son patient sur l'existence d'un risque inhérent à l'opération. La solution est confirmée en 1986¹⁰ par cette formule : « *le manque d'information était la cause exclusive du dommage et que la responsabilité des médecins était engagée pour l'intégralité du préjudice* ». Le raisonnement était pourtant marqué d'un écueil éclatant : le défaut rigoureux de causalité. Le silence fautif du praticien, quelle gravité qu'il put avoir, n'était pas à l'origine de la réalisation du risque.

4.- **Un aménagement persistant des conditions de la responsabilité.** Tout au plus le mutisme du médecin a-t-il privé le patient de la possibilité de refuser l'opération. Telle est la conclusion à laquelle arrive la Cour en 1990¹¹ qui rejette la réparation de l'entier dommage pour n'indemniser que la perte de chance « *d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constituait un préjudice distinct des atteintes corporelles* ». Tel préjudice n'existe néanmoins que lorsque l'éventualité favorable constituée par la possibilité de refus de l'intervention existe elle-même réellement. Par conséquent, lorsqu'il est établi que la décision du patient de s'abandonner aux soins du médecin aurait été prise même en connaissance du risque d'aléa thérapeutique, alors ni la réparation de ce dernier en entier ni celle de la perte de chance d'y échapper ne sont admises¹².

5.- **Une lacune subsistante dans la réparation.** Toute indemnisation est-elle de ce fait exclue ? N'y aurait-il pas, dans la seule réalisation risque sur lequel le patient n'avait pas été alerté, un préjudice moral spécifique ? C'est ce qu'un arrêt bientôt cinquantenaire avait admis¹³. En l'espèce, un chirurgien avait laissé une pointe d'aiguille cassée dans la paroi de l'abdomen de sa patiente et ne l'en avait pas informée. Celle-ci avait, au cours des mois précédant la découverte du « problème », ressenti une profonde angoisse que la Cour de cassation avait reconnu comme réparable. L'arrêt s'inscrit dans l'histoire de la réparation du

⁸ « *La réparation des aléas thérapeutiques n'entre pas dans le champ des obligations dont le médecin est contractuellement tenu* », Cass. civ.1^{re}, 22 novembre 2007, n°05.20974, Bull.civ. I, n°366

⁹ Cass. ch. req., 28 janv. 1942, Teyssier : DC 1942, p. 63 ; Gaz. Pal. 1942, 1, p. 177 ; *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2010, n°s 4-6, p. 27

¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1986, no 84-10845 : Bull. civ. I, no 24 ; D. 1987, p. 19, note J. PENNEAU

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 1990, no 88-14797 : Bull. civ. I, no 39, D. 1991, 183, obs. J. PENNEAU, RTD civ. 1992, 109, obs. P. JOURDAIN

¹² Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, no 98-23046 : Bull. civ. I, no 193

¹³ Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 1973 : Bull. civ. I, n° 55

préjudice moral d'anxiété, lequel peut effectivement découler d'un manquement au devoir d'information. Cependant ce lien est assez contingent, si bien que la relation de cet arrêt avec la réalisation du risque médical non divulgué est assez lâche. Reste donc de nombreuses hypothèses où la victime est confrontée à un déficit de réparation.

6.- **Une proposition de solution inédite.** Le « préjudice d'impréparation » pourrait alors lui venir au secours. Il est davantage centré sur le défaut d'information et aurait vocation à embrasser toutes les hypothèses dans lesquelles ce fait générateur se manifeste. Il a d'abord été décrit par les plaideurs et la doctrine comme un préjudice moral dont la dimension concrète se résumerait dans la souffrance qu'éprouve la victime à découvrir qu'un risque dont elle n'avait pas connaissance, qu'elle n'a pas pu anticiper, s'est réalisé. Bien sûr la complication d'une opération est toujours une déconvenue accablante, mais en l'occurrence il s'agit d'une surprise insupportable. L'amertume est d'autant plus affligeante qu'elle est parfaitement inattendue. Ce sentiment de prise au dépourvu serait un dommage injustement causé par le médecin qui s'est tu là où il aurait dû parler. Le patient n'était pas dans la disposition d'esprit de faire face au drame.

7.- **Première approche doctrinale favorable.** Il semble que le premier auteur à avoir proposé son indemnisation soit M. Penneau¹⁴. Il évoque un préjudice à deux aspects. L'un est patrimonial et s'attache à l'absence de prise de décisions et précautions, notamment professionnelles, en raison du défaut d'information adéquate. L'autre est extrapatrimonial et s'entend de la non préparation psychologique à la réalisation du risque caché. L'auteur écrit ainsi qu' « *il est de constatation commune que l'on supporte moralement mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer que celui qui était totalement imprévu* ». Il poursuit en analysant le défaut d'information comme révélateur d'un manque de respect dû au patient et estime qu'il « *est en toutes hypothèses source d'un dommage moral dont le patient peut se prévaloir* ». Au travers de cette esquisse de conceptualisation, la généralité d'un tel préjudice interpelle. Deux éléments sont à ce stade fondamentaux. Premièrement, son point de départ est rivié à la question du défaut d'information. C'est le dénominateur commun à toutes les directions que pourra prendre ensuite la définition du concept. La spécificité du fait générateur, condition de la responsabilité, est en même temps condition du préjudice. Secondement, la réparation « en toutes hypothèses » laisse entrevoir la tentation permanente qu'il y aura à envisager objectivement la sanction de ce défaut d'information, quitte à la recouvrir dans un second temps de l'habit du dommage moral.

8.- **Première approche jurisprudentielle défavorable.** L'histoire récente du préjudice d'impréparation commence par un rejet explicite en 2007. « *Le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé* »¹⁵. La Cour d'appel avait réparé le préjudice moral d'impréparation à hauteur de 3000 euros.

¹⁴ M. PENNEAU, note sous CA Angers, 11 sept. 1998, D.1999 p.46

¹⁵ Civ.1^{ère} 6 décembre 2007, 06-19301, D. 2008. 192 note P. SARGOS, *ibid.* 804, chron. L. NEYRET, *ibid.* 2894, obs. P. BRUN et P. JOURDAIN

9.- La réticence jurisprudentielle est toutefois éphémère, bien que la paternité du préjudice d'impréparation soit délicate à attribuer car l'objet de la réparation des conséquences du manquement au devoir d'information a varié au fil des décisions qui l'ont façonnée - de l'atteinte au droit à l'information aux suites de l'atteinte au droit à l'information.

10.- **Première forme d'impréparation consacrée.** Un premier arrêt¹⁶ de 2010 culmine néanmoins parmi les plus décisifs, ici qualifié « d'historique »¹⁷, là « d'Everest de la responsabilité médicale »¹⁸.

11.- En l'espèce, le patient a été conduit à l'impuissance à la suite d'une adénomectomie prostatique. Il reproche à l'urologue de ne pas l'avoir informé de ce risque, faible quoiqu'inhérent à l'opération. La Cour d'appel constate que l'intervention était nécessaire si bien qu'aucune perte de chance d'y échapper ne pouvait être relevée, il n'y existait pas d'alternative. Le risque thérapeutique en lui-même ne pèse pas sur le médecin et n'est pas causé par le manquement à l'obligation d'information. De telle sorte que les conditions de sa responsabilité n'étaient pas réunies. Néanmoins la Cour de cassation casse :

« Vu les articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil ;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation ».

12.- Le non-respect du devoir d'information du patient par le praticien cause un préjudice. Nécessairement, automatiquement, abstraitement ? Quel préjudice ? Une atteinte au droit d'être informé, a-t-on relevé. La généralité de l'attendu n'est tempérée que par le visa des articles 16 et 16-3 du Code civil et, partant, le cantonnement de l'objet de l'information à la matière médicale. Au-delà de souligner par anticipation de la loi Kouchner la « nouvelle » nature délictuelle de la responsabilité, l'arrêt consacre un type de préjudice bien singulier qui semble se confondre avec le fait générateur dont il émane intrinsèquement, puisque la violation du devoir a pour inéluctable reflet celle du droit-créance miroir de celui à qui il est dû. Parce qu'il ne fait pas référence à l'aspect moral du préjudice, ignore toute sa dimension concrète, et n'évoque pas « l'impréparation », on peut se demander si la réparation, potentiellement extrêmement large, à laquelle il procède se rapporte bien à une forme de « préjudice d'impréparation ».

¹⁶Cass. 1ère civ., 3 juin 2010 no 09-13591, FS-P+B+R+I D. 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; JCP G 2010, p. 788, note S. PORCHY-SIMON ; RDC 2010, p. 1235, obs. J.-S. BORGHETTI ; RTD civ. 2010, p. 571, obs. P. JOURDAIN.

¹⁷D. 2010, p. 1522, note P. SARGOS

¹⁸RDC 2010, p. 1235, obs. J.-S. BORGHETTI préc.

13.- C'est là une interrogation commune à l'émergence jurisprudentielle de toute solution récurrente. Avant d'être ceinte d'un cadre d'unité, la notion naissante est glissante, elle ne sait pas bien où elle va. Jusque-là l'impréparation semble être marquée par deux aspects caractéristiques qui tiennent l'un à la spécificité de son fait générateur, le manquement au devoir d'information, l'autre à ses conséquences subjectives, le préjudice moral qui en résulte. Si l'on considère que l'importance du premier prévaut sur celle de l'autre, alors l'arrêt de 2010 est pertinent. Si l'on fait remarquer que la violation de l'obligation d'informer est susceptible de causer des préjudices de nature variée, son lien avec l'impréparation est contingent. Si, en revanche, l'on renchérit en soulignant que l'arrêt s'inscrit dans un contexte où la réparation tant du dommage corporel que de la perte de chance d'échapper au risque est exclue, le parallèle avec l'impréparation revient en flèche. Car en effet à quel autre type de préjudice qu'une frustration psychologique la violation de l'information fait-elle alors écho ? L'arrêt de 2010, dont l'attendu est exactement reproduit en 2012¹⁹, va au contraire montrer une tentation permanente de refouler la nouvelle condition que la jurisprudence ultérieure va bientôt poser à la réparation du préjudice d'impréparation : la réalisation du risque.

14.- **Seconde forme d'impréparation consacrée.** Vient en effet une nouvelle étape en 2014²⁰. Un médecin généraliste avait prescrit à sa patiente plusieurs doses du vaccin GenHevac B contre l'hépatite B. A la suite des injections, la patiente développa des anomalies neurologiques à l'origine d'une sclérose latérale amyotrophique. Elle reprocha au médecin de ne pas l'avoir informé de ce risque. La Cour de cassation approuve néanmoins la Cour d'appel d'avoir rejeté la demande au vu des multiples témoignages scientifiques concordants qui écartaient le lien de causalité entre la vaccination et l'apparition de la maladie – expulsant par-là celle-ci de l'objet du devoir d'information. Toutefois l'arrêt surprend par une digression sur la nature du dommage réparable suite au manquement à une obligation d'information.

« Mais attendu qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation »

15.- L'apport de la décision est triple. En premier lieu, elle confirme la réparation de la perte de chance d'échapper à la réalisation du risque causée par le défaut d'information tout

¹⁹ Cass civ. 1^{re}, 26 janv. 2012, n° 10-26.705

²⁰ Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, n°12-22.123 Bull. civ., I, n° 13, CCC 2014, comm. 86, obs. L. LEVENEUR ; D. 2014, p. 584, concl. L. BERNARD DE LA GATINAIS ; ibid., p. 590, note M. BACACHE ; Gaz. Pal. 20 mars 2014, p. 8, note B. PARANCE ; ibid., 17 avr. 2014, p. 19, obs. M. MEKKI ; JCP G 2014, 446, note A. BASCOULERGUE ; ibid., 553, obs. G. VINEY ; ibid., chron. 1323, obs. C. BLOCH ; LPA 11 avr. 2014, p. 11, note O. SABARD ; ibid., 11 juill. 2014, p. 6, note S. MOREIL ; RCA 2014, comm. 116, note S. HOCQUETBERG ; RDC 2014, p. 368, note A. GUEGAN-LECUYER ; RTD Civ. 2014, p. 379, obs. P. JOURDAIN.

en admettant dans l'abstrait celle d'un autre préjudice issu du même fait générateur. En second lieu, elle subordonne l'existence de ce dernier à la réalisation du risque. Par-là elle lui refuse l'autonomie acquise en 2010 par rapport au dommage corporel. En troisième lieu, elle le nomme le « préjudice résultant d'un défaut de préparation ». La non-préparation n'est pas la non-information, elle est sa conséquence et l'on peut penser qu'elle se place ici essentiellement sur le terrain moral. Le même qu'explicitait déjà une formule de Cour d'appel reprise par la première chambre civile en 2012²¹ comme « *le défaut de préparation psychologique aux risques encourus et du ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle* ». Il reste que la *ratio decidendi* de l'arrêt de 2014 n'exclut pas la réparation des conséquences économiques de l'impréparation, qui pourrait ainsi être enrichie d'une dimension patrimoniale.

16.- Quoi qu'il en soit, cette solution rejoint ainsi la position du Conseil d'Etat qui juge que « *le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient sur les risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles* »²².

17.- A ce stade, plusieurs interrogations se posent, mise à part celle de la survie de la jurisprudence précédente. Premièrement, la question du cumul avec la perte de chance, lorsqu'existe une alternative thérapeutique, reste en suspens. La glose porte sur le sens de l'adverbe liminaire « indépendamment », qui peut vouloir dire que la réparation de l'impréparation est possible quoique celle de la perte de chance ne le soit pas ou bien que les deux peuvent faire l'objet d'indemnités distinctes. Deuxièmement, se pose celle de la preuve de ce préjudice d'impréparation. La Cour assène que le défaut d'information le « cause », comme si, une fois le risque réalisé, il en allait nécessairement ainsi. Elle ne dit pas « peut causer » si les juges du fond le relèvent. Faut-il conclure à l'objectivité du préjudice ? A une présomption d'existence du préjudice à charge pour la victime de prouver son étendue ?²³ Faut-il ne rien conclure du tout ?

18.- **Seconde forme d'impréparation consolidée ?** La première interrogation est assez clairement résolue en 2017²⁴. La perte de chance et le préjudice d'impréparation peuvent composer ensemble et être indemnisés additionnellement sans que la réparation intégrale n'en souffre. Le premier n'englobe pas le second de sorte qu'il n'est pas réparé deux fois. Voilà qui renforce le préjudice d'impréparation, évalué par la Cour d'appel à 5000 euros. Certes existe-t-il peut être subsidiairement par rapport au préjudice corporel principal mais non infiniment subsidiairement par rapport à cette forme de réparation de ce dernier qu'est la

²¹ Cass Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-17.510

²² CE 10 oct. 2012, n° 350426, *Beaupère, Lemaitre*

²³ C'est par exemple l'analyse de M. Jourdain. P. JOURDAIN. « Préjudice réparable en cas de défaut d'information médicale : la Cour de cassation réoriente sa jurisprudence », RTD Civ. 2014, p.379

²⁴ Cass Civ. 1^{re}, 25 janv. 2017, PS-P+B+I, n° 15-27.898 Bull. civ., I, n° 101, CCC avr. 2017, comm. 71, note L. LEVENEUR ; D. 2017, p. 555, note S.-M. FERRIE ; Gaz. Pal. 16 avr. 2017, p. 31, obs. J. TRAUILLÉ ; JCP G 2017, doctr. 257, obs. M. BACACHE ; LPA 19 avr. 2017, p. 10, note A.-L. FABAS-SERLOOTEN ; RCA 2017, comm. 105, note S. HOCQUET-BERG ; RDC 2017, p. 231, note J.-S. BORGHETTI ; RDSS 2017, p. 716, note D. CRISTOL ; RTD Civ. 2017, p. 403, obs. P. JOURDAIN.

perte de chance. La question demeure alors de savoir si le préjudice d'impréparation est un « préjudice de substitution »²⁵ relativement au préjudice principal, en ce sens que sa réparation serait conditionnée à la non réparation de ce dernier.

19.- La seconde interrogation est également confrontée à de nouveaux éléments de réponse. La première chambre civile modifie sa formulation. Au lieu d'énoncer que le préjudice d'impréparation est un dommage « *que le juge ne peut laisser sans réparation* », elle affirme que le préjudice d'impréparation, « *dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé* ». D'abord, tel préjudice ne peut bien sûr être réparé d'office, procéduralement. Puis, surtout, cette assertion peut être interprétée comme présument, de manière sans doute irréfragable, l'existence du préjudice moral d'impréparation dès lors que le risque se réalise²⁶. L'inconvénient de cette solution est qu'elle peut conduire à la réparation de préjudices dont la réalité n'est pas certaine, et sans doute pas systématique. Néanmoins la recherche concrète de la souffrance des personnes est vouée à l'échec, à l'intrusion inadmissible dans l'intimité et au voyeurisme. Le préjudice moral, trop subjectif, appelle irréductiblement à lui l'objectivité. Bien sûr persiste en outre le doute sur la solidité de cet édifice jurisprudentiel.

20.- Une pierre supplémentaire est apportée par un arrêt de 2018²⁷ qui énonce, au visa de l'article 1240 du Code civil :

« Attendu que le non-respect par un professionnel de santé de son devoir d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins peut, lorsque l'un de ces risques se réalise, faire perdre au patient une chance de l'éviter en refusant qu'il soit pratiqué ou encore causer à celui auquel l'information était due un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences de ce risque. »

21.- L'affaire se solde par un refus de réparation, en raison de l'absence de lien de causalité, comme en 2014, entre la maladie développée et la vaccination sur les risques de laquelle portait l'information, mais ce rejet est contingent. Reste que la conjonction « ou » pose une difficulté d'interprétation. Une lecture dans le sens de son caractère alternatif interrogerait sur la continuité de l'arrêt avec le précédent²⁸.

22.- Deux nouveaux arrêts de 2019²⁹ font ensuite de la réparation un cairn assez stable, malgré une différence quant au fondement. Ils sont en effet rendus au visa des articles 16 et 16-3 du Code civil ainsi que de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique.

23.- En premier lieu, les décisions censurent la Cour d'appel pour avoir nié l'autonomie d'un préjudice autonome d'impréparation.

²⁵ P. JOURDAIN. : « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation de la perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », RTD Civ. 2017, p.403

²⁶ J.-S BORGHETTI : « Le préjudice d'impréparation en matière médicale : grands principes et petits montants », RDC 2017, n° 114c9, p. 231

²⁷ Cass, civ.1^{re}, 14 novembre 2018, 17-27.980 17-28.529, publié au bulletin

²⁸ En ce sens, G. VINEY « La définition du préjudice né d'un manquement à l'obligation d'information : la Cour de cassation maintient le cap », RDC mars 2019.

²⁹ Cass, civ.1^{re}, 23 janvier 2019, 18-10.706 et 18-11.982

« Attendu que le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles que comportait un accouchement par voie basse ou un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins, auquel il a eu recours fautivement ou non, cause à celui auquel l'information était due, lorsque l'un de ces risques s'est réalisé, un préjudice moral distinct des atteintes corporelles subies, résultant d'un défaut de préparation à l'éventualité que ce risque survienne ; qu'il incombe aux juges du fond d'en apprécier l'étendue au regard des circonstances et des éléments de preuve soumis »

24.- Elles insistent sur le caractère « moral » du préjudice et adoptent en cela une approche restrictive de sa nature, puisqu'il est concevable de lui prêter une dimension patrimoniale que la formulation plus générale de l'arrêt de principe de 2014 n'avait pas exclue. En cela, elle confirme une précision qui s'était déjà glissée dans la lettre de l'attendu de l'arrêt de 2017.

25.- En second lieu, les décisions recèlent un apport majeur qu'elles exposent avec clarté. La configuration des faits avait conduit à ce que le préjudice corporel principal fût entièrement réparé. Et la Cour admet la réparation consécutive du préjudice moral d'impréparation, qui n'est donc pas conçu ici comme un remède de seconde main, un palliatif imparfait, mais un dommage totalement autonome.

« Attendu que, pour rejeter la demande de dommages-intérêts au titre d'un préjudice moral résultant d'un manquement du praticien à son devoir d'information, après avoir constaté un tel manquement, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que l'indemnisation de ce préjudice ne saurait se cumuler avec la réparation du dommage corporel consécutif à l'intervention fautive ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés »

26.- Un très récent arrêt³⁰ reprend en substance la même solution, en insistant sur l'autonomie du préjudice. Aussi le défaut d'information « cause à celui auquel l'information est due, lorsque l'un de ces risques s'est réalisé, un préjudice moral distinct des atteintes corporelles subies, résultant d'un défaut de préparation à l'éventualité que ce risque survienne. » Sa motivation enrichie n'est toutefois pas si opulente.

27.- **Bilan : recherche d'une unité.** Chaque arrêt nouveau apporte ainsi son lot d'évolutions qui tendent, après une canalisation initiale réfutant la tentation intense de sanctionner par la responsabilité le seul manquement à l'obligation d'information, à accroître l'indemnisation d'un préjudice moral résultant du défaut de préparation face à la réalisation du risque. Plusieurs décisions de justice se font donc face, qui ne présentent pas nécessairement d'unité et dont on peut ainsi se demander si elles forment un tout cohérent. Soit en effet certaines en contredisent d'autres frontalement, soit l'une apporte un nouvel élément dans la continuité d'une autre mais qui peut, à la seconde lecture, en modifier en profondeur la conception. Voilà qui pose le problème de la définition du préjudice d'impréparation, préalable indispensable à son étude.

³⁰ Cass. Civ.1^{ère}, 9 décembre 2020, n°19-22055

- II. Déconstruction

28.- **Un concept dual.** La construction prétorienne donne une impression d'instabilité. Voilà un édifice tangent qui repose sur deux fondements éloignés, qui se repoussent même l'un l'autre et qui l'écartèlent. Lorsque la réalisation du risque entre dans la caractérisation du préjudice, celui-ci est doté du relief que lui confère une dimension concrète. Il ne se conçoit pas dans l'absolu mais est arrimé à un phénomène. Il désigne une souffrance morale particulière qui n'aurait pas été endurée sans le défaut d'information, une différence entre deux états. Lorsqu'à l'inverse la réalisation du risque est une condition occultée, le préjudice perd la coloration subjective dont il était crépi. Il s'incarne dans la seule atteinte, à un droit subjectif, à un intérêt quelconque. Les répercussions de ce heurt abstrait deviennent indifférentes comme est ignorée la perte dont souffre la « victime » par rapport à l'état antérieur au fait générateur. Par où l'on pressent que ces deux lectures de l'impréparation s'insèrent dans deux conceptions du préjudice tenues à distances l'une de l'autre par une franche opposition. La subjectivité s'opposerait à l'objectivité. Le triptyque des conditions de la responsabilité serait contracté dans un élan de confusion entre le fait générateur et le dommage. La fonction réparatrice de la responsabilité s'amenuiserait face à sa fonction répressive et préventive. Le préjudice d'impréparation serait alors un concept tout entier marqué par la dualité, traversé par deux courants contraires au flux irrégulier et au reflux imprévisible.

29.- **Une dualité de concepts ?** Si les deux faces de l'impréparation-Janus sont si différentes, ne seraient-elles pas chacune deux concepts distincts ? L'une répare une forme de désarroi, l'autre la violation d'un droit. L'une correspond donc à un préjudice moral classique, l'autre, bien qu'ayant une dimension extrapatrimoniale, ne s'attache pas à la psychologie de son sujet – en somme, à son impréparation. Pourtant, les deux répondent à la même question. Ce sont deux filets juridiques qui cherchent à happer les mêmes faits. Il n'y a qu'une seule situation, pour deux qualifications potentielles. Les arrêts traitent toujours d'un préjudice non économique résultant du défaut d'information sur un risque. Ils ont tous le même point de départ. Ne change que la ligne d'arrivée. Aussi les deux visages du préjudice ne pourraient-ils être traités séparément sans tronquer la réponse à la question de droit.

30.- Ne pourrait-on pas y objecter, en démontrant non la contrariété mais la complémentarité des deux approches ? Car l'on pourrait rétorquer que la différence peut justifier l'exclusion comme le cumul. Puis ajouter qu'un même fait générateur peut causer plusieurs préjudices dont l'indemnisation est pour chacun possible, ce qui est le cas avec l'impréparation au risque et la perte de chance d'y échapper. Et démontrer que s'il est considéré que ces deux préjudices ont un objet fondamentalement différent, ils sont peut-être simplement distincts, ne réparent pas la même chose. On pourrait alors ne pas choisir : l'un et l'autre. Altérité, cumul. Ajouter, pour illustrer le propos, qu'après tout, longtemps la perte de chance a été assimilée au dommage principal et considérée comme une forme abâtardie de sa réparation avant de gagner son autonomie. Enfin conclure que cette différence essentielle plaide bien en faveur, non d'un concept dual, mais d'une dualité de concepts, excluant par-là

totalemment l'atteinte au droit subjectif du champ de l'étude du préjudice d'impréparation. Néanmoins dans la chronologie des arrêts, l'exigence de réalisation du risque est présentée comme une condition ajoutée à la caractérisation d'un même archétype de préjudice : le préjudice extrapatrimonial résultant du manquement au devoir d'information sur un risque. Les deux préjudices successivement réparés sont donc deux formes d'un seul. Comme on ne répare que le préjudice, rien que le préjudice et, au surplus, comme ils répondent à deux modèles conceptuels distincts de la notion générale de préjudice, il faut alors choisir : l'un ou l'autre. Identité, exclusivité, alternative. Le préjudice d'impréparation sera donc compris au sens large, embrassant ce que nous nommerons « l'impréparation subjective » et « l'impréparation objective ».

31.- **Serait-ce même un concept ?** C'est un bouquet bien clairsemé de décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat qui répondent à la question des conséquences extrapatrimoniales du défaut d'information sur un risque. Certaines sont fanées et d'autres bourgeonnantes ; cachent-elles une véritable notion ou bien toute analyse conceptuelle serait-elle empêchée par l'opportunisme si éclatant qui préside à leur éclosion ? Il apparaît d'abord que le concept jurisprudentiel est parfois voué à une vie plus longue que son homologue légal. L'inflation législative nuance fortement le grief d'instabilité qu'on pourrait faire au premier. Puis, si la loi (française) assoit un concept, elle en abandonne le détail au juge ; elle ne fixe qu'un contenant dont le contenu est façonné par les ressources de l'interprétation judiciaire, lesquelles peuvent aller jusqu'à le vider, modelant même par là le contenant. Enfin qui osera dire aujourd'hui que la jurisprudence, officiellement publiée, n'est pas partie des sources de droit ? Et qui affirmera que, tant citée, elle n'a pas parmi elles une place « considérable » ? Si nombreuses sont les créations jurisprudentielles qui sont désormais inscrites dans le marbre de la loi. Et qu'en est-il de tous les chefs de préjudice que celle-ci ne distingue aucunement et qui font pourtant l'objet d'études si approfondies ? Il nous sera permis, encore et néanmoins, de distinguer.

32.- **Quel concept ?** Quel est l'objet du préjudice d'impréparation ? Un concept transcende d'abord ses manifestations positives. C'est parce qu'il n'est pas qu'actualité qu'on étudie son histoire pour mieux le comprendre. C'est pourquoi il faut rejeter une approche positiviste et réductrice qui énoncerait que le préjudice d'impréparation n'est qu'un préjudice moral résultant du cumul d'un manquement au devoir d'information du médecin envers son patient et de la réalisation du risque qui en était l'objet. C'est aussi pourquoi il faut y intégrer le préjudice d'impréparation objectif, quand bien même la jurisprudence qui l'a fait naître semble avoir avorté. Car, d'une part, la source judiciaire est fluctuante et ondoyante. Car, d'autre part, le concept s'inscrit dans un cadre théorique indépendant de ses occurrences ponctuelles, qu'il dépasse. Il n'en y est pas moins paradoxalement très lié, puisqu'il ne saurait être purement déductif. Les concepts qui imbriquent entre elles les règles de droit sont d'abord issus d'un processus inductif. C'est un chaîne de solutions particulières reliées jusqu'aux extrêmes par une harmonie et une concorde relatives ainsi que par la similarité des questions qui les suscitent. Les Droits civilistes sont souvent opposés à ceux de Common Law pour leurs systèmes d'abstractions déductifs desquels il n'y aurait plus qu'à exfiltrer la solution au problème concret. Mais ce tout cohérent qui fait tomber la réponse d'en haut s'est

lui-même élevé sur les piliers de l'induction puisqu'il est l'héritage du système romaniste dont les origines sont profondément casuistiques. Si tel est le processus de création d'un concept, nous sommes en son cœur avec la réponse qu'offre le préjudice d'impréparation au problème des conséquences extrapatrimoniales du défaut d'information. Il en résulte que pour le cerner on ne peut s'en tenir à la dernière solution du droit positif mais rassembler toutes celles qui, dans un même contexte, répondent, quoique différemment, à un même problème. Puis les analyser avec prudence. En effet le potentiel d'extension des formules adoptées par la Cour de cassation, amplifié par l'indigence d'une motivation strictement formelle et succincte, est considérable. Pour l'illustrer, on filera la métaphore d'un accordéon.

33.- **L'impréparation en accordéon.** Replié, le préjudice d'impréparation dépendant de la réalisation du risque s'avère assez exigeant envers la victime qui souhaite obtenir son indemnisation. Déplié, il présente au contraire un caractère d'automaticité dès que le demandeur apporte la preuve du défaut d'information. Au sein de cette dichotomie, l'interprétation peut avoir une amplitude variable et faire sensiblement fluctuer le domaine de la réparation de l'impréparation, de la marginalité à l'omniprésence au gré d'étirements et contractions successifs. La complexité du préjudice d'impréparation ne se réduit pas à une alternative entre une qualification élastique et une qualification inextensible puisqu'en leur sein figurent une multitude d'interprétations plus ou moins larges ou étroites qui forment autant de crans, de paliers de déploiement du concept. Simplement, ces nuances s'insèrent dans l'une des deux branches de la dichotomie fondamentale entre préjudices objectif et subjectif.

34.- **Un concept cohérent ?** Dire que le préjudice d'impréparation peut être lu comme un concept n'est pas dire qu'il est un concept cohérent. C'est d'ailleurs un problème inhérent au concept de concept... En tant que « représentation mentale générale et abstraite d'un objet »³¹, il est marqué par le flou des contours et le questionnement permanent. Il reste que la dualité du préjudice d'impréparation met davantage encore à l'épreuve la pertinence du tout. A tel point qu'on prendra le risque de voir en son sein un schisme entre le « vrai » et le « faux ».

35.- Le « vrai préjudice d'impréparation » participe d'un mouvement de psychologisation du préjudice³², en ce qu'il s'attache à pénétrer avec toujours plus d'acuité le sentiment de l'homme. Le « faux préjudice d'impréparation » prend part quant à lui au renversement de la vision traditionnelle du préjudice en ce sens où il ne se calque plus sur la perte contrefactuelle mais sur la seule atteinte. C'est en cela qu'on pointe du doigt sa

³¹ Le Petit Robert 1993, p.429

³² Mouvement « *par lequel les notions, ou du moins le langage, les représentations et les sous-bassements de la psychologie pénètrent un univers juridique qui l'ignorait ou la tenait jusqu'alors pour résiduelle principalement parce qu'il s'en méfiait. [...] Les pensées, les sentiments et les ressentiments, les perceptions mêmes deviennent sources de nouvelles plaintes, de nouvelles actions et ainsi de nouveaux préjudices. La conscience devient alors le siège de dommages qui jusque-là restaient hors du droit. De nos peurs, nos angoisses, nos cauchemars, nous faisons le droit comptable.* ». N. MOLFESSIS, « La psychologisation du dommage. » in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? », actes de colloque, 2015, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, D. Thèmes et commentaires, p.39

fausseté³³. Par ailleurs il présente un paradoxe car il se désolidarise malgré lui de la fonction indemnitaire première de la responsabilité tout en en simplifiant radicalement les conditions pour glisser vers sa fonction prophylactique et comminatoire. Chacun d'eux abordent le thème de l'objectivation du préjudice moral.

36.- L'intérêt théorique de l'étude du préjudice d'impréparation est donc double. Non seulement elle permet d'identifier dans une même notion les mouvements contraires qui innervent le droit de la responsabilité. Mais elle autorise surtout à une réflexion sur la notion de préjudice, dont l'impréparation éprouve la définition, peut-être justement parce que celle-ci manque. Elle fait office de riche exemple pour répondre aux questions de ce qu'on répare et de pourquoi l'on répare. Son aspect pratique découle ainsi naturellement de la question appliquée au cas d'espèce : dans quelles circonstances ai-je droit à la réparation des conséquences extrapatrimoniales de la dissimulation de l'information qui m'était due ?

A ces questions, le vrai préjudice d'impréparation (Chapitre I) et le faux préjudice d'impréparation (Chapitre II) répondent différemment.

³³ Double fausseté, comme on le démontrera, car il ne désigne pas un sentiment moral d'impréparation, dénomination pour lui impropre, ni même un préjudice tout court. Evidemment, le philosophe s'indignera de cette abrupte présentation, strictement technique, du vrai et du faux qui se relativisent tant...

Chapitre I : Le vrai préjudice d'impréparation

37.- **Besoin de bornes.** Quel que soit son fondement technique, la responsabilité civile, pour être retenue et donner lieu à une indemnité, suppose le rattachement d'un dommage à un fait générateur par un lien de cause à effet. En l'état, le fait générateur est un manquement à une obligation d'information spécifique qui ne cause un préjudice d'impréparation que si le risque qui était l'objet de cette information se réalise. La réalisation du risque est la clef de voûte de la notion qui correspond au vrai préjudice d'impréparation, qui ne se conçoit pas sans elle, lui est consécutif et subordonné. Ces éléments de compréhension parcellaires donnés par la jurisprudence ne dissipent pourtant pas le cercle d'obscurité qui nimbe le concept. Un effort de définition de l'impréparation (I) s'impose au préalable de la détermination de son étendue (II). Telle dissection révélera le potentiel d'extension du préjudice et la nécessité de le canaliser.

Section I : La définition de l'impréparation

38.- Un effort de définition s'impose pour cerner d'une part la réalité des faits que recouvre la qualification de préjudice d'impréparation, d'autre part la place de la réalisation du risque dans le mécanisme de la responsabilité. La perte éprouvée par la victime peut être entendue de deux manières (§1) qui conditionnent l'articulation du préjudice avec le risque réalisé (§2) et créent une tension dans la compréhension du concept. On prendra position en faveur de la seconde pour cadrer les réflexions ultérieures.

§1 La dualité factuelle du préjudice

39.- L'impréparation est un terme, à dire vrai peu élégant, qui ne s'entend nulle part ailleurs en droit. La réalité qu'il saisit est difficile à identifier. Déterminer son sens, donc son contenu, est indispensable à sa conceptualisation. Néanmoins c'est peut-être faire preuve de trop d'estime pour la jurisprudence que de partir du présupposé qu'elle a voulu créer un concept en parlant de « défaut de préparation » au vu des divergences très fortes entre les arrêts qu'elle explique le ferment opportuniste à l'origine de sa réparation. Nos investigations aboutiront alors à un constat assez décevant : on ne sait pas vraiment ce qu'est l'impréparation. On sait simplement ce qu'elle a le plus de chances d'être et ce qu'on voudrait qu'elle soit, si tant est qu'on veuille simplement qu'elle soit. La spécificité du mot, qui n'a sans doute pas été choisi au hasard tant il est inhabituel, invite d'abord à le prendre à lettre, avant de s'interroger sur la réalité qu'il pourrait incidemment recouvrir. L'induction que suggère la lecture littérale des arrêts semble être vide de sens, trop abstraite et artificielle et devoir ainsi être dépassée pour découvrir ce que désigne et cache concrètement cette mystérieuse étiquette d'« impréparation ». Dans le premier cas, que nous rejetterons, le préjudice est antérieur à la réalisation du risque (A). Dans le second, que nous accueillerons, le préjudice est postérieur à la réalisation du risque (B). Il nous semble en effet falloir substituer à l'impréparation-anticipation, l'impréparation-frustration.

A. L'impréparation-anticipation

40.- **L'absence de préparation antérieure au dommage principal.** Littéralement, l'impréparation c'est, sans surprise, le « manque de préparation ». La préparation est un temps de mise en œuvre préalable, un travail d'anticipation, un acte en vue d'un autre. Elle renvoie à un comportement antérieur à un événement, l'échéance, le terme en vue duquel il faut être préparé. C'est ici la réalisation du risque. L'impréparation correspondrait alors à l'impossibilité pour la victime d'avoir pris, en amont, des dispositions, matérielles (1) ou morales (2). Elle serait marquée par l'antériorité par rapport au dommage premier issu de la réalisation du risque.

1. L'inexistence de l'impréparation économique

41.- **Description.** C'est d'un point de vue économique que le préjudice d'impréparation au sens littéral, alors patrimonial, prend le plus de sens. En effet, en n'anticipant pas l'éventualité désastreuse que constitue la réalisation du risque sur lequel portait l'information qui n'a pas été délivrée, le patient n'a pas pu prendre des dispositions matérielles adéquates. Aussi n'a-t-il pas été mis en mesure de sécuriser ses actions, de donner des directives quant à la direction de son entreprise, de rédiger un testament...

42.- **Rejet jurisprudentiel.** Depuis 2017, la Cour de cassation insiste sur le caractère « moral » du préjudice résultant du défaut de préparation. Le préjudice patrimonial d'impréparation n'est donc pas de droit positif. Pour cause, le préjudice d'impréparation est à l'origine conçu comme une forme dérivée, détournée de réparation du dommage corporel. Le flou de ses contours lui est utile, tandis que l'acuité des préjudices patrimoniaux et la nécessité d'identifier une inaction spécifique ayant des conséquences économiques desservirait une indemnisation systématique. Cet élément l'exclut du champ de notre étude. On peut toutefois s'interroger brièvement sur le sens de ce rejet par les tribunaux.

43.- **Absorption par la perte de chance ?** Le préjudice économique d'impréparation renvoie à l'empêchement de prendre certaines décisions. Sa réparation semble alors se heurter à l'aléa décisionnel de la victime. Le scénario contrefactuel qui projette une situation imaginaire dans laquelle le patient aurait été informé peine à postuler que celui-ci aurait avec certitude pris une décision profitable à son patrimoine. Comme la décision humaine est sujette à la subjectivité de l'être, elle est toujours incertaine. Donc, même si la probabilité qu'il agisse différemment était très haute, elle ne sera jamais égale à 1. La certitude se rapporterait seulement, non au préjudice final mais à la seule perte d'éventualités favorables. Si bien qu'un tel préjudice économique d'impréparation n'existerait pas, il serait toujours perte de chance de prendre une décision avantageuse. L'automatisme d'une telle requalification est toutefois un peu simpliste. En effet, l'aléa est présent dans chaque scénario contrefactuel car celui-ci résulte toujours d'un effort divinatoire fondé sur une lecture très subjective et approximative des probabilités par le juge. Le basculement dans la perte de chance s'opère lorsque le degré d'aléa atteint un certain seuil au-delà duquel il n'est plus acceptable ou raisonnable de l'assimiler à la certitude et de conclure à la réparation du préjudice final, de

l'entier préjudice. Or, premièrement, l'aléa décisionnel n'est pas toujours appréhendé par la perte de chance. En témoigne certains arrêts qui concluent que, sans la faute de l'assureur, l'assuré aurait certainement souscrit à la police. Au contraire néanmoins, d'autres décisions énoncent que le défaut d'information du banquier « cause une perte de chance », comme si l'aléa se rapportant à la décision de la caution ou de l'emprunteur était systématiquement trop haut pour envisager la conclusion du contrat comme un préjudice certain. Et, deuxièmement, le coefficient d'incertitude qui ouvre la porte à la perte de chance est indéterminé. L'illustre notamment un arrêt qui a réparé une perte de chance évaluée à 99,9% du préjudice final... En effet, la perte de chance ne paraît pas être uniquement question de quantité, mais aussi de qualité, en ce que dans certains cas le cours des choses est intrinsèquement aléatoire (perte de chance de gagner un pari) quand dans d'autres il correspond à la normalité et l'aléa est extrinsèque (perte de chance de continuer à travailler). Sur ce critère qualitatif, la perte de chance de prendre une décision, *de lege ferenda*, pourrait être rejetée.

44.- Il apparaît donc que, si la jurisprudence exclut la réparation du préjudice d'impréparation économique, ce n'est pas pour des raisons de droit mais plutôt parce qu'il est indémontrable, ou au moins qu'il l'était dans les espèces qu'elle a connues. Si un plaideur en délivre demain une démonstration convaincante, la question pourrait s'éveiller.

2. L'inconsistance de l'impréparation morale

45.- **Lecture littérale.** Au sens « propre », l'impréparation est décrite comme « l'impossibilité de « se préparer psychologiquement à la réalisation du dommage »³⁴ dont on n'a pas été averti du risque. Elle serait alors le pendant extrapatrimonial de l'impréparation économique telle que décrite ci-dessus. En ce sens l'impréparation, mentale, serait une absence de conditionnement psychologique. Le patient n'a pu se figurer le scénario dans lequel il subit la réalisation du risque. Il n'a pas pu s'imaginer souffrir, se demander comment il aurait réagi et comment il devrait réagir. Il n'a pas pu se doter d'un « bon état d'esprit », relativiser cette affreuse perspective qui désormais le prend en traître, ou encore dire adieux à ses proches en prévision du pire. Le préjudice réside dans la privation d'une attitude antérieure au dommage corporel, un dénuement préalable. A s'arrêter là, on n'aborde pas le choc ressenti lors de la réalisation du risque, le sentiment ou ressentiment de frustration et d'injustice.

46.- **Lecture vide de sens.** Une telle approche nous semble d'une part inopportune et d'autre part inconsistante. Inopportune car elle conduit, sauf à attribuer au risque réalisé le rôle ambigu et contestable de condition³⁵, à réparer le préjudice moral, « mental », d'impréparation en l'absence de réalisation du risque, puisque l'état de préparation de l'esprit à un risque, de réalisation par essence incertaine, ne dépend pas de l'issue finale. Inconsistante car elle ne paraît pas correspondre à la nature de la souffrance que ressent la victime placée dans cette situation.

³⁴ M. PENNEAU., note préc. sous CA Angers, 11 sept. 1998, D.1999 p.46

³⁵ *Infra* n°57 s.

47.- **Impréparation-frustration plutôt qu'impréparation-anticipation.** Nous avouons échouer à dissocier cette « impréparation » préalable de la frustration qui résulte de la réalisation du risque, d'autant moins supportable que celui-ci était inconnu donc inattendu. Comment le patient de 2014 se serait-il préparé au risque de devenir impuissant ? Il y a bien le préjudice « d'établissement », c'est-à-dire l'impossibilité de fonder une famille, d'avoir encore des enfants, « comme tout le monde », mais c'est là autre chose. Sa souffrance, qu'il ne s'agit pas de contester, semble résider dans le choc incoercible qui l'étrangle tout à coup lorsqu'il apprend la nouvelle. Ici une frustration sexuelle, celle d'un homme, celle d'un mari, celle d'un père. Peut-être ressent-il des regrets mais ceux-ci n'existent qu'en contemplation du dommage premier. Le préjudice moral, c'est voir le dommage, c'est le désarroi face à la très mauvaise surprise, un sentiment virulent de frustration, une extrême déconvenue. C'est là que commence la perte effective, réparable en tant que préjudice. En cela, l'impréparation morale n'est pas l'exact pendant de l'(inexistante) impréparation économique.

B. L'impréparation-frustration

48.- **L'aggravation de la frustration postérieure au dommage principal.** Le véritable objet de la réparation est ici occulté par une distorsion entre la qualification juridique et la réalité du fait qu'elle embrasse (1). Le préjudice moral d'impréparation nous semble en vérité être postérieur à la réalisation du risque, ne pas viser une anticipation mais une réaction qui correspond à l'aggravation anormale de la frustration ressentie. Cette situation doit bien être distinguée de la réparation d'une frustration normale issue d'une atteinte quelconque au cours normal des choses (2).

1. Inadéquation du donné factuel et du construit juridique

49.- **La juridicité du préjudice.** Le préjudice serait « non pas une donnée matérielle mais une *construction juridique* puisqu'il s'entend des suites du dommage juridiquement réparables »³⁶. Il ne s'agit pas pour l'instant de tirer des conséquences de la distinction entre le dommage et le préjudice³⁷ mais seulement de souligner la juridicité qui irrigue et innerve ce dernier. Le préjudice se superpose à une réalité pour l'appréhender dans l'abstrait afin de mieux traiter le problème concret.

50.- Il s'agit d'une qualification juridique qui coiffe certaines données factuelles pour les recouvrir d'un régime. C'est l'apanage du droit que de construire des cases dans lesquelles ranger les faits pour leur appliquer la norme. L'opération de qualification est ainsi un exercice de traduction, d'une langue à l'autre, du dialecte du fait au vocabulaire du droit, cet algèbre qui sert à résoudre l'équation juridique. Or la traduction a ses imperfections, elle transfigure

³⁶ F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », RCA n°3 mars 2010, dossier 3 n° 2

³⁷ Infra n°160 s.

certaines mots en leur prêtant parfois une version qui avec eux se marie mal. Il en va de même pour la qualification, imparfaitement taillée par le juge pour habiller le fait d'un droit qui ne correspond pas à ses mensurations. En matière d'impréparation, le manteau juridique est trop étiré.

51.- **L'inanité de la qualification.** En effet, l'impréparation ne dit pas son nom. Elle a d'abord été un substitut au dommage corporel, une forme de réparation subsidiaire, alternative et au rabais, qui ne pouvait passer que par la qualification de préjudice moral pour esquiver l'obstacle du défaut de causalité. « L'impréparation » fut l'artifice. Jusqu'à ce que la jurisprudence lui découvre une autonomie³⁸ qui laisse à penser qu'il s'agit d'un véritable préjudice moral. Elle devient alors l'accentuation d'une frustration. Mais cette réalité-là ne correspond pas du tout à la qualification de « préjudice d'impréparation » qui semble, à la lettre, faire écho à une réalité beaucoup plus spécifique, restreinte et antérieure à la réalisation du risque. Une même remarque vaudra a fortiori pour le préjudice d'impréparation objectif. Si bien que le donné factuel, l'aggravation de la frustration, n'est pas recouvert par le bon construit juridique, l'impréparation. Le préjudice réparé ne correspond pas vraiment à ce que l'on répare. Ce que l'on répare est plus grand, loin d'être conceptuellement anodin et questionne l'objet de la responsabilité civile.

2. L'appréhension du surplus anormal de frustration

52.- **Anormalité et légitimité de l'impréparation-frustration.** La frustration est un sentiment générique éprouvé par une personne à des degrés divers à chaque fois que le cours des choses s'écarte de ses espoirs et prévisions. Le droit français répare à certains égards des préjudices purs, économiques voire moraux, qui résultent d'un dommage assez fuyant qui s'entend de l'atteinte au cours normal des choses³⁹. Quantitativement, le préjudice d'impréparation ne correspond pourtant pas à une simple frustration en réaction au risque réalisé mais à l'aggravation de cette frustration, dont on postule, suivant le *plerumque fit*⁴⁰, qu'elle est supérieure lorsque l'éventualité même du dommage principal n'était pas connue. Qualitativement, cette part aggravée de la frustration est illégitime, elle est injuste, elle est anormale. En effet elle procède de l'atteinte à un droit à l'information dont l'objet de celle-ci est un risque grave, elle émane d'un fait générateur qui est plus que le simple heurt à la normalité, qui est la violation d'un standard plus précis et qualifié que le déroulement ordinaire des choses. C'est une anormalité plus saillante qui affecte le préjudice et c'est en cela qu'elle choque et que la qualification de préjudice s'en saisit. C'est une différence entre l'état d'information et l'état de non information.

53.- **Le moment de la découverte.** On peut cerner la définition d'une autre manière : l'impréparation à quoi ? Se préparer aux conséquences du risque, disent certains arrêts, se

³⁸ Infra n° 113 s.

³⁹ Infra n° 100

⁴⁰ Ce postulat est celui d'un certain modèle de société qui est ainsi de nature à varier dans le temps et dans l'espace. De la même manière qu'une société qui admet la polygamie voit les épouses moins portées à souffrir moralement de l'infidélité de leur mari, une société vouant davantage un culte à la fatalité ne regroupera peut-être pas une majorité d'individus qui éprouveront une aggravation de leurs souffrances à cause de la surprise, élément de destiné qu'ils intègrent dans la normalité. Idées et valeurs influent sur l'identification de l'intérêt incorporel lésé.

préparer à son éventualité disent d'autres. L'impréparation n'a pas directement le risque pour objet mais sa réalisation, la seule issue que l'esprit inquiet du patient informé pourrait contempler et redouter. La préparation subtilisée par le silence du médecin ne trouve d'achèvement qu'au moment où le risque révèle son absence. Elle est faussement dirigée vers l'avenir puisqu'elle ne s'exprime qu'en se retournant vers le passé, au moment où il est trop tard. Elle désigne la détresse qui succède au volte-face, le regard consterné porté sur l'éventualité réalisée, parce qu'antérieurement advenue. Ce que désigne très bien cette formule « la souffrance morale qu'il a endurée *lorsqu'il a découvert*, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention »⁴¹.

54.- **Le préjudice résultant d'un dommage corporel psychique.** M. Gout a pu proposer d'analyser le préjudice d'impréparation comme résultant d'une atteinte à l'intégrité psychique et non simplement de l'atteinte au droit à l'information. « Le préjudice d'impréparation [...] transiterait alors par la catégorie des dommages corporels d'ordre psychologique pour donner naissance à un chef de préjudice moral. Et faute de pouvoir en établir le caractère incontestable, on le présume »⁴². Une telle lecture nous semble mal se marier avec la facilité avec laquelle le préjudice d'impréparation est réparé car la présomption dont il fait l'objet découle directement du constat du défaut d'information et non de la caractérisation d'un heurt porté contre l'esprit, lequel sera alors lui aussi englobé dans la présomption. En revanche elle souligne l'antériorité de la réalisation du risque par rapport à l'impréparation car le dommage psychique ne paraît en aucun cas pouvoir être établi en amont du dommage corporel alors qu'il est la résultante de sa contemplation.

55.- En tout cas, il apparaît que la responsabilité s'attache de plus en plus à s'évader du réel pour combler les désirs des hommes, et « l'objectif de remise en état cède la place à une logique de compensation, presque de consolation »⁴³. C'est la psychologisation du préjudice.

On prend donc position pour cette branche de la dualité qu'est l'impréparation-frustration.

§2 La dualité conceptuelle de la réalisation du risque

56.- **La dimension concrète de la réalisation du risque.** Cette exigence fait l'essence du vrai préjudice d'impréparation en lui conférant sa dimension subjective. Subjectivement, elle conditionne le ressenti de l'impréparation. C'est bien cette survenue qui est à l'origine de la frustration aggravée par la faute d'information, qui révèle le défaut de préparation. Elle est l'élément déclencheur de la souffrance physique comme morale et par là révélateur de l'impréparation. Elle la rend visible et concrète, sans quoi la non préparation n'est pas perceptible et sa mise au jour, très éventuelle, indolore. Le préjudice résultant du choc psychologique que provoque le risque inattendu n'est autre qu'une très mauvaise surprise.

⁴¹ Cour administrative d'appel, Marseille, 2e chambre, 11 Juin 2020 – n° 19MA00744

⁴² Responsabilité civile, Ph. BRUN, O. GOUT, D. 2011 p.37

⁴³ J.-S BORGHETTI, Le préjudice de vie handicapée et les nouvelles fonctions de la responsabilité civile, D.2010, p.419

57.- La double lecture de la réalisation du risque fonction de celle du préjudice.

La question est de savoir si la surprise est conditionnée par un évènement postérieur ou causée par un évènement antérieur. La différence, qui dépend de la définition donnée aux faits recouverts par l'impréparation, est subtile et n'a pas de conséquence directe sur la réparation du préjudice d'impréparation car dans les deux cas la réalisation du risque s'impose en exigence. En revanche, la première approche en fait une condition ad hoc de la réparation qui en amoindrit la force et invite à des réflexions générales sur la responsabilité (A). Elle ne nous semble toutefois guère pertinente car elle se calque sur la conception biaisée du préjudice comme l'impréparation-anticipation alors qu'il désigne plutôt une impréparation-frustration dont la réalisation du risque est beaucoup plus classiquement un simple antécédent (B).

A. Postériorité par rapport au préjudice, une condition

1) La thèse

58.- **Le postulat de la caractérisation préalable du préjudice.** Dans ce schéma les trois conditions de la responsabilité sont réunies. On antépose le fait que l'impréparation-anticipation est un préjudice subi avant la réalisation du risque. Mais celle-ci est nécessaire à sa réparation, selon le droit positif, car elle va lui donner sa consistance concrète. La réalisation du risque est donc une condition ad hoc de la réparation⁴⁴ qui se surajoute à celles de la faute, du préjudice et du lien de causalité.

59.- **La réalisation du risque, condition suspensive de la créance de réparation.** Elle peut être analysée comme une condition de la créance de responsabilité, de l'obligation de réparer, qui bourgeonne car ses éléments sont réunis mais demeure en germe et ne sera parfaite, dotée d'une pleine existence, pure et simple, que par la réalisation de cet évènement futur et incertain qu'au jour du jugement le juge constatera ou non. La réparabilité du préjudice est suspendue au déroulement du futur. Puisque le risque est attaché à une opération déterminée, la condition défaille s'il ne se réalise pas et anéantit tout espoir pour le patient non informé d'obtenir réparation de l'impréparation-anticipation. Au contraire, l'accomplissement de la condition est une manière pour le droit de reconnaître la créance de

⁴⁴ L'imputabilité du dommage au produit semble être également une condition supplémentaire, au moins en logique, à l'établissement, au sens des articles 1245 et s. de la défectuosité, du dommage et du lien de causalité entre les deux. Si elle paraît être nécessairement impliquée par ce dernier en cas de défaut intrinsèque, ce n'est pas le cas lorsque le défaut, extrinsèque, consiste en un manquement à l'information. Ainsi l'exemple d'un vaccin dont il faudrait s'assurer qu'il est susceptible de causer des effets secondaires, en plus de démontrer que le défaut d'information à leur sujet les a « causés ». C'est une condition supplémentaire pour les rendre réparables. Néanmoins le parallèle semble s'arrêter là. La réalisation du risque postérieure à l'impréparation-anticipation et l'imputabilité du dommage au produit n'ont pas la même fonction. L'une permet d'avérer la consistance du préjudice, l'autre de réparer un préjudice suffisamment consistant (la maladie dans notre exemple) en le reliant avec rigueur au fait générateur, dont l'acceptation maximaliste peut, sans cela, aboutir à un résultat absurde. Dans les deux cas, il s'agit d'un présupposé de bon sens dont le relevé donne à la réparation sa cohérence. Si cette description n'est pas en termes juridiques, c'est justement parce que l'analogie est limitée. Plus encore, il est d'autres conditions, au sens large, que formule la logique sans être formalisées ; ainsi de l'imputabilité du fait générateur à un responsable, lequel n'est pas forcément l'auteur de ce dernier, ce qui s'observe notamment sur le terrain de la responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité n'a trois conditions qu'en apparence. Elle est au vrai bien plus complexe.

réparation, auparavant latente car trop évanescence. Voilà qui crée une dissociation entre le préjudice, caractérisé dans l'absolu, et sa réparabilité, suspendue à des éléments concrets complémentaires.

2) L'antithèse

60.- **Le renversement du postulat de préjudice ou l'absence de perte *pendente conditione*.** A notre sens néanmoins cette distinction ne tient pas. Il n'y a de préjudice que réparable, non pas au sens de la hiérarchisation des intérêts qui permettrait de sélectionner quelles valeurs sont davantage protégées par le droit de la responsabilité, mais au sens où il doit nécessairement consister en une perte concrète, une différence entre deux états. Or avant la réalisation du risque, le patient aurait pu prendre des mesures d'anticipation, aurait pu penser le futur d'une façon différente, mais ces actes et pensées seraient restés de papier, écrits et lettre morte. Il n'y a donc pas de réelle différence, antérieurement à la réalisation du risque, « *pendente conditione* », entre la situation dans laquelle le patient aurait été informé et celle dans laquelle il ne l'a pas été. La réalisation du risque est l'évènement qui introduit la différence. Dire qu'il y a préjudice avant qu'il y ait perte est un non-sens. Par conséquent le présupposé de départ selon lequel le préjudice est antérieur à la réalisation du risque est miné, sapé et renversé. L'impréparation-anticipation n'est pas un préjudice, elle n'est rien. Il n'y a pas de droit à éclore, éventuel, il n'y a tout simplement pas de droit à réparation du tout. L'approche factuelle de l'impréparation infirme cette approche conceptuelle de la réalisation du risque. En effet, si la créance de responsabilité naît de la réunion des conditions de celle-ci, elle ne peut naître du simple fait générateur sous condition suspensive de la réalisation du préjudice... La condition ne peut avoir pour objet un élément qui fait l'essence du droit qu'elle affecte.

61.- En fin de compte, le juge apprécie l'existence du préjudice au jour du jugement en fonction de toutes les données de fait connues parce qu'antérieures (voire « certaines dans le futur »). Tout fait générateur, comme tout acte quelconque, en modifiant le cours des choses, crée des potentialités de dommage en même temps qu'il sème des opportunités et initie des parcours heureux. Il est évident que le préjudice apparaît en raison de l'intersection de cet acte, imputable à un responsable et sur lequel s'arrête l'attention, avec une configuration particulière des faits composée d'une infinité d'éléments casuels. La réalisation du risque fait partie de ces derniers. Elle est un antécédent parmi d'autres du préjudice et à ce titre, une cause.

B. Antériorité par rapport au préjudice, une cause

62.- Si l'on considère le préjudice comme postérieur à la réalisation du risque, cette dernière en est un antécédent parmi d'autres. Le surplus anormal de frustration que désigne l'impréparation ne se conçoit que lorsque le dommage encouru s'est réalisé pour générer la base de frustration à laquelle il s'additionne. En parlant de causes, deux pistes opposées se dessinent toujours. La pluralité de causes qui se complètent crée une pluralité de responsables éventuels, ou bien une convergence harmonieuse vers un responsable (1). La pluralité de

causes pose toutefois la question de leur articulation et par là de leur concurrence (2). Puis, en général, la causalité interroge toujours le principe de la réparation.

1. La complémentarité causale du risque réalisé et du défaut d'information

Il faut s'assurer du rôle du fait générateur qu'est le défaut d'information avant de s'attarder sur sa relation avec la réalisation du risque.

Le rôle causal du défaut d'information

63.- **Exposé de l'équivalence des conditions.** La théorie de l'équivalence des conditions est une méthode souple d'appréhension de la causalité exposée par M. Von Buri en Allemagne et introduite en France, notamment, par M. Marteau⁴⁵. Elle est la conception dominante en jurisprudence, particulièrement lorsque le fait générateur est, comme en l'espèce, une faute, afin d'évaluer le rôle causal de l'évènement imputable à un responsable. Dans cette perspective, l'établissement de la causalité sert à découvrir un débiteur d'indemnité en démontrant que son action a bien causé le dommage. L'équivalence des conditions consiste à vérifier si le comportement reproché a bien été une condition *sine qua non*, sans laquelle le dommage ne serait pas survenu. Pour ce faire, il faut mobiliser un raisonnement contrefactuel. A ce titre, le scénario réel dans lequel le dommage est survenu est mis en parallèle avec un scénario fictif, imaginaire, dans lequel le comportement dont on veut vérifier qu'il est un fait générateur est éliminé, ou plutôt remplacé par celui qui aurait dû être, *mutatis mutandis*. Si, dans ce monde contrefactuel, le dommage persiste, la faute n'en est pas la condition nécessaire⁴⁶. Par suite, le fautif n'est pas responsable civilement. Si, à l'inverse, sans la faute, le dommage ne se serait pas produit, la faute devient condition *sine qua non* et cette qualification est suffisante pour emporter la responsabilité de son auteur.

64.- **Application de l'équivalence des conditions.** Appliquons le raisonnement à la faute d'information et au préjudice d'impréparation comme le fait implicitement la jurisprudence. « *Le non-respect [...] du devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation* »⁴⁷. La Cour de cassation estime que, sans le défaut d'information, toutes choses égales par ailleurs, la victime aurait été préparée à la réalisation du risque. Donc le manquement au devoir d'information est condition *sine qua non* du préjudice d'impréparation et, par-là, fait générateur de responsabilité. Au surplus, l'omission se voit reconnaître une efficacité causale identique à celle de la commission. Cette position est en France constante⁴⁸, bien qu'elle ait pu être contestée par des auteurs classiques⁴⁹ ou étrangers⁵⁰.

⁴⁵ P. MARTEAU., La notion de causalité en responsabilité civile, th. Aix-En-Provence, 1913

⁴⁶ Ex, Cass. civ.2^e, 7 février 1990, Bull. civ.I, n°21

⁴⁷ Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, n°12-22.123 préc.

⁴⁸ Cass. civ.2^e, 12 juin 1975, JCP 1975, II, 18444, 1^{ère} espèce, note C. LARROUMET

⁴⁹ N. DEJEAN DE LA BÂTIE., note JCP 1969, II, 16027

⁵⁰ A.-M. HONORE., International Encyclopedia of Comparative Law, vol.XI, chap.7, n°24 à 30

65.- **Objection : un postulat péremptoire.** Le présupposé selon lequel la victime aurait été préparée à la réalisation du risque si elle en avait été informée nous paraît toutefois contestable. En effet l'homme informé d'une possibilité de drame à la faible probabilité de réalisation y sera-t-il jamais préparé ? Je suis conscient du risque terroriste, mais ne serai jamais préparé à en être la victime. La réalisation du risque aurait tellement de poids qu'elle pourrait même être considérée comme une cause duplicative⁵¹: le dommage adviendra quoique l'information fût délivrée – si tant est qu'on appréhende l'impréparation morale comme une frustration aggravée, ce qui est le cas. A l'opposé, une indifférence tenace ne sera pas plus levée par l'information. Et la délivrance de l'information peut même générer un stress, accentuer l'anxiété et par là avoir des effets négatifs sur la « préparation » du patient. Il est fait fi de la subjectivité liée à l'impréparation morale, qui réside dans un état d'esprit, lequel n'est jamais qu'incertain. Ce constat illustre l'imperfection du raisonnement contrefactuel, dont la faiblesse réside dans le caractère divinatoire de l'issue alternative que constitue le scénario contrefactuel. Elle est produite par un effort d'imagination peu scientifique, basé sur les probabilités, lesquelles n'ont qu'une apparence d'objectivité. L'affirmation selon laquelle la faute « cause » le préjudice, au-delà de son objectivité excessive⁵², nous paraît donc abusivement péremptoire. Le scénario contrefactuel, en l'absence de faute, est incertain. Reste une contre-objection. Si le défaut d'information n'a pas certainement causé un défaut de préparation, il a plus certainement aggravé le choc psychologique issu de la réalisation du risque. Or la Cour de cassation a pu retenir l'incidence causale d'une faute « non seulement lorsqu'elle a provoqué le dommage, mais encore lorsqu'elle en a aggravé les conséquences⁵³ ». Nous sommes donc dans un entre-deux.

66.- **L'incertitude du scénario contrefactuel et la perte de chance de ne pas subir un préjudice d'impréparation.** L'alternative du tout ou rien n'est pas forcément satisfaisante, au moins intellectuellement, si l'on se borne à appliquer l'équivalence des conditions. En effet, on s'accorde pour que le défaut d'information contribue, *a minima* dans l'abstrait, à accentuer le sentiment d'impréparation issu de la réalisation du risque. Reste qu'on ne peut pas savoir dans quelle mesure il l'a installé dans l'esprit de la victime. La situation contrefactuelle fictive est incertaine. La Cour de cassation tient ici l'accroissement de la frustration pour la norme, mais les juges pourraient relever l'aléa qui l'affecte et ainsi recourir à la perte de chance – si tant est que le critère quantitatif que traduit le coefficient d'incertitude soit suffisant pour justifier le recours à la notion et qu'il ne faille pas, en outre, le justifier sur le plan qualitatif... La perte de chance d'être préparé au risque ? Ou, négativement plutôt que positivement, la perte de chance de ne pas subir un préjudice moral consécutif à la réalisation du risque ? Il s'agirait d'une perte de chance-préjudice, l'aléa portant sur le lien de causalité entre le dommage et ses conséquences. Du point de vue de la causalité, ce serait peut-être la solution la plus juste, mais elle s'aventure dans le labyrinthe de la perte de chance...

⁵¹ F. G'SELL, Recherches sur la notion de causalité, th., n°173

⁵² Infra n°115 s., spéc. 119

⁵³ Cass., civ.1^{re}, 29 janvier 1985, Bull. civ.I, n°40

67.- Quoi qu'il en soit, le manquement décontextualisé au devoir d'information ne cause pas à lui seul de préjudice d'impréparation. Cette dernière se rapporte à la réalisation du risque, qui complète le fait générateur, qui est aussi une condition *sine qua non*, en ce sens où, ôtée du raisonnement contrefactuel, le préjudice d'aggravation de la frustration ne se produit pas.

Le rôle causal de la réalisation du risque

68.- **Un préjudice issu d'un double dommage.** Soient le dommage l'atteinte et le préjudice ses conséquences. Soit le manquement au devoir d'information la cause d'un premier dommage, l'atteinte au droit à l'information. Soit la réalisation du risque la cause d'un second dommage, l'atteinte à l'intégrité corporelle. Soient les deux dommages les causes d'un unique préjudice de nature extrapatrimoniale : le préjudice d'impréparation.

69.- On peut identifier trois liens de causalité directs. Deux relient chaque fait générateur à chaque dommage – ce que les allemands appellent la causalité qui fonde la responsabilité – et un autre les deux dommages au préjudice – la causalité qui détermine l'étendue de la responsabilité. Lorsqu'elle n'est pas imputable, la réalisation du risque est hors champ, elle est un paramètre fortuit ; on raisonne dans cette hypothèse. Par conséquent, on ne peut pas croiser les deux premiers liens de causalité en ce sens où le défaut d'information ne cause pas l'atteinte à l'intégrité corporelle. Pourtant, le préjudice d'impréparation est la résultante de ces deux dommages. Sans l'un ou sans l'autre il n'existe pas. La réalisation de ces deux dommages est la double condition que pose la jurisprudence à la réparation. Voilà un préjudice singulier en ce qu'il ne peut résulter que de la conjugaison de deux dommages. A l'image d'un *nervous chock*, préjudice moral par ricochet qui résulte cumulativement, premièrement, du dommage corporel subi par le proche et, deuxièmement du dommage psychique subi par la victime. Toutefois, dans ce dernier cas, ou bien les deux dommages qui fondent le préjudice ont la même cause (le fait générateur est unique), ou bien ils se causent entre eux. En matière d'impréparation, en revanche, le défaut d'information ne cause que le premier dommage, l'atteinte au droit identifié, et non le second, l'atteinte au corps. Et l'atteinte au corps, dommage, ne cause pas l'autre dommage, l'atteinte au droit, pas plus que, dans notre modèle de raisonnement (l'aléa thérapeutique), l'atteinte au droit ne cause l'atteinte au corps.

70.- La proximité causale entre le dommage et le préjudice est donc tempérée par la médiation d'un second dommage, ce qui partage cette causalité « primaire » et qui atténue d'autant la causalité « secondaire » entre l'unique fait générateur, le défaut d'information, et le préjudice. Cet élément n'est pas un frein à la réparation car l'équivalence des conditions fait toujours du défaut d'information une condition *sine qua non* de l'aggravation de la frustration. On ne peut en effet affirmer que le défaut d'information n'est pas pour partie à l'origine du sentiment d'impréparation. Il y a dans la lésion du droit à l'information un dommage concurrent à son homologue corporel qui est aussi indispensable que ce dernier pour caractériser le préjudice unique. La faute serait un fait générateur imparfait, impuissant à causer seul le préjudice envisagé. Il a besoin d'un complément apporté par une configuration

particulière des faits, la réalisation du risque. Celle-ci est une cause mais pas un fait générateur de responsabilité car elle n'est, en cette hypothèse, imputable à personne, elle ne désigne d'autre responsable que les aléas de la nature. Cela n'a rien d'une objection à la réparation. Aucun fait générateur n'est parfait⁵⁴. Tout évènement repose sur une infinité de causes. Certaines peuvent s'analyser en dommages, mais lorsque ceux-ci ne se rattachent à aucun responsable identifié, ils n'ont pas de dimension juridique, ils sont de purs éléments de faits vis-à-vis desquels le droit de la réparation reste indifférent si tant est que la causalité entre le fait générateur imparfait et le préjudice qui découle du dommage causé (l'atteinte au droit) soit jugée suffisante.

71.- La réalisation du risque, élément de contexte du scénario contrefactuel. Parmi les antécédents du dommage dont la survenue dépend plus ou moins, de très nombreux, bien qu'absolument déterminants, ne sont imputables à aucun responsable. Le pot de fleurs malvenu qui tombe sur la tête du passant ne l'assommera que parce que ce dernier passait à cet endroit-là à ce moment-là. Le fait qu'il passait par là a joué un rôle causal au moins aussi important que la chute de la chose. Cependant le fait de la chose, parce qu'il est imputable au gardien, éclipsera totalement ce premier fait fortuit, lequel correspond à une configuration des faits nécessaire à la réalisation du dommage. De la même manière, le fait que le risque objet de l'information se réalise est nécessaire à la réalisation d'une impréparation-frustration qui, sans lui, demeure à l'état de potentialité de dommage. Sans le passage du piéton, sans la réalisation du risque, la chute de la chose comme le défaut d'information ne sont que des faits générateurs sans dommage, ils ne génèrent rien du tout, ils ne portent en eux que le germe (le pot surtout) d'une potentialité de dommage. Seule la conjoncture entre eux et le fait permet à la responsabilité d'éclorre. La réalisation du risque est avant tout une condition nécessaire de pur fait.

2. La concurrence causale entre le risque réalisé et le défaut d'information

72.- La problématique de l'imputabilité de la réalisation du risque. La réalisation du risque est source d'un dommage corporel. En premier lieu, il est des cas dans lesquels celui-ci est réparable, totalement ou « partiellement » par le biais de la perte de chance. Parfois en effet la faute d'information est reliée avec la réalisation du risque parce qu'en son absence le patient aurait eu une chance d'y échapper en refusant l'opération. Parfois encore la réalisation du risque est imputable à une personne en raison d'une faute médicale ou du fait d'une chose, ce qui permet l'indemnisation de l'entier dommage corporel en plus du préjudice d'impréparation. Si le responsable de la réalisation du risque est une personne différente de celui du défaut d'information, il semble que la responsabilité concernant l'impréparation devrait être partagée entre eux car le préjudice a été causé tant par le défaut d'information que par la faute à l'origine réalisation du risque. Cette dernière faute est autant fait générateur de responsabilité que le défaut d'information puisque la réalisation du risque est une cause

⁵⁴ Pour l'illustrer, l'image de Limpens est séduisante : « un évènement ne peut être créé sur le plan juridique que par un certain nombre de causes représentant un volume causal déterminé par leur pouvoir causal » « si une cause possède un volume tel qu'elle occupe à elle seule tout l'espace qui lui est destiné, elle aura pour effet d'exclure toute autre cause » « si une cause n'a qu'un volume réduit, il peut y avoir place pour une seconde cause, voire pour une troisième et ainsi de suite ». J.LIMPENS *La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé*, Mel. Savatier, p.581.

complémentaire. Celui qui a manqué à son obligation d'information pourrait donc invoquer le fait d'un tiers pour une exonération partielle ou même l'absence de causalité suffisante... En second lieu, il est des cas dans lesquels le dommage corporel n'est pas réparable, car il correspond à la conséquence d'un aléa thérapeutique et que le patient aurait accepté l'opération dans tous les cas. Alors la réalisation du risque n'est pas imputable, elle est une cause « extra juridique ». A ce titre, elle ne remet pas en cause la responsabilité du fautif car l'application de la théorie de l'équivalence des conditions ne s'attache pas au caractère « prépondérant » ou « essentiel » de la participation d'une cause au préjudice, sauf à ce que la réalisation du risque soit analysée à l'aune de la force majeure...

Lorsque la réalisation du risque est imputable à un tiers responsable

73.- **L'exclusion du défaut d'information par la causalité adéquate ?** Au stade de l'obligation, on peut se demander si l'application d'une méthode de sélection des causes parmi toutes les conditions *sine quibus non* imputables à un responsable ne permettrait pas d'appuyer sur une éventuelle primauté de la réalisation du risque. Il y a d'abord celle de la *causa proxima* qui s'attache à retenir comme fait générateur la cause la plus proche dans le temps du préjudice envisagé. C'est alors la réalisation du risque qui se démarque. Il y a ensuite la méthode inverse, qui insiste sur la cause « à la source », la plus éloignée dans le temps parmi les conditions *sine quibus non*. C'est ici le défaut d'information qui fait mouche. Néanmoins les inconvénients de chacun de ces *modus operandi* ont été depuis longtemps démontrés. Leur principal écueil est qu'ils ne tiennent pas compte du rôle concret qu'a pu jouer chaque cause et se basent sur un postulat très péremptoire. La méthode de la causalité adéquate, elle, s'entend de la sélection de la cause - ou des causes - qui augmente le plus sensiblement les probabilités de dommage, celle dont on peut objectivement prévoir qu'elle causera un tel dommage. Le recours à un tel standard, faussement scientifique, a lui aussi ses scories, mais il permet toutefois, mieux que les autres, de faire avancer l'analyse. En effet, qui du défaut d'information ou de la réalisation « cause le plus » le désarroi de la victime ? Les deux causes sont-elles vraiment complémentaires et équivalentes ? La détresse issue de la surprise ne se conçoit qu'en contemplation de la réalisation risque. Celle-ci, à elle seule, indépendamment du défaut d'information, va indubitablement causer à la victime un sentiment de stupeur et d'injustice. En revanche, le défaut d'information, s'il contribuera certainement à l'accentuer, ne semble pas en être la cause déterminante. Peut-être le défaut d'information contribue-t-il à l'impréparation de la victime, mais il n'est pas sûr du tout qu'il l'ait créée. La réalisation du risque paraîtrait ici être une cause plus déterminante que le manquement au devoir d'information. C'est toutefois nier la distinction fondamentale faite plus haut entre la frustration et son aggravation. De plus, à une époque où l'indemnisation est la valeur cardinale, il est peu probable que la causalité adéquate soit mobilisée pour exonérer un responsable fautif⁵⁵. En témoigne cette formule de la juridiction suprême : « *le fait qu'un*

⁵⁵ Contra : les jurisprudences « à propos des dommages imputables à plusieurs fautes de gravité très inégale, [qui affirment] que la faute la plus légère est absorbée par la faute la plus grave, celle-ci étant reconnue comme seule cause du dommage ». G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, préc. n°357. C'est l'exemple du voleur de voiture qui cause un dommage, le larcin ayant été facilité par la négligence du propriétaire. Par analogie, lorsque la réalisation du risque est imputable, la responsabilité du médecin débiteur de l'information non délivrée pourrait être occultée.

dommage procède d'une pluralité de causes et non seulement de l'inexécution reprochée au défendeur, ne justifie pas à lui seul l'absence de lien de cause à effet entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice subi et, partant, l'exclusion de toute indemnité »⁵⁶.

74.- Au stade de la contribution à la dette, le partage se réglerait selon la gravité des fautes et il est possible que le responsable de la réalisation du risque le supporte davantage.

Lorsque la réalisation du risque n'est pas imputable

75.- **La réalisation du risque, cause exclusive ?** En principe, une cause étrangère n'a d'effet exonératoire sur la personne à qui le fait générateur condition *sine qua non* est imputé que si elle présente les caractères restrictifs de la force majeure. Une jurisprudence parcellaire a néanmoins pu développer l'idée alternative à la force majeure de cause « exclusive », véhiculée par des arrêts isolés⁵⁷. « De telles décisions paraissent consacrer l'existence d'un type de « cause étrangère » distinct du « cas de force majeure » classique et qui ne serait pas, comme celui-ci, soumis aux conditions d'irrésistibilité et d'imprévisibilité »⁵⁸. Attention néanmoins, de telles solutions sont sujettes à la circonspection. D'une part elles sont démenties par de nombreuses décisions ouvertement contraires. D'autre part « l'exclusivité » de la cause nie l'infinité d'antécédents qui caractérisent tout dommage. Enfin, cela aboutit à un résultat contraire à la logique de la réparation. Reste à se demander si la réalisation du risque ne pourrait pas être constitutive d'un cas de force majeure.

76.- **La réalisation du risque, cas de force majeure ?** Classiquement, un cas de force majeure rompt la causalité entre le fait générateur et le dommage, en matière contractuelle comme délictuelle, dès lors qu'il résulte d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur. Or puisque le risque faisait l'objet d'une information obligatoire, il était connu et même parfois « normalement prévisible » au sens du Code de la santé publique, de sorte que la condition de prévisibilité soit exclue. Toutefois, le triptyque des conditions de la force majeure a pu être contesté par la doctrine et malmené par la jurisprudence. La condition de prévisibilité, qui fait ici difficulté, ne serait, selon certains auteurs, requise que lorsque l'anticipation de l'évènement aurait permis de l'éviter. La force majeure serait ainsi caractérisée par une condition prépondérante : l'inévitabilité⁵⁹. Quand l'évènement est insurmontable et inévitable, l'imprévisibilité ne permettrait pas de lever l'irrésistibilité, en amont, et ne serait donc pas une condition nécessaire⁶⁰ ; l'imprévisibilité ne serait autre qu'une variante d'insurmontabilité qui ne s'étudierait pas au moment de l'évènement mais à un stade chronologique antérieur. Or, dans ce modèle de raisonnement, l'aléa thérapeutique serait un cas de force majeure, puisque sa réalisation, fruit du hasard, ne peut être évitée. Un

⁵⁶ Cass. com., 16 novembre 2004, n°02-10.337 n.p.B

⁵⁷ Cass. civ. 27 octobre 1975, D. 1976, IR, p.27 ; Civ.3^e, 8 novembre 2005, JCP 2006, IV, 3588 ; Com. 18 septembre 2012 n°11-21.898

⁵⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, préc. n°394

⁵⁹ P.-H. ANTONMATTEL, « Ouragan sur la force majeure », JCP 1996, I, 3907 ; P.JOURDAIN, RTD civ. 1994, p. 871.

⁶⁰ En ce sens, des arrêts isolés, comme Cass. civ.2^e, 13 octobre 1971, D. 1972, p.75 ; Cass., com. 1^{er} octobre 1997, Bull. civ.IV, n°240 : « L'irrésistibilité de l'évènement est, à elle seule, constitutive d'un cas de force majeure lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de l'évènement ».

tel argumentaire pourrait être déployé par ceux qui considèreraient que le rôle causal du défaut d'information est si mince que le préjudice d'impréparation est injustement assumé par le médecin, sur lequel serait déportée la charge de l'aléa thérapeutique, alors que le principe reste que le coup du sort est supporté par celui qui le subit.

77.- Etant donné que la souffrance appréhendée par le préjudice d'impréparation n'est pas d'évidence, l'importance de la réalisation du risque tend à occulter le défaut d'information, pourtant fait générateur premier. Ces arguments peuvent constituer autant de moyens de défense du médecin qui aurait omis d'informer son patient sur le risque. Jouer sur la causalité est souvent une bonne carte pour tenter d'endiguer la réparation.

78.- Conclusion intermédiaire. Le vrai préjudice d'impréparation est fracturé d'un schisme entre l'impréparation-anticipation et l'impréparation-frustration. La première est un vernis jurisprudentiel qui opacifie la seconde alors pourtant que seule cette dernière présente une consistance. Le concept identifié, il faut désormais le délimiter.

Section II : La délimitation de l'impréparation

79.- Le lien qu'entretient le préjudice d'impréparation avec son fait générateur, le défaut d'information, est marqué par l'exclusivité et l'automatisme. Le degré de spécificité du fait générateur conditionne l'ampleur du préjudice, dont il est en sus un élément constitutif, et interroge sur ses perspectives d'extension en dehors de la responsabilité médicale (§1). Que le préjudice soit désormais autonome et présumé par le défaut d'information lui confère une forme de permanence, de systématisme, dès lors que le fait générateur est caractérisé (§2). L'étendue de l'impréparation est mesure de ces considérations, potentiellement propres à lui prêter un très vaste domaine.

§1 La variabilité du fait générateur

80.- Le préjudice d'impréparation est un chef de préjudice original en ce qu'il ne découle que d'un fait générateur ayant une nature et un objet précis dans un domaine particulier. Puisqu'il s'agit d'une notion exclusivement jurisprudentielle, on procède par induction en partant du fait, du contexte dans lequel il est réparé, à partir d'un défaut d'information sur un risque médical. Dans un effort de conceptualisation, on tente ensuite, méticuleusement, de l'étirer pour voir jusqu'où sa cohérence peut n'être pas mise en doute. Un défaut d'information sur un risque quelconque ? Un défaut d'information quelconque ? Un fait générateur quelconque ? C'est s'interroger sur le degré indépassable de spécificité de l'élément déclencheur de l'impréparation. Là où des extensions limitées sont concevables quant à l'objet de l'information qui fait défaut (A), elles semblent incompatibles avec le

concept, quant à la nature de défaut d'information du fait générateur (B). On étire l'accordéon.

A. Le risque, objet de l'information non délivrée

81.- Sous un angle positif, le droit borne doublement le fait générateur de l'impréparation en ce que l'objet du devoir d'information est d'abord un risque, qui se réalise ensuite dans un certain domaine, celui de la médecine (1). Sous un angle prospectif, le cantonnement au risque spécifiquement médical semble pourtant pouvoir être dépassé, non sans limite (2). On aborde et discute successivement ces deux degrés de spécificité du fait générateur.

1. Droit positif, la protection de l'intérêt corporel du patient

82.- **Double fondement : protection du consentement et de l'intégrité physique.** Le lien entre l'information et le consentement n'est plus à faire. L'acquiescement, au monde des aveugles, est invisible et sa mise au jour le relègue dans l'imperceptible. L'information du patient, « usager du système de santé », éclaire son assentiment à des actes graves, des atteintes à son intégrité physique comme morale, des opérations délicates recélant des risques parfois importants. Elle est, plus qu'ailleurs encore, primordiale, dans un domaine hautement technique où ne ressortent bien souvent du colloque singulier qu'une succession d'interventions inaudibles. L'intégrité du consentement est d'autant plus cardinale que l'intégrité physique de la personne est en jeu, d'où les visas réguliers des articles 16 et 16-3 du Code civil.

83.- **Source consolidée.** C'est pourquoi l'arrêt Teyssier rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation le 28 janvier 1942⁶¹ avait dégagé le devoir pour le médecin d'informer sur les risques médicaux de l'opération. Celui-ci est devenu plus favorable au patient lorsque la juridiction suprême a renversé la charge de la preuve de son inexécution au détriment du praticien⁶². Depuis la loi du 4 mars 2002, cette indépassable information ouvre le Code de la santé publique, arrimée aux articles L.1111-1 à L.1111-9. Un dispositif détaillé égraine le contenu et le régime de l'information. L'article L.1111-2 est, depuis 2019, au visa des arrêts qui reconnaissent le préjudice d'impréparation. Cette source législative est encore consolidée par le fondement constitutionnel sur lequel elle prend appui : le principe de sauvegarde de la dignité humaine⁶³.

84.- **Objet.** Le contenu de l'information n'a cessé de croître. Les évolutions jurisprudentielles ont été consacrées dans la loi. D'abord, le renseignement portait sur les risques « normalement prévisibles », ce qui excluait les risques exceptionnels en ne visant que

⁶¹ Cass. ch. req., 28 janv. 1942, « Teyssier » : DC 1942, p. 63 ; Gaz. Pal. 1942, 1, p. 177 ; Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, 2010, n^{os} 4-6, p. 27

⁶² Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, Gaz. Pal. 1997, p.274, rapp. P. SARGOS, JCP G 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, RTD civ. 1997, p.434, obs. P. JOUDAIN, D. 1997, somm., p.319, obs. J. PENNEAU

⁶³ Cass. civ.1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. 2001, I, n^o 249, n^o 00-14.564

ceux qui avait une probabilité de réalisation statistique importante⁶⁴. Puis il s'est étendu aux « risques graves ». Il couvre donc les conséquences mortelles et invalidantes comme désagréments de la chirurgie esthétique⁶⁵. Et le débiteur de l'information n'en est dispensé qu'en cas d'impossibilité ou de refus du patient⁶⁶. Et parfois même le médecin doit-il refuser de procéder à une opération demandée, lorsqu'elle fait courir au patient consentant des risques injustifiés⁶⁷ - mais ici la question de l'impréparation est exclue puisqu'elle découle du défaut d'information et non du défaut d'abstention. L'article L.1111-2 du Code de la santé publique reprend cet acquis. Une incertitude demeure sur les risques exceptionnels, au vu d'une jurisprudence incertaine⁶⁸. La loi vise les risques « fréquents ou graves ». Les deux critères sont donc alternatifs. Le risque minime mais fréquent, s'il est tu, peut conduire à la violation du devoir. Le risque rare mais grave aussi, semble-t-il, dans la limite du raisonnable, sans quoi la charge de l'information serait un fardeau aussi insupportable qu'absurde.

85.- **Nature « légale »**. Traditionnellement, le devoir d'information était un effet du contrat conclu entre le praticien et son patient, d'où le visa de l'ancien article 1147 du Code civil⁶⁹. Puis s'est opéré un glissement de la responsabilité médicale toute entière sur le terrain « légal » par la loi Kouchner du 4 mars 2002⁷⁰ et les arrêts ont visé, même pour des faits antérieurs, l'ancien article 1382. Tel fut le cas de ceux portant sur l'impréparation, de 2007 à 2018, avant que la loi spéciale soit elle-même visée. Il semble que la position d'origine se soit expliquée par l'enjeu de la prescription ainsi que par la volonté d'écarter la responsabilité objective du fait des choses grâce à la règle du non cumul⁷¹. Le changement peut être approuvé pour le domaine médical en général en soulignant que le contrat n'était pas habile à organiser la réparation des atteintes à l'intégrité physique des personnes et certainement pas à la restreindre ; lui faire embrasser cette relation de fait avait quelque chose d'artificiel et d'inapproprié, et le volte-face de la responsabilité médicale démontre l'inanité de la règle du non-cumul, précisément car la proximité entre les parties crée ou augmente le risque de dommages réparables issus, non nécessairement d'obligations préexistantes, mais de faits illicites – le dommage corporel est périphérique, il est causé à l'occasion de l'exécution sans être une suite de l'inexécution mais a historiquement basculé dans la sphère contractuelle pour augmenter la flexibilité de la caractérisation du fait générateur afin de mieux correspondre à la répartition implicite des risques entre les parties. Par effet d'attraction, l'obligation d'information du médecin a également perdu sa nature contractuelle. Pourtant, dans ce cas précis, il s'agit bien de l'exécution d'une prestation au bénéfice d'un créancier déterminé. Cette singularité technique interroge la réparation de l'impréparation par ricochet.

⁶⁴ Cass. civ.1^{re}, 21 février 1961, Bull. civ. I, n°112

⁶⁵ Civ.1^{ère} 17 février 1998, Bull. civ. I, n°67, domaine où les tribunaux se montrent particulièrement exigeants avec le médecin du fait que l'utilité de l'opération est moins évidente.

⁶⁶ Cass. civ.1^{re}, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n°187

⁶⁷ Cass. civ.1^{re}, 30 janvier 1996, Resp. civ. et assur., 1996, comm. n°141.

⁶⁸ Civ.1^{ère} 7 octobre 1998, peut être contredite par Civ.1^{ère} 18 décembre 2002, retenant que les complications étaient « totalement imprévisibles », comme par le texte lui-même, mais l'imprévisible n'est pas exactement l'exceptionnel...

⁶⁹ Cass. civ., 20 mai 1936, « Mercier », DP 1936, I, p.88, concl. MATTER, rapp. JOSSERAND, note E. P., S. 1937, I, p. 321, note BRETON

⁷⁰ F. DREIFUSS-NETTER, « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », RCA 2002, p.4 et s.

Not. P. MALAURIE et a., Les obligations, Defrénois, 4^e éd., 2009, n°323

⁷¹ RDC 2010, p. 1235, obs. J.-S. BORGHETTI préc

86.- Préjudice d'impréparation par ricochet ? Le préjudice par ricochet est subi par une personne distincte de celle qui subit le dommage. Il y a dissociation entre la victime par ricochet et la victime directe, sans que cet élément ne soit un obstacle dirimant du point de vue de la causalité. Appliqué à notre étude, l'atteinte au droit à l'information serait subie, en tant que dommage, par son créancier, le patient sur le lit (de Procuste), mais l'impréparation-frustration est (aussi) ressentie par l'un de ses proches ; le parent et l'enfant puis, dans une moindre mesure, les conjoints. Le droit français n'a aucun complexe à indemniser la souffrance morale par ricochet⁷². Néanmoins le dommage est ici particulier puisqu'il réside dans l'inexécution d'une obligation envers un créancier déterminé qu'on pourrait dire relative, en dépit de sa nature désormais « légale », de telle sorte qu'elle ne pourrait profiter aux tiers que sont les victimes par ricochet. Toutefois le droit positif comme le droit prospectif infirment une telle analyse. Quand bien même on rattacherait l'obligation d'information au contrat, bien qu'elle le précède, les jurisprudences « Myr'ho » et « Boisrouge »⁷³ permettent au tiers de se prévaloir du « manquement contractuel » comme unique source de responsabilité délictuelle, et l'article 1234 al.2 du projet de réforme de 2017 les autorise à agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle s'ils ont un « intérêt légitime à l'exécution du contrat » - condition qui sera d'autant plus remplie que le préjudice est lui-même défini comme « l'atteinte à un intérêt légitime » par l'article 1235. Par ailleurs, le résultat concret ne nous paraît pas choquant. Autant le serait-il sur un plan économique, lorsque le tiers peut obtenir par équivalent l'avantage attendu du contrat par le créancier qui lui a seul a fourni une contrepartie. Mais pourquoi s'opposerait-on à ce que la mère représentant son enfant opéré qui n'a pas été informé sur le risque de l'intervention qui se réalise ensuite reçoive réparation du violent sentiment de choc qui la saisirait ? Ce que les juges du fond ont pu admettre⁷⁴.

87.- Bilan : spécialité dans la spécificité. Ces développements mettent en exergue le rattachement de l'obligation d'information médicale avec la protection de l'intégrité physique et, en prolongement, de la dignité de la personne humaine. Cet élément place le devoir médical d'information un peu à part. On peut alors se demander si un défaut d'information sur un risque en d'autres matières aurait suffisamment de relief pour être fait générateur d'un préjudice d'impréparation.

2. Droit prospectif, la protection de l'intérêt corporel de chacun

88.- Pluralité d'obligations d'information sur des risques. Les médecins ne sont pas les seuls débiteurs d'informations dont l'objet est un risque. Chaque prestation de service a son obligation de renseignement (*a minima*) sur un risque pour accessoire. Le notaire doit informer les parties à l'acte qu'il instrumente sur les risques qui découlent des irrégularités éventuelles⁷⁵, ainsi que de l'opération elle-même, que ces risques soient strictement juridiques

⁷² Même quand celle-ci ne présente pas de « caractère exceptionnel. Cass, civ.2^{ème}, 23 mai 1977, Bull. civ. II, n°139 ; Cass. civ.1^{ère}, 23 novembre 1989, Bull. civ.I, n°369

⁷³ Cass. ass.plén., 6 octobre 2006 « Bootshop » n°05 13.255, Bull. civ. ass.plén n°9 confirmé par Cass. ass.plén, 13 janvier 2020 « Sucreries de Boisrouge » n°17-19.963

⁷⁴ Cour d'appel, Paris, Pôle 2, chambre 2, 18 Juin 2020 – n° 18/20787, à hauteur de 8 000 euros, pour les parents non informés sur le risque qu'encourait leur enfant mineur opéré.

⁷⁵ Cass. civ.3^{ème}, 17 janvier 1978, Bull. civ. III, n°39

ou bien purement économiques⁷⁶. L'architecte doit informer le maître de l'ouvrage des risques du projet de construction⁷⁷ tout comme doit le faire l'entrepreneur s'il en décèle dans les ordres qu'il reçoit⁷⁸. Le banquier doit informer le client non averti des risques financiers des services d'investissements⁷⁹ mais aussi, en dehors de la spéculation, sur les risques de l'endettement⁸⁰. Et cætera. De même, l'obligation d'information accompagne le transfert de droit réel sur une chose, ou même de droit personnel de jouissance. Ainsi le fabricant⁸¹, puis le vendeur⁸² doivent-ils mettre en garde l'acheteur des dangers de la chose vendue, l'informer, donc, sur le risque d'accident. L'article 1245-3 du Code civil permet d'apprécier la défectuosité « extrinsèque » d'un produit à l'aune de la délivrance d'informations suffisantes lorsqu'il évoque à l'alinéa 2 la « présentation du produit ». Les obligations d'information se multiplient avec la prise en compte croissante par le droit des rapports inégaux entre les parties le plus souvent traduits par les qualités de professionnel et de consommateur et la volonté d'éclairer le consentement du plus faible, du moins alerté. Puisque le risque, c'est-à-dire la probabilité d'un événement défavorable, est inhérent à toute activité, les obligations d'information sur les risques se multiplient elles-mêmes. Et voilà que le teinturier commet une faute à taire les risques du nettoyage pour le vêtement⁸³... Hétérogénéité.

89.- Pourrait-on considérer que toute personne à qui l'on aurait caché le risque dont on lui devait la révélation pourrait se prévaloir d'un préjudice moral d'impréparation consécutif à sa réalisation ? Tous les faits générateurs de cette litanie se valent-ils ?

90.- **Pluralité des risques.** Le risque, c'est la possibilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal, un dommage. Et des dommages il y en a de toutes sortes. Il y en a des légitimes et d'autres qui ne le sont pas. Et parmi ce qui le sont, il y en a qui touchent le corps, d'autres la bourse et d'autres l'esprit. Il y a donc des risques corporels, des risques matériels et des risques moraux, de même qu'il y a des dommages corporels, des dommages matériels et des dommages moraux. Certains font plus mal que d'autres, sans que la plaie soit toujours plus grave que la peine ou la faillite moins que la fêlure. Si l'on se gardait toutefois d'affiner et se contentait de suivre le *plerumque fit*, force serait de constater que l'intérêt corporel a quelque chose de plus important que l'intérêt matériel de même que, par rapport à eux, l'intérêt moral a quelque chose de moins net.

91.- **Hierarchie des risques.** Peut-être n'est-ce pas tant le caractère médical du risque qui importe mais le fait qu'il porte sur un dommage corporel ou non. Ce sont des atteintes au corps dont les hommes tremblent, dont ils sont stupéfiés quand elles surviennent, qui

⁷⁶ Cass. civ.1^{re}, 26 mars 1996, Bull. civ. I, n°154 ; Cass. Civ.1^{re}, 19 mai 1992, Bull. Civ. I, n°147; par exemple l'; par exemple en cas de prêt notarié, sur l'insolvabilité de l'emprunteur : Cass civ.1^{re}, 4 février 1999, Bull. civ. I, n°41 ; l'insuffisance des sûretés au bénéfice du prêteur : Cass. civ.3^e, 24 avril 1985, Bull. civ. III, n°69

⁷⁷ Cass, civ.3^e, 15 octobre 1970, Bull. civ. III, n°516

⁷⁸ Cass, civ.3^e 27 janvier 2010, n°08-18026, pour un risque juridique de non-conformité au plan d'occupation des sols ; Cass civ. 1^{re}, 20 juin 1995, Bull. civ. I, n°276, pour un risque de dégâts matériels du au ruissellement des eaux....

⁷⁹ Cass. com. 5 novembre 1991, Bull. civ. IV, n°327

⁸⁰ Cass. civ.1^{re}, 12 juillet 2005, 4 arrêts, Bull. civ. IV, n°324 à 327 ; Cass. ch.mixte, 29 juin 2007, n°05-21104

⁸¹ D. NGUYEN-THANH et J. REVEL, "La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue" JCP 1975, I, 2679

⁸² Cass, civ.1^{re}, 11 décembre 1990, Bull. Civ. I, n°289

⁸³ Cass civ.1^{re}, 7 mars 1978, Bull civ. I, n°94

marquent pour eux la plus grande déconvenue et auquel ils sont le moins préparés. L'intérêt corporel est davantage protégé, en témoigne son régime qui exclut les limitations contractuelles de responsabilité, qui favorise son indemnisation dans le régime des accidents de la circulation, qui l'isole dans les projets de réforme⁸⁴, et aussi le regard comparatiste⁸⁵... Le risque corporel serait celui auquel on serait le moins préparé. Le défaut d'information portant sur lui serait le fait générateur le plus susceptible de générer un préjudice d'impréparation. Une hiérarchie des intérêts protégés⁸⁶ permettrait ainsi une hiérarchie des risques et par là une canalisation du potentiel d'extension de l'impréparation. L'objection consiste à rétorquer que la protection de l'intérêt corporel ne crée cependant pas une identité avec la matière médicale. En effet, lors d'une opération, le patient s'abandonne aux soins du praticien. Son pouvoir d'action est nul. Il est aux mains d'un autre. Cette nuance-là plaide pour la restriction, la conception la plus repliée du fait générateur de l'impréparation, qui n'est toutefois pas impliquée par le visa, plus général, de l'article 16 du Code civil.

92.- L'exemple accueilli des produits « extrinsèquement » défectueux causant un dommage corporel. Cet argumentaire-là n'est pas incompatible avec l'extension de la réparation du préjudice d'impréparation hors le milieu médical. L'acquéreur blessé par le produit qui ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre parce qu'il n'a pas été suffisamment alerté sur le danger et mis en mesure de s'en prémunir pourrait réclamer l'indemnisation de son impréparation au dommage corporel. Droit vivant de la responsabilité, celle des produits défectueux pourrait constituer un terrain d'élection pour une extension, dès lors que le dommage corporel est imputable au défaut spécifique qui se rattache à la présentation du produit. Pourquoi la victime du « Lasso » que le producteur n'a pas informée sur la nécessité de porter une protection respiratoire ne pourrait-il pas se dire impréparé⁸⁷ ?

93.- L'exemple rejeté de la mise en garde de la caution. A l'opposé, l'abstraction du raisonnement selon lequel l'intérêt corporel prime sur les autres peut être contestée. Concrètement, l'affliction éprouvée face à la réalisation inattendue d'un risque financier peut être bien supérieure à celle d'un risque corporel. L'impréparation au risque de faillite trouverait de nombreuses applications en droit du crédit, notamment en matière de mise en garde de la caution dont on peut également penser que le pouvoir d'action face au risque est nul, qu'elle est en position passive et se trouve par-là très dépendante de sa décision initiale, celle de contracter. L'impréparation serait ici d'autant plus utile qu'elle complète désormais la

⁸⁴ La proposition de loi du 28 juillet 2020 portant réforme du droit de la responsabilité civile prévoit le principe d'un traitement de faveur pour les victimes d'un dommage corporel. J.-B PREVOST « Tout un symbole. A propos de la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile », Gaz. Pal. 22 septembre 2020 p.44

Et J. KNETSCH, « Le traitement préférentiel du dommage corporel », in Avant projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, JCP 2016, supp.30-35, p.9.

⁸⁵ Ainsi en droit allemand comme le souligne O. BERG, La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand, préf. G. Viney, Bruylant, LGDJ, 2006, n°20, 21

⁸⁶ En ce sens, J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité extra-contractuelle », Mél. Viney, LGDJ 2008, p.145

⁸⁷ Référence à Cass. Ire civ., 21 oct. 2020, n° 19-18.689, FS-P+B+R+I, « Sté Monsanto »

perte de chance⁸⁸. Cependant cette perspective d'extension-là nous semble doublement critiquable. Premièrement, ce serait trop s'éloigner de l'inspiration du fondement jurisprudentiel existant. Deuxièmement, l'impréparation au risque économique semble être une conséquence assez éloignée de la faillite. C'est plus, nous semble-t-il, à l'ébranlement de sa situation qu'à la perte patrimoniale elle-même qu'est lié le sentiment moral d'impréparation. C'est pourquoi nous nous inscrivons en opposition à la proposition retenue par M. Houtcief qui voudrait substituer, en sanction du défaut de mise en garde de la caution, l'impréparation à la perte de chance de ne pas contracter⁸⁹. A notre sens, ce serait remplacer un pis-aller par un autre.

94.- **Degrés d'information et domaine de l'impréparation.** On pourra jouer sur la gravité du risque, on peut aussi jouer sur la gravité du manquement. La nature médicale du risque, en tant qu'atteinte à l'intégrité corporelle, justifie sans doute une distinction avec le risque économique. Mais si le fait générateur est un manquement à un devoir de mise en garde ou de conseil, plutôt qu'à un simple devoir de renseigner ? Ici en effet le consentement est davantage encore protégé car la volonté du destinataire est jugé plus embrumée. C'est pour cela que la mise en garde « comporte une immixtion plus pénétrante dans les affaires d'autrui »⁹⁰ et le conseil « une orientation positive de l'activité du partenaire »⁹¹. Lorsque de telles obligations sont bafouées, le consentement de la personne est d'autant moins éclairé et, par suite, elle sera d'autant moins préparée à la réalisation du risque dont elle était loin de s'imaginer la probabilité. Puisque la spécificité du fait générateur est elle-même une condition spécifique du préjudice, sa gravité entraîne celle du préjudice. Ce n'est pas simplement attribuer des conséquences plus importantes à une faute plus grave, conclusion à laquelle la dimension essentiellement réparatrice de la responsabilité s'oppose en principe. Peut-être l'intensité du devoir d'information⁹² justifierait-elle une extension du domaine de l'impréparation au-delà de la matière médicale. Une telle proposition nous semble néanmoins d'un raffinement excessif, et trop dépendant des incertitudes jurisprudentielles de qualification.

B. L'information, objet de l'obligation violée

95.- Deux sous questions se posent pour étirer encore le fait générateur, dont les réponses affirmatives peuvent être successivement rejetées. Le préjudice d'impréparation est-il consubstantiel à tout défaut d'information ? (1) Peut-il se concevoir en dehors d'un tel défaut ? (2)

⁸⁸ L'article 2300 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés du 20 décembre 2020 s'éloigne de cette perspective, puisqu'il substitue comme sanction au défaut de mise en garde de la caution une réduction à la responsabilité du créancier, spécifiant que cette réduction s'opère à l'aune de la perte de chance. Prendre en compte le facteur de l'impréparation serait une audacieuse extension *praeter legem*.

⁸⁹ D. HOUTCIEFF, « La perte de chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences », D. 2009, 2971, §.10

⁹⁰ G. CORNU, Du devoir de conseil obs., RTD civ., 1972, p.419

⁹¹ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité préc., n°502.

⁹² Qui varie au cas par cas, en fonction de l'aptitude du destinataire du renseignement, de la dangerosité attachée à l'objet du contrat projeté... En ce sens, J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Traité de droit civil, 3^{ème} éd. n°646 et suiv.

1. Le défaut d'information, condition insuffisante

96.- **La nécessité du risque comme objet de l'information cachée.** C'est ici distinguer l'impréparation à la réalisation d'un risque dont on devait être informé, et l'impréparation à une situation inattendue quelconque dont on devait être informé. Dès lors qu'est exigée la condition de la réalisation du risque, que le préjudice n'existe pas sans elle car il y trouve sa cause autant que dans le défaut d'information, l'impréparation est par essence liée au risque. Par conséquent, si un risque ne se réalise pas, la question ne se pose pas, et si un risque se réalise, l'information devra nécessairement l'avoir pour objet, tout autre défaut ne présentant pas de lien de causalité avec le choc de la victime résultant de sa réalisation⁹³.

97.- **L'équivoque du « risque ».** Mais tout n'est-il pas risque ? Telle est la possibilité d'un mal. Reste à définir le mal... Subjectivement, le risque devient l'éventualité qu'on ne désire pas. Et alors toute déception devient le mal objet du risque. Telle perspective expansive est excessive. Toute information n'a pas, objectivement, pour objet d'avertir sur un risque. Le mal doit renvoyer à ce que craint l'homme raisonnable. Mais dès lors qu'on quitte le sanctuaire du risque corporel, la clarté se dissipe, d'où l'intérêt supplémentaire d'y cantonner la réparation. La difficulté provient par ailleurs du fait que le risque en question n'a pas à constituer un préjudice juridiquement réparable. On peut aussi s'interroger sur l'objet précis du risque. Il y a celui d'accepter l'opération et celui inhérent à l'opération. Mais nous percevons mal l'enjeu.

98.- **La certitude du risque ?** Le risque, objet de l'information, doit-il être certain ? Réel et sérieux ? Raisonnable ? Les mêmes questions se posent avec le préjudice d'anxiété qui aborde l'angoisse face à l'exposition à un risque. Si le risque est scientifiquement incertain, la réparation est là extrêmement subjective et ne va pas de soi. C'est la problématique des vaccins auxquels il est difficile d'imputer avec certitude les effets secondaires néfastes et par conséquent le risque qu'ils surviennent, ou encore l'affaire des ondes des antennes relais... Le débat sur la certitude du risque pour le préjudice d'impréparation n'est toutefois pas le même. Le préjudice d'anxiété correspond à un sentiment subjectif qui peut exister dans l'absolu quoi que l'angoisse ait une cause absurde. Si en revanche le risque objet de l'information, qui, non délivrée, a causé le préjudice d'impréparation, n'existe pas, il n'y a plus aucun lien de causalité entre le fait générateur et le sentiment d'impréparation issu de la réalisation du risque. Il y a pourtant une différence entre un risque dont on est certain qu'il n'existe pas et un risque qui n'est pas certain. En effet le risque incertain peut être l'objet d'une information qui fait elle-même l'objet d'une obligation. C'est d'ailleurs l'hypothèse de l'arrêt de 2014 : le risque réalisé était l'apparition de la sclérose en plaques à la suite du vaccin contre l'hépatite B, alors que la causalité scientifique entre les deux est très discutée.

2. Le défaut d'information, condition irréductible

99.- **D'une ignorance légitime...** L'existence du devoir d'information démontre que son destinataire était réputé avoir besoin du savoir qu'elle procurait. Il semble y avoir une

⁹³ Supra n°66

profonde différence entre le préjudice issu de la désinformation subie par celui à qui la loi attache ce besoin et le préjudice simplement issu de la frustration due aux désagréments de l'inattendu. Reste que l'argument positiviste ne suffit pas. Pourquoi la loi couvre-t-elle certaines personnes de son égide ? Parce qu'elles sont réputées inférieures à d'autres en matière de connaissance et que cette infériorité est légitime. Leur déconvenue issue de la réalisation d'un risque ne découle pas simplement de leur naïveté mais d'une ignorance légitime. C'est cet aspect moral, de disposition d'esprit, de préparation psychologique, distinct de la question du consentement, qui veut être pris en compte par le préjudice d'impréparation⁹⁴. Par conséquent, dire que le préjudice d'impréparation face à la réalisation d'un risque pourrait être issu de n'importe quel fait générateur de responsabilité serait le changer de nature et lui substituer sous cette qualification une autre réalité.

100.- ... à une **déception légitimée**. Réalité qui est celle de la frustration issue d'une simple atteinte au cours normal des choses, non dédoublée de la lésion d'un intérêt mieux identifié. Pour s'en rendre compte, il faut s'intéresser à la nature de l'atteinte initiale, en amont de ses conséquences subjectives. Lorsque le préjudice d'impréparation est suspendu au manquement spécifique au devoir d'information, il résulte de l'atteinte à un intérêt immatériel identifié : le droit à l'information, la créance d'information. Lorsque cet intérêt n'est plus identifié, l'atteinte se réduit à la perturbation du déroulement ordinaire des choses et l'impréparation devient un « préjudice moral pur »⁹⁵ dont on peut se demander s'il est toujours légitime – alors même que sa légitimité peut être contestée en dehors de cette extension-là. A cela toutefois deux remarques. En premier lieu, le droit français, en réparant sans complexe les préjudices économiques voir moraux purs, opère bien la reconnaissance juridique d'un « droit au cours normal des choses ». Le critère de l'atteinte à un droit identifié n'est réellement pertinent que si l'on considère que le cours normal des choses ne fait pas l'objet d'un droit (à). En second lieu, il est un grand pas entre la pure déception et celle consécutive à la non-information. En effet justifier le rejet de la réparation de la première sur la base du critère de l'atteinte à un droit identifié autorise à étendre la reconnaissance du préjudice d'impréparation au-delà de l'atteinte au droit à l'information. Qu'en serait-il par exemple de la déception contractuelle issue de l'inexécution ? L'inexécution, fait générateur de responsabilité contractuelle, cause bien un dommage entendu comme l'atteinte au droit de créance, qui n'est autre que la consécration volontaire, entre les parties, d'un droit au cours des choses qu'elles entendent et ont ainsi sécurisé – le contrat est un outil de prévision de l'avenir. On sait qu'un tel préjudice moral peut être reconnu en cas d'annulation de certains événements, comme des voyages de noces, qui présentent une forte dimension sentimentale. Le pas suivant, consistant en une extension quel que soit l'objet de la créance, serait peut-être un très grand bond. L'absence de restriction conceptuelle de la notion de préjudice conduit à voir des préjudices partout, peut-être au-delà des limites du raisonnable.

⁹⁴ Ce que les conditions subjectives du nouvel article 1112-1 du Code civil illustrent bien : l'information se base sur l'ignorance légitime de son créancier.

⁹⁵ C'est dans ce seul cas que le préjudice d'impréparation est bien « pur », lorsqu'il n'est attaché à rien d'autre que l'atteinte au cours normal des choses, et non en général comme l'avance M. Knetsch. J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », D.2015

101.- Ces réflexions marquent toute l'ambiguïté d'un préjudice qui, parmi ses éléments constitutifs, compte la spécificité d'un fait générateur. Par quoi ce cantonnement est-il justifié quand on sait que le fait générateur peut être « tout fait quelconque de l'homme » ? C'est anticiper sur les développements ci-après que d'évoquer la nature du préjudice, qui pourtant fait tout l'attrait et l'ambiguïté du préjudice d'impréparation. Il faut à ce stade conclure que le préjudice moral qui s'attache à la violation d'un devoir d'information est suffisamment différent de celui qui renvoie à une simple déception. Il serait alors indissociable de l'ignorance légitime⁹⁶ de la victime, laquelle fonde son droit à l'information.

102.- Conclusion intermédiaire. Il apparaît donc que le préjudice d'impréparation n'est pas adapté à la réparation du tort subi par la victime d'un autre fait générateur que celui qui consiste en la violation d'un devoir d'information portant sur un risque d'un certain seuil de gravité qui tient majoritairement dans celui d'atteinte à l'intégrité corporelle. C'est d'ailleurs parce que son domaine est restreint que son régime est extrêmement souple.

§2 L'omniprésence du préjudice

103.- Dans une perspective de recherche des contours du concept, deux nouveaux axes de réflexion quant au dommage mettent en lumière le potentiel d'expansion du préjudice d'impréparation, étirement en faveur duquel se place le droit jurisprudentiel en vigueur. C'est la différence avec le §1 où l'on envisageait les perspectives d'extension, alors qu'ici l'extension est déjà acquise. En effet, le préjudice est d'autant plus dense qu'il gagne en autonomie (A) comme en objectivité (B).

A. L'indépendance du préjudice

104.- **Un affranchissement progressif**. A l'aube de la construction jurisprudentielle, l'impréparation subjective était un préjudice indemnisable subsidiairement à la perte de chance de refuser l'opération à risque dans les cas où le dommage résultant de la réalisation de ce dernier n'était pas réparable. Elle était par-là confinée dans la marginalité. L'hypothèse concrète dans laquelle elle était réparée était une et rare : l'aléa thérapeutique se réalise alors même que le patient, s'il avait connu le risque, n'aurait pas pris la décision de s'y soustraire. Néanmoins, l'évolution est notable au fil des arrêts, qui accueillent favorablement le préjudice d'impréparation dans le cadre de faits beaucoup plus divers. Premièrement, lorsque le patient qui n'a pas été informé de l'aléa thérapeutique qui adviendra avait une chance de l'esquiver en refusant l'opération. Deuxièmement, lorsque le risque qui s'est réalisé n'est pas un aléa

⁹⁶ Une telle affirmation est néanmoins nuancée par le fait que les créances d'information ne sont pas toujours octroyées par la loi sur un critère de mérite basé sur l'ignorance légitime. Ainsi l'article 2300 de l'avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés publié le 20 décembre 2020 fait bénéficier toute caution personne physique du devoir de mise en garde du créancier, alors même que parmi elles se tiennent des dirigeants sociaux rompus à la pratique du crédit. Or à suivre le raisonnement, en dépassant l'obstacle du cantonnement à la matière médicale : un manquement au devoir d'information (ici renforcé), une atteinte au droit d'être informé, un préjudice d'impréparation (irréfragablement présumé) pour une victime parfaitement préparée. Argument supplémentaire pour rejeter une extension.

thérapeutique non réparable mais un dommage corporel quelconque dont un praticien peut être déclaré responsable. Le cumul avec la perte de chance semble relever d'une analyse technique contradictoire en ce qu'elle emprunte des éléments aux deux dimensions du préjudice d'impréparation (1). Le cumul avec le dommage corporel semble, lui, révéler un changement de paradigme en ce qu'il consacre l'autonomie du préjudice d'impréparation, lui assurant par-là davantage la postérité (2).

1. Le cumul contestable avec la perte de chance

105.- A priori, un argumentaire convaincant défend la réparation simultanée du préjudice d'impréparation et de la perte de chance d'échapper au risque⁹⁷. A posteriori toutefois, il n'emporte pas notre adhésion. Au-delà de la compréhension du droit positif et du volume qu'on prête au concept, la question a cela d'essentiel qu'elle pointe l'opposition fondamentale qui bourdonne en sourdine dans l'impréparation ; mise en œuvre ou mise à l'écart du raisonnement contrefactuel.

A priori, le pour

106.- **Etat du droit prétorien.** Déjà l'arrêt de la première chambre civile du 23 janvier 2014 avait instauré le doute quant à la réparation cumulée des préjudices d'impréparation et de perte de chance d'échapper au risque, affirmant que le premier était indemnisable « indépendamment » de la perte de chance. Tel adverbe avait pu être interprété comme admettant une réparation simultanée⁹⁸. Les Hauts magistrats prennent clairement position en ce sens dans l'arrêt du 25 janvier 2017.

107.- **Doctrine majoritaire favorable.** Les deux chefs de préjudices seraient compatibles en ce qu'ils ne recouvriraient pas les mêmes faits, la même situation⁹⁹. Par-là, le principe de réparation intégrale selon lequel la réparation doit être à l'exacte mesure du dommage, « tout le dommage, rien que le dommage », ne serait pas atteint. C'est une chose que d'avoir perdu l'éventualité favorable de se soustraire au risque. C'est autre chose que de ressentir une profonde amertume face à sa réalisation imprévue. Et les deux sont encore distincts du dommage corporel résultant de la réalisation du risque lui-même¹⁰⁰. La responsabilité civile s'affine au fil des âges, en prenant en compte la diversité des préjudices injustement causés par un fait dommageable, aspirant à n'en laisser aucun sans réparation. Il est normal qu'une réflexion prolongée introduise plus de finesse dans l'appréhension des phénomènes de souffrance et des pertes éprouvées.

⁹⁷ Il s'agit là d'une perte de chance-dommage, car en l'absence de défaut d'information, on ne sait pas si le patient aurait ou non subi le dommage. L'aléa se porte sur le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, non sur celui entre le dommage et le préjudice. Par-là, elle s'insère dans la catégorie des pertes de chance qui estomper le plus la causalité.

⁹⁸P. JOURDAIN, obs. préc. sous Civ. 1ère, 23 janv. 2014 ; ainsi que QUEZEL-AMBRUNAZ ., obs. préc. sous Civ. 1ère, 23 janv. 2014

⁹⁹ O. GOUT, obs. préc. sous Civ. 1ère, 23 janv. 2014

¹⁰⁰ En ce sens, P. JOURDAIN, ibid

108.- Mlle Viney¹⁰¹ considère en outre, au moins dans le champ médical, que le fait générateur, à savoir le manquement à l'obligation d'information du médecin, est empreint d'une double finalité. Certes ce devoir s'attache-t-il à éclairer le consentement de sorte que sa violation prive le patient de la possibilité de juguler le risque. Mais il tend également à lui permettre d'anticiper l'éventuel dommage corporel¹⁰², fonction qui, poursuit Mlle Viney, « n'est pas subsidiaire, en ce sens qu'elle n'existerait que lorsque la délivrance de l'information n'est pas susceptible d'influer sur le consentement du patient. Et de fait, lorsqu'un médecin n'informe pas un patient des risques afférents à un acte médical que ce dernier aurait sûrement refusé s'il avait été informé, il n'en demeure pas moins que n'ayant pas reçu l'information litigieuse, le patient n'a pas pu se préparer au dommage corporel qui est survenu ». Alors le préjudice d'impréparation ne serait pas exclu par le fait qu'on répare la perte de chance d'échapper au dommage corporel principal, ni même par la réparation du dommage principal lui-même.

A posteriori, le contre

109.- **Impréparation et perte de chance, préjudices de substitution.** La réparation cumulative semble être contestable si on admet que les deux sont des « préjudices de substitution » par rapport au préjudice principal¹⁰³. M. Jourdain fait ainsi valoir qu'ils ont tous deux pour buts d'indemniser partiellement ce dernier et que, même s'ils en sont techniquement distincts, n'y sont pas moins par essence inféodés. Il est vrai que le concept est né d'une volonté d'indemniser un dommage qui, en l'état, était irréparable. Néanmoins l'évolution jurisprudentielle, si elle ne démentit pas l'objectif originel, témoigne d'un changement de perspective. Une autre piste nous convainc davantage.

110.- **Impréparation et perte de chance, le postulat de deux scénarii contrefactuels incompatibles.** Mme Ferrié¹⁰⁴ affirme également que les deux chefs de préjudice s'excluent l'un l'autre, mais pour une autre raison. La perte de chance érige en présupposé que le patient, dûment informé, aurait pris la décision d'échapper au risque – puis affecte à ce scénario, incertain, un coefficient à hauteur de la probabilité que la victime choisisse cette voie. Au contraire, l'impréparation présuppose un déroulement contrefactuel contradictoire : le même patient, pareillement informé, aurait été préparé, et pour cela aurait pris en amont la décision de s'exposer au risque¹⁰⁵.

111.- **Double perte de chance ?** L'auteur suggère ainsi de réparer « la perte de chance de se préparer à l'opération » en plus de la perte de chance d'échapper au risque, afin de

¹⁰¹ En ce sens, G. VINEY « La définition du préjudice né d'un manquement à l'obligation d'information : la Cour de cassation maintient le cap », RDC mars 2019 préc.

¹⁰² M. BACACHE-GIBEILI, Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité extracontractuelle, 3^e éd., Economica, p. 971 et s., n° 826.

¹⁰³ P. JOURDAIN : « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation de la perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », RTD Civ. 2017, p.403 préc.

¹⁰⁴ S.-M FERRIE, « Quelle sanction pour la violation du devoir d'information médicale ? » D. 2017, p.555

¹⁰⁵ C'est un même raisonnement basé sur deux voies contrefactuelles opposées qui a conduit la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 mars 2011, à admettre d'une part la réparation d'une perte de chance d'échapper au risque à hauteur de 80% du dommage final et d'autre part une prise en charge des 20% par l'ONIAM au titre de la réalisation de ce dernier. V. F DREYFUS-NETTER in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? » préc. p.65

couvrir les deux hypothèses antagonistes possibles : accepter l'opération ou la refuser. Peut-on rétorquer que c'est encore postuler deux réalités contrefactuelles antagonistes ? Dès lors que la perte de chance est caractérisée par l'incertitude du scénario contrefactuel et l'inadaptation de ce raisonnement¹⁰⁶, il n'est pas si absurde de le tempérer en combinant les deux issues possibles entre lesquelles il est impossible de trancher. On peut objecter toutefois, comme l'auteur, que cette solution technique n'est pas satisfaisante car artificielle, en raison de l'approximation qui entoure le recours démultiplié aux probabilités. Reste qu'aucun obstacle théorique ne semble dirimant. Exemple : pile je gagne 100 euros, face 500. Je suis empêché de parier. Il y avait deux issues favorables, deux scénarii fictifs incertains possibles où me replacer, dans lesquels je serais gagnant. La logique voudrait qu'on répare les deux pertes de chances. La raison pour laquelle on ne répare en général qu'une perte de chance est parce qu'il n'y a qu'une issue favorable.

112.- **Bilan : confusion technique.** Le cumul de l'impréparation à la réalisation du risque avec la perte de chance d'échapper au risque illustre remarquablement la tension entre les deux variantes du concept qui se font face : le faux et le vrai. D'un côté, la réalisation du risque est exigée par l'arrêt de 2017 de sorte que la seule atteinte au droit subjectif à l'information soit insuffisante à emporter la réparation. De l'autre, est postulé le scénario contrefactuel contradictoire dans lequel la victime a échappé au risque, de telle manière qu'implicitement l'impréparation n'est sanctionnée qu'en tant qu'atteinte au droit subjectif à l'information. La seule solution rigoureuse serait de réparer deux pertes de chances lorsqu'il s'avère que la réalisation du risque aurait pu être évitée.

2. L'autonomie discutable par rapport au préjudice principal

113.- **Absence d'obstacle théorique.** Le problème est moindre puisque les préjudices se déduisent du même scénario contrefactuel. Il ne concerne pas la notion de préjudice, le contenant, mais son contenu. Le thème est celui de la fragmentation, de la dissémination, de la désintégration du préjudice moral. Reste qu'afin que le cumul des deux chefs de préjudice soit envisageable l'obligation d'information doit évidemment porter sur l'erreur humaine, due à la technicité de l'opération, car le préjudice principal est imputable au praticien.

114.- **Absorption par d'autres chefs de préjudice.** L'autonomie complète du préjudice d'impréparation met en question le versant du principe de la réparation intégrale selon lequel on ne répare rien que le dommage. En effet, il n'est pas certain que le choc psychologique dû à la contemplation du dommage réparable résultant de la réalisation du risque ne soit pas d'ores et déjà ceint par le déficit fonctionnel permanent ou le préjudice d'agrément, ou les souffrances endurées¹⁰⁷. Selon la nomenclature « Dintilhac » le premier s'entend du « *préjudice extra-patrimonial découlant d'une incapacité constatée médicalement qui établit que le dommage subi a une incidence sur les fonctions du corps de la victimes* », cette définition englobant notamment les « troubles dans les conditions d'existence qu'elle ressent au quotidien ». Le second, qui s'approche déjà très sensiblement du premier, a pu être défini comme recouvrant « tous les chefs de préjudice de nature non économique résultant de

¹⁰⁶ H. MERAL. *Essai critique sur le concept de perte de chance en droit privé*, th. Paris II, n.p.

¹⁰⁷ Ce que jugent certains arrêts, comme Cour d'appel, Rennes, 5e chambre, 20 Février 2019 – n° 16/03238

l'atteinte à l'intégrité corporelle »¹⁰⁸ avant d'en être distingué par le rapport Dintilhac, en tant qu'il se rattacherait à « la privation d'une activité déterminée de loisirs ». Il reste qu'entre le sentiment de frustration qui découle de la réalisation du risque et celui qui provient de la surprise à la vue de celle-ci, la différence est mince et délicate – preuve en est qu'elle est difficile à mettre en mots. Puis spécifiquement, selon la nature du dommage résultant de la réalisation du risque, l'extrême déconvenue pourra s'illustrer dans le préjudice esthétique, sexuel ou d'établissement...C'est encore un exemple de l'éclatement des préjudices moraux, qui sont distingués avec une telle acuité qu'en prenant du recul les frontières se brouillent. La sophistication qui les entoure nous semble être d'une finesse d'analyse prétendue, qui fait preuve de peu de modestie à tenter d'identifier si précisément les maux du cœur pourtant si indicibles. La consécration de l'autonomie de l'impréparation par rapport au dommage corporel issu de la réalisation du risque n'aura-t-elle pas, paradoxalement, pour effet de l'annihiler ?

B. L'objectivité du préjudice

115.- Bien que concrétisé par la réalisation du risque, le vrai préjudice d'impréparation n'en reste pas moins un préjudice moral imperceptible faisant l'objet d'une présomption (1) qui lui donne un tour artificiel aboutissant à sa dévaluation (2).

1. Un préjudice moral présumé

L'impossible démonstration concrète

116.- **Un préjudice impalpable.** Le préjudice d'impréparation est un préjudice moral, extrapatrimonial. Le paradoxe du préjudice moral, qui a trait aux sentiments, aux sensations, aux maux de l'esprit, est qu'il est si subjectif qu'il ne peut être appréhendé qu'objectivement. Imagine-t-on un juge questionner un plaideur afin d'évaluer sa douleur ? Ce serait indécent, insupportablement intrusif et voué à l'échec. Le procès serait théâtralisé à l'excès, on s'apitoierait sur le simulateur quand on ignorerait le plus stoïque. Il n'y a point de cadran, d'échelle, d'étalon pour mesurer les peines, aucune sonde pour les cœurs, aucune balance pour peser les âmes. Se figure-t-on pourtant ce même juge ignorer la détresse de ce plaideur acculé par le drame au prétexte qu'elle lui échappe ? De nombreux droits étrangers l'approuvent, au motif que les larmes ne se monnayent pas¹⁰⁹, qu'une indemnisation dérisoire confine au cynisme, qu'on n'échange pas son désarroi contre une liasse de billets. Le droit français, lui, a depuis longtemps dépassé ces objections. Bien que la réparation soit évidemment imparfaite, parfois insignifiante, elle existe, elle reconnaît la souffrance, dans son principe, et ne la laisse pas au non droit, parti pris de l'inadmissible impunité dont bénéficierait indument le responsable et de l'indispensable humanité dont le prétoire doit faire

¹⁰⁸ G.VINEY, P.JOURDAIN, S.CARVAL. préc. ; Cass., crim. 26 mai 1992, Bull crim., n°210

¹⁰⁹ « Battre monnaie de ses larmes est une étrange alchimie » disait G. MORANGE « A propos d'un revirement de jurisprudence : la réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat », D. 1962, chr., p.15

preuve vis-à-vis de la victime. S'il ne peut panser les maux, le droit peut bien les penser. Partant, tout préjudice moral est théoriquement indemnisable¹¹⁰.

117.- Afin de démontrer le préjudice moral, deux attitudes sont concevables. Soit il est présumé, car le *plerumque fit* le commande: les souffrances d'un père à la suite du décès de son fils par exemple. Soit son existence dépend davantage des circonstances et des personnes, et le demandeur doit le prouver¹¹¹. On en revient alors à *actori incumbit probatio*. Cette exigence opère un retour à l'inconvénient majeur : comment prouver que l'on souffre ? On peut donc être tenté, même lorsque le sens commun ne l'impose pas, de fonctionner par présomption. C'est le cas avec le préjudice d'impréparation.

118.- **La présomption d'impréparation en droit administratif.** La présomption d'existence du préjudice moral d'impréparation est d'abord acquise devant les juridictions administratives¹¹² : « *s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée* ». Il est intéressant de noter que le Conseil d'Etat distingue l'impréparation-anticipation de l'impréparation-frustration en leur prêtant des régimes probatoires différents, bien que la première soit sans doute regardée ici dans sa seule dimension économique. Le Conseil d'Etat n'exige aucun élément de preuve de l'étendue du préjudice, sans doute car son défaut, en droit administratif, n'est pas un motif de rejet de la demande de l'indemnisation par le juge, lequel doit ordonner à fin d'évaluation des mesures d'instruction¹¹³.

119.- **La présomption d'impréparation en droit privé.** Le préjudice résulte du défaut de préparation, « *dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé* ». La Cour, en 2017, modifie sa formulation de 2014 déjà assez explicite selon laquelle le défaut d'information « *cause un préjudice [...] que le juge ne peut laisser sans réparation* ». Voilà une présomption de préjudice, que reflète la faute, sans doute de manière irréfragable¹¹⁴. Le demandeur, qui a subi la réalisation du risque, ne doit prouver que le défaut d'information, c'est dire simplement prouver qu'il était créancier d'une information, depuis que la preuve de l'octroi de celle-là incombe à son débiteur, pour obtenir l'indemnisation de son préjudice

¹¹⁰ Crim. 22 mars 1877 ; arrêt « Lejars 13 » février 1923 ; la décision du juge de proximité d'Orléans du 11 février 2014 qui indemnise symboliquement un groupe de fans de Michael Jackson qui se prévalaient d'un certificat médical attestant leurs maux à la suite de la mort de la star, précipitée par la faute de son médecin. ; L'approche française du préjudice moral est très généreuse. En Allemagne, par exemple, le BGB, §253, énonce qu'« il n'est possible d'exiger une réparation en argent d'un dommage qui n'est pas patrimonial que dans les cas définis par la loi ».

¹¹¹ Cass. Civ.2^{ème} 16 avril 1996 n°91-13613, pour le préjudice moral par ricochet des oncles et tantes du fait du décès de leur nièce.

¹¹² CE, 16 juin 2016, n° 382479 : D. 2016, p. 1501. obs. Violla F. ; JCP A 2017, 2001, obs. Logéat C.

¹¹³ C.GROSSHOLZ, V° Évaluation du préjudice, Rép. responsabilité de la puissance publique Dalloz 2015, n° 86.

¹¹⁴ En ce sens, notamment : P. JOURDAIN : « Défaut d'information médicale : cumul possible de la réparation de la perte de chance et d'un préjudice moral d'impréparation », RTD Civ. 2017, p.403 ; J.-S BORGHETTI : « Le préjudice d'impréparation en matière médicale : grands principes et petits montants », RDC 2017, n° 114c9, p. 231, O. GOUT et P. BRUN, Responsabilité civile, D. 2011. 35

d'impréparation. Point de recherche et démonstration concrètes de la souffrance morale éprouvée à la vue de la réalisation du risque imprévu.

120.- **Une pratique non isolée.** La technique n'est pas nouvelle, mais tout autant symptomatique d'une contraction des éléments de la responsabilité civile¹¹⁵. De telles présomptions apparaissent ainsi nettement dans le cadre de l'action en concurrence déloyale. « Les faits de concurrence déloyale générateurs d'un trouble commercial impliquent l'existence d'un préjudice »¹¹⁶ ; « un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale »¹¹⁷ ; « il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitutif de préjudice, fût-il seulement moral »¹¹⁸. Ce sont des présomptions de droit et non de fait comme en matière de causalité au sujet des produits de santé défectueux. De la même manière, le préjudice d'anxiété a connu une telle forme d'objectivation, étant présumé (donc subi...) dès lors que le salarié prouve avoir travaillé et démissionné de l'une des entreprises inscrites sur la liste d'établissements attestant d'une exposition à l'amiante¹¹⁹. Idem, en droit du travail, des arrêts retenant que le manquement de l'employeur à ses obligations légales a nécessairement causé un préjudice aux salariés¹²⁰. « Le dommage s'auto-définit et se prouve par sa seule invocation »¹²¹.

L'inopportune automaticité

121.- **Les inéluctables effets pervers de la réparation du préjudice moral complexe.** Dès lors que la souffrance que recouvre le préjudice moral n'est pas évidente dans l'ordre concret, la solution juridique ne peut qu'être imparfaite. Soit l'on exige que la victime démontre la réalité de sa détresse, et l'on donne une prime à la caricature avec tout ce qu'un plaidoyer qui veut dire « je souffre » a de malsain et d'indécents. Soit l'on crée des présomptions de préjudice, qui, dès lors qu'elles ne correspondent pas à une évidente généralité (le chagrin issu de la perte d'un enfant, d'un parent, d'un conjoint...) s'avèrent très imparfaites¹²². Leur généralité ne colle pas avec la diversité des cas et ceux d'entre ces derniers qui ne correspondent pas au standard s'enrichissent en obtenant réparation d'un préjudice objectif alors qu'ils ne souffrent pas.

122.- **L'incapacité du droit face à la complexité de la souffrance.** Ces développements révèlent l'impuissance du droit à appréhender des phénomènes moraux

¹¹⁵ L. GRATON, « Le dommage déduit de la faute », RTD civ 2013, 275.

¹¹⁶ Com. 25 févr. 1992, Bull. civ. IV, n° 88.

¹¹⁷ Com. 9 oct. 2001, CCC 2002, comm. 6, obs. M. Malaurie-Vignal ; RTD civ. 2002. 304, obs. P. Jourdain

¹¹⁸ Com. 1^{er} juill. 2003, JCP E 2003, n° 1627, n° 1, obs. Ch. Caron.

¹¹⁹ T. OSSELIN, « Réflexions sur la nature et le quantum du préjudice d'anxiété », JCP E 2014. 1066. ; A. GUEGAN-LECUYER, D. 2013. 2954, et les arrêts du 2 avril 2014.

¹²⁰ Parmi d'autres : Soc. 18 juillet 2000, Bull. civ. V, n°236 ; Soc 17 mai 2011, n°10-12852, JCP G2011 chr. 1333 n°2 obs. Ph. STOFFEL-MUNCK

¹²¹ N. MOLFESSIS, in « Quel avenir pour le droit de la responsabilité » préc. p.57

¹²² Aussi la réparation du préjudice moral d'une victime en état de coma est-elle reconnue car le préjudice, objectif, est présumé, pour des raisons d'humanité qui ne tiennent pas à la réalité de la souffrance éprouvée. Cass. Civ.2^e, 22 février 1995, 2 arrêts, Bull. civ.II n°61. V. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, LexisNexis, Paris 2018, n°242 et s.

complexes, ceux de la « victime moderne » théorisées avec une finesse croissante¹²³, qui n'ont pas la même traduction concrète en fonction des individus. Le sentiment de frustration qui résulte de l'extrême déconvenue, que les mots mêmes faillent à parfaitement décrire, fait partie de ces « préjudices » moraux insaisissables par le droit, qui n'est pas capable, parce qu'il est général et abstrait, d'en mesurer la complexité. Le droit ne peut tout saisir, il est des espaces de la vie dans lequel il ne peut s'immiscer.

2. Un préjudice moral dévalué

Une évaluation symbolique

123.- **Le forfait.** La multiplication des cas concrets dans lesquels l'impréparation est réparable, due au cumul avec la perte de chance et le dommage corporel issu de la réalisation du risque, conjuguée à la présomption de préjudice, décuple les hypothèses dans lesquelles ce préjudice moral sera effectivement réparé. Telle prolifération aboutit nécessairement à une dévaluation quand l'insaisissabilité du préjudice, abstrait, conduit au forfait¹²⁴. Une telle conséquence met évidemment en exergue l'inanité du principe de réparation intégrale appliquée au préjudice moral.

124.- **Le barème.** L'« irréalisme »¹²⁵ de l'ajustement des dommages-intérêts à la réalité de la souffrance éprouvée conduit à des méthodes d'évaluation qui tiennent compte de critères objectifs et vérifiables, extérieurs à la psychologie de la victime, tels « le siège et la gravité objective de l'atteinte physique, la situation sociale et le mode de vie de la victime avant le fait dommageable »¹²⁶. M. Borghetti souligne également qu'en présence d'un forfait, les juges auront recours à des barèmes qui introduiront des inégalités entre les justiciables, dues tant à la diversité des barèmes qu'à la personnalité des victimes qui subiront plus ou moins la souffrance concrète. L'article 1271 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile publié en 2017 rend applicable un « référentiel indicatif d'indemnisation » à certains postes de préjudice extrapatrimoniaux, consacrant dans la loi la pratique des tribunaux, qui se sont depuis longtemps résignés à déterminer *in specie* le montant des dommages-intérêts affectés à la réparation du préjudice moral.

125.- **Le symbole.** Le quantum est alors nécessairement modeste. Il n'est toutefois pas inconséquent, porté par exemple à 5000 euros dans l'affaire de 2017. Ce, alors pourtant que la Cour d'appel avait évalué le total des préjudices à un montant cent fois supérieur, 520 022 euros¹²⁷. Aussi, en l'état, l'enjeu de la réparation de ce préjudice est-il dérisoire¹²⁸. Ce qui

¹²³ D. FRASSIN, R.RECHTMAN, *L'empire du traumatisme, Enquête sur la condition de victime*, Flammarion 2007

¹²⁴ J.-S. BORGHETTI : « Le préjudice d'impréparation en matière médicale : grands principes et petits montants », RDC 2017, n° 114c9, p. 231 préc.

¹²⁵ G. VINEY, P.JOURDAIN, S.CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, n°152

¹²⁶ G. VINEY, P.JOURDAIN, S.CARVAL., *Les conditions de la responsabilité*, n°265

¹²⁷ Les exemples du même ordre de grandeur sont nombreux parmi les décisions des juges du fond : Cour d'appel, Rennes, 5e chambre, 4 Avril 2018 – n° 15/06534, 8000 au titre de l'impréparation pour un total de 150 000 ; Cour d'appel, Lyon, 1re chambre civile A, 6 Août 2020 – n° 18/02585, 4000 pour 168 000, Cour d'appel, Douai, 3e chambre, 1 Février 2018 – n° 16/04444, 4000 pour 65 000, Cour administrative d'appel,

porte M. Borghetti à conclure qu'« à partir du moment où l'on accepte le principe de l'existence et de la réparation d'un préjudice moral d'impréparation, mieux vaut ne pas faire perdre leur temps au juge et aux parties en imposant au demandeur d'apporter la preuve de son existence et de son étendue »¹²⁹. Il est clair que la présomption de préjudice étouffe le concept et le vide de son intérêt¹³⁰. Si toutefois elle était abandonnée et que l'impréparation était assimilée à l'aggravation de la frustration, celui-ci serait recouvré. Cependant reprendrait la discussion qui tourne en rond, sur l'indicible souffrance de l'homme.

126.- On conclura sur cette phrase de M. Morange qui résume parfaitement l'imperfection de quelque solution sur laquelle on porte son dévolu : « deux solutions également mauvaises : ou bien en effet [le juge] commercialise les sentiments au plus haut cours, et il risque de provoquer des utilisations contestables, voire scandaleuses, des sommes importantes qu'il aura allouées en réparation d'une douleur morale, ou bien il commercialise au cours le plus bas, mais il se met alors en contradiction avec les principes que réclame notre civilisation occidentale qui attribue à l'homme, et, par suite, aux sentiments humains, une valeur inestimable ».

Une inutilité généralisée

127.- **Inexistence du préjudice d'impréparation.** Tous ces éléments, qui réduisent l'impréparation, paradoxalement omniprésente, à peu de chagrin amènent à une conclusion bien sombre : l'impréparation n'existe pas. Elle est purement artificielle. Ou bien elle existe mais sans pouvoir être un objet de Droit. Son évolution, dans le sens de l'extension, aboutit à un contre-effet : le renoncement à l'impréparation. Objective, forfaitaire, dévaluée, elle devient un préjudice automatique dès lors qu'une information sur un risque –de dommage corporel ?- qui se réalise est omise. Le préjudice d'impréparation consécutif à la réalisation du risque devient une sorte d'amende civile, toujours due en présence d'un fait générateur déterminé, toujours la même.

Marseille, 2e chambre, 11 Février 2021 – n° 19MA0378, 5000 pour 188 000, Cour administrative d'appel, Paris, 8e chambre, 5 Février 2021 – n° 18PA02525, 3000 pour 220 000, Cour d'appel, Aix-en-Provence, 1re et 6e chambres réunies, 19 Novembre 2020 – n° 17/11507, 3000 pour 75 000... Souvent l'indemnisation octroyée est très inférieure à celle demandée. Il n'est pas rare de voir des demandes pour 15 000, 20 000, voire 50 000. La « modicité » des sommes et leur quasi-uniformisation témoigne d'une désindividualisation du préjudice et du recul de la fonction réparatrice, dans une optique qui tient davantage de la consolation.

¹²⁸ S'il est presque toujours faiblement évalué, sa reconnaissance présente toutefois un enjeu dans les affaires à petit montant, celles souvent où la perte de chance d'échapper au risque est affectée d'un très fort coefficient d'incertitude. Les sommes sont peu élevées, certes, mais parfois doublées par la reconnaissance de l'impréparation. Ainsi Cour d'appel, Reims, Chambre civile, 1re section, 16 Février 2021 – n° 19/02041, évaluation à 3000 euros couplée avec une perte de chance évaluée à 15% pour 3 600, ou Cour d'appel, Orléans, Chambre civile, 6 Mai 2019 – n° 17/02064 3000 euros, pour une perte de chance de 25% à 2500. Le total de l'indemnité pour l'ensemble des postes extrapatrimoniaux se voit en proportion particulièrement renchéri.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Un arrêt dissident mérite d'être remarqué, qui répare le préjudice d'impréparation à hauteur de 20 000 euros, ce qui est le montant le plus haut que nous ayons trouvé. La patiente avait subi une défiguration à l'issue d'une complication lors de son opération de la cataracte mais sa perte de chance d'éviter le risque si elle en avait été informée a été évaluée à 15% de 34 000 soit 6800. Le montant octroyé au titre de l'impréparation n'est pas loin de reconstituer l'indemnisation du préjudice principal. Cela montre le potentiel du cumul entre l'impréparation et la perte de chance et souligne la persistance, dans certain cas, d'une forte volonté réparatrice, peut-être expliquée par le caractère assez atroce des faits. Cour d'appel, Nancy, 1re chambre civile, 30 Janvier 2017 – n° 13/01387

128.- **L'impréparation punitive.** C'est alors que la responsabilité punit le responsable plus qu'elle n'indemnise la victime¹³¹. Car la victime n'en est pas vraiment une, mais le responsable lui, a bien péché. Le préjudice est présumé, donc le fait générateur devient le centre de gravité de la responsabilité civile, qui prend un tour sanctionnateur et par là comminatoire. Elle encourage les médecins, et peut être plus tard d'autres débiteurs d'information, à respecter leurs obligations légales d'information. Le mécanisme de la présomption est ici au moins autant imprégné d'une volonté politique qu'impliqué par des considérations objectives, statistiques¹³²

129.- **Glissement vers le préjudice purement objectif.** L'automaticité témoigne d'un rapprochement sensible avec le préjudice d'impréparation objectif, issu de la simple atteinte au droit à l'information. Il est tout aussi objectif, parce que l'objectivité est la seule méthode d'appréhension d'une absolue subjectivité. Simplement, la réalisation du risque en est une condition, qui n'est pas celle du second, vestige de la dimension concrète qu'on a voulu prêter à l'impréparation. Elle relève d'un modèle de raisonnement différent, basé sur une conception classique du préjudice, mais qui se heurte à l'impossibilité d'appréhender tous les phénomènes moraux. Empreinte d'une certaine logique, elle devient désormais tout juste pragmatique, canalisant la réparation d'un préjudice qui finit par être tout autant objectif que son versant résultant de la pure atteinte au droit à l'information.

¹³¹ On portera une nuance à cette affirmation. En effet, les montants octroyés au titre de l'impréparation, en dépit d'être élevés, sont souvent du même ordre de grandeur que ceux des autres chefs de préjudice extrapatrimoniaux spécifiques comme le préjudice d'agrément, esthétique, de souffrance endurée ou de déficit fonctionnel permanent ou temporaire. D'où il ressort qu'on pourrait aussi conclure à une manière d'augmenter l'indemnisation par à-coups successifs.

¹³² J. TRAUILLÉ, « Le renouveau des présomptions en droit de la responsabilité civile », D. 2021, 360

*

130.- **Conclusion du chapitre premier.** Le préjudice d'impréparation subjectif s'inscrit dans un mouvement, très général et désormais fort connu, d'extension des frontières de ce qu'on répare. Il participe ainsi d'une « tendance à la désintégration du préjudice »¹³³ au sens où il constitue une occurrence supplémentaire, tenant dans un détriment moral évanescent, de ce concept de préjudice auquel il est si difficile d'astreindre une définition – la « prolifération des variétés de préjudices réparables »¹³⁴. Cependant, la question de la violation du devoir d'information médical appelle également une autre dynamique, plus profonde encore. En effet, si le « vrai » préjudice d'impréparation prend part à l'amplification du contenu du préjudice réparable, le « faux » préjudice d'impréparation, lui, semble compléter une tendance à la mutation de la définition même du préjudice réparable. Lorsque le préjudice s'incarne dans l'atteinte objective au droit, il se détache de toute condition concrète et subjective, s'éloigne de toute idée de perte par rapport à un état alternatif normal, se libère des contraintes les plus élémentaires du syllogisme classique de l'article 1240 du Code civil.

*

¹³³ C. BLOCH, in LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, op. cit., n° 2122.31, p. 509.

¹³⁴ L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées Savatier, PUF, 1998, p. 37, spéc. p. 50

Chapitre II : Le faux préjudice d'impréparation

131.- **L'interprétation retenue : le faux préjudice réside dans l'atteinte à un droit subjectif.** L'arrêt fondateur de 2010¹³⁵ est susceptible de diverses interprétations. Nous optons pour celle qui identifie le préjudice que « cause » le défaut d'information et « que le juge ne peut laisser sans réparation » à l'atteinte à un droit subjectif¹³⁶. Telle conclusion implique deux séries de partis pris qu'il est nécessaire de bien asseoir, l'une portant sur ce que dit l'arrêt, l'autre sur ce qu'il ne dit pas. Premièrement le présent de l'indicatif auquel est conjugué le verbe « cause », parle ici à l'impératif, comme souvent en droit, en ce sens où le manquement doit causer un préjudice, cause nécessairement un préjudice. La Cour adopte le ton sentencieux et impersonnel du législateur pour dire le droit, elle énonce la règle dans l'abstrait et ne s'attache guère à relever qu'en l'espèce la faute cause un préjudice. Deuxièmement, l'injonction adressée au juge de ne pas le laisser sans réparation, si elle pourrait ne valoir que rappel du principe de réparation intégrale, se rapporte ici à ce préjudice « automatique » et rehausse sa consécration. Troisièmement, l'attendu n'évoque pas la réalisation du risque. On pourrait directement en déduire qu'il ne l'érige donc pas en condition. Ce serait toutefois un raisonnement *a contrario* un peu court. En l'espèce le risque s'est réalisé. La règle énoncée pourrait reposer sur ce présumé. Cependant, l'interprétation précédente selon laquelle le défaut d'information cause nécessairement un préjudice démontre que le manquement est à sa seule source, à l'exclusion de la configuration des faits. Le raisonnement de la Cour nous semble reposer sur des considérations étrangères à la souffrance du patient, que celle-ci soit d'ailleurs appréciée concrètement, par rapport à sa situation effective, ou abstraitement, par rapport aux peines d'un individu lambda placé dans la même situation. C'est sur ce point qu'il se détache du vrai préjudice d'impréparation. Il n'a d'égard à aucun sentiment, aucun détriment, ni à l'impréparation-anticipation, ni à l'impréparation-frustration. Il s'arrête à la lésion. Là où l'objectivité du vrai préjudice d'impréparation posait la question de son évaluation, l'objectivité du faux préjudice d'impréparation pose celle de son existence même. C'est en cela qu'il est doublement faux : ce n'est pas une « impréparation », ce n'est pas même un « préjudice ».

132.- **Une source tarie mais pas croupie.** Voici un chapitre sur une source, isolée, unique et renversée ? On en revient à la question « existentielle » que pose le préjudice d'impréparation¹³⁷. Ne serait-il que spéculation ? Les arrêts de 2010 et 2012 sont chronologiquement antérieurs à ceux qui semblent les avoir abandonnés en privilégiant le vrai

¹³⁵ Rappel : Cass. 1ère civ., 3 juin 2010 n 09-13591, FS-P+B+R+I D. 2010, p. 1522, note P. SARGOS ; JCP G 2010, p. 788, note S. PORCHY-SIMON ; RDC 2010, p. 1235, obs. J-S. BORGHETTI ; RTD civ. 2010, p. 571, obs. P. JOURDAIN

¹³⁶ Evoquée notamment par messieurs Jourdain et Borghetti dans leurs notes respectives, tous deux y voyant un danger dont il faudrait se garder - analyse à laquelle nous souscrivons pleinement. C'est donc, contre un tel « préjudice » inhérent à la violation d'un droit, un pamphlet qui s'annonce.

¹³⁷ Supra n°28 et s.

préjudice d'impréparation. Ils illustrent toutefois une tendance à l'extension de la responsabilité bien plus ample et corruptrice que la précédente, qui mérite l'attention parce qu'elle couve une révolution conceptuelle du préjudice et un renversement des fonctions de la responsabilité. Si elle est aujourd'hui chassée de la matière médicale, rien ne dit qu'on ne l'y retrouvera pas demain, tant elle peut être attractive et prédatrice. Mieux, des procédés de raisonnement similaires imprègnent d'autres matières et laissent tout sauf absurde l'éventualité de sa réintroduction dans l'état du droit, dans un domaine où la reformulation doctrino-jurisprudentielle des trois notions indéfinies de l'article 1240 du Code civil règne sans partage, sur un empire où le précédent fragile n'a pas d'autorité. C'est pourquoi le potentiel de la source, qu'il touche au sens, à la valeur ou à la portée de l'arrêt qui la retient, contrebalance la faiblesse de son débit. L'induction qu'on opère à partir d'elle est vertigineuse.

133.- On constate *a minima* une réduction du préjudice (I), atrophié dans la conception objective de l'atteinte au droit subjectif, qui implique, par un jeu de vases communicants, une hypertrophie du fait générateur (II), lequel tend à devenir la condition unique de cette forme de responsabilité.

Section I : L'atrophie du préjudice

134.- **Lésion du droit subjectif, intérêt licite.** Que répare-t-on là ? Un préjudice, sinon rien – au moins un « dommage » dit le texte le plus célèbre du Code civil. L'article 1235 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile de 2017, quant à lui, énonce qu'« [e]st réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et *consistant dans la lésion d'un intérêt* licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ». Quel intérêt est-il ici en cause ? Le droit subjectif avons-nous dit. Le droit subjectif peut être défini comme « une prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »¹³⁸. Il est un moyen dont dispose l'individu de protéger la poursuite d'un intérêt. Le Droit accorde une protection à cet intérêt par une sanction. Et cette sanction pourrait être la responsabilité civile dès lors qu'une faute lèse cet intérêt. Si la lésion d'un intérêt renvoie sans doute à une réalité bien plus large, elle englobe certainement cette atteinte au droit subjectif qui semble s'incarner dans le faux préjudice d'impréparation. On peut même y voir une assimilation, comme Mme Bary qui définit le droit subjectif comme : « l'intérêt considéré par la loi digne de protection juridique »¹³⁹.

135.- **Effort d'identification du « préjudice »**¹⁴⁰. L'équilibre entre les trois conditions de la responsabilité est mis à l'épreuve car ce « préjudice » perd en relief et avec

¹³⁸ G. CORNU Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 13^{ème} éd

¹³⁹ M. BARY « L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information », LPA, 30 septembre 2010, p.15

¹⁴⁰ Entre guillemets car on dira qu'il n'en est pas un.

lui tout le processus de cause à effet puisqu'il ne semble y avoir d'effet que dans la réalisation de la cause. Du préjudice on interrogera la consistance, l'existence, la persistance. Le manque de concret, le trop d'abstrait, le faussent et le condamnent. Il est en quelque sorte aplati parce que trop étiré. C'est ce qui le rend impalpable. Quel est donc ce préjudice que le défaut d'information cause tout seul, indépendamment des circonstances de fait, dans l'abstrait ? Postuler l'atrophie, c'est partir du double présumé de la moindre consistance et de l'existence persistante. Le premier sera vérifié, le deuxième dénié. A assimiler les notions de dommage et de préjudice, l'atteinte au droit constitue bien un dommage/préjudice, mais dont le relief est bien mince. Le préjudice est rétracté (§1), voire même déguisé. A les distinguer, l'atteinte est dommage et le préjudice n'est rien. Le préjudice a disparu (§2).

§1 Le déguisement du préjudice : l'atteinte au droit subjectif

136.- **La nature extrapatrimoniale de l'atteinte au droit subjectif.** Il est plus aisé de savoir ce que ce préjudice-là n'est pas, plutôt que de déterminer ce qu'il est précisément. Ce n'est pas un préjudice issu d'une atteinte au corps, il n'y est même aucunement lié puisqu'il est totalement indépendant de la réalisation du risque. Il n'est pas matériel. Il n'a pas de dimension directement patrimoniale, économique. A contrario, il serait un préjudice extrapatrimonial, à dimension incorporelle. Mais tout préjudice extrapatrimonial est-il un préjudice moral ? Comme le préjudice objectif d'impréparation est détaché de la souffrance concrète, peut-on censément le qualifier comme tel ? Si on dépasse cette question de sémantique, il reste à déterminer quels sont précisément ces intérêts ou droits subjectifs atteints par le défaut d'information. Force est de constater que la difficulté de les identifier (A) révèle la faiblesse de leur consistance (B).

A. L'identification délicate de l'intérêt lésé

137.- L'intérêt directement en cause est le droit à l'information qui naît de la norme qui prescrit l'obligation de la délivrer à un créancier déterminé. L'atteinte provient de la violation de ce standard par le débiteur. Dire cela n'est pourtant pas dire grand-chose car l'idée d'un « droit à l'information » ne va pas d'elle-même. Il faut lui trouver un fondement. C'est là où le bât blesse. Aucune démonstration ne nous convainc. Ni celle de la jurisprudence de 2010 qui ne semble concevoir qu'un « droit à l'information du patient », subordonné à la dignité humaine et au droit au respect de l'intégrité physique, ainsi cantonné à la matière médicale (1). Ni celle qui conclurait à l'autonomie du droit à l'information, au détour de l'atteinte au droit de créance ou au travers de la protection du libre arbitre (2).

1. L'atteinte à un droit à l'information hétéronome

138.- **Un visa restrictif.** L'arrêt de 2010 vise les articles 16 et 16-3 alinéa 2 du Code civil, dont il déduit le droit à l'information du patient. Le pont est édifié, directement entre l'information et la dignité humaine et indirectement entre l'information et l'intégrité

physique. La mise en parallèle des textes spéciaux avec l'article 1382 ancien impliquerait une relativisation de ce dernier à l'aune de la singularité des premiers. Elle induirait un resserrement de la solution au sens où l'information est ici due dans un cadre très spécifique : celui du patient qui abandonne son corps à la dextérité de la médecine. Il est notable que la jurisprudence postérieure la plus récente, celle de 2020, vise toujours ces deux articles alors qu'elle laisse perdurer l'abandon du préjudice d'impréparation objectif. Cette remarque pourrait donner lieu à des conclusions diverses et assez spéculatives qu'on préférera remplacer par une nouvelle touche de scepticisme envers la cohérence de l'édifice jurisprudentiel. Quoiqu'il en soit, tout participe de l'idée que le seul visa soit de l'article 1382 ancien soit de l'article L.1111-2 du Code de la santé publique, en ce qu'il référerait au seul manquement à une obligation d'information, ne suffirait pas. Cela exprime une forme de hiérarchie dans les obligations d'information, en fonction de l'objet de cette dernière. L'idée nous semble assez pertinente¹⁴¹.

139.- La faiblesse du rattachement du droit à l'information à la protection de l'intégrité physique. En premier lieu, l'atteinte au corps humain suppose un consentement parfaitement éclairé, c'est un principe de notre civilisation que relaie l'article 16-3. Certes. Pourtant dès lors que la délivrance de l'information n'aurait pas influé sur le cours des choses et soustrait le patient au risque, il n'y a aucun lien concret entre la protection du corps et le droit à l'information. La distinction déjà fuyante entre information en général et information sur un risque (de dommage corporel) n'a de sens que lorsque l'information peut permettre d'éviter le risque ou sa réalisation. L'indifférence de l'atteinte au droit subjectif vis-à-vis de la réalisation du risque détache l'information de la protection de l'intégrité corporelle. Cela rend bien vain le visa de la Cour, lequel ne cantonne pas, en dépit des apparences, la portée de la décision à la matière médicale ou aux informations ayant pour objet un risque d'atteinte physique.

140.- L'ambiguïté du rattachement du droit à l'information à la dignité humaine. En second lieu, le droit à l'information du patient procéderait du respect de la dignité humaine, principe constitutionnel¹⁴². « Le défaut d'information qui infantilise le patient est souvent ressenti comme une atteinte à la dignité de la personne, constitutive d'un préjudice moral spécifique, dont l'indemnisation demeurerait en tout état de cause à la victime »¹⁴³. Sans s'épancher sur l'indétermination du concept de dignité humaine et sur ses extensions actuelles et croissantes qui remettent en cause sa profondeur, il nous semble néanmoins que son rattachement au droit à l'information dépasse la matière thérapeutique pour toucher au respect du libre arbitre de l'être humain. Ce cheminement conduit sur la pente du droit subjectif autonome à l'information – et révèle une nouvelle fois le potentiel d'expansion du préjudice objectif d'impréparation.

¹⁴¹ Supra, n°91 sur le risque corporel. Les mêmes remarques valent ici. Dans le sens d'un droit à l'information du patient autonome, C. CRETON, note sous Cass. civ.1^{ère} 3 juin 2010, D. p.2092

¹⁴² Cass., civ.1^{ère} 9 octobre 2001, Grands arrêts de la jurisprudence civile

¹⁴³ Y. LAMBERT-FAIVRE, Droit du dommage corporel, Dalloz, 2004, n° 591-2

2. L'atteinte à un droit à l'information autonome

141.- L'analyse relativement au droit de créance comme celle d'un droit à l'information en totale autonomie sont pareillement inaptes à justifier pleinement la solution adoptée en 2010 et ses prolongements conceptuels.

Le droit à l'information fondé sur un droit de créance

142.- **L'exécution par équivalent de l'obligation d'information ?** Le droit à l'information peut être rattaché à un droit de créance. L'atteinte affecterait alors plus le droit de créance que le droit à l'information lui-même, qui n'en est pas vraiment un. Le défaut d'information s'analyserait en inexécution d'une obligation préexistante. Des dommages-intérêts pourraient-ils faire fonction d'exécution par équivalent sans ainsi exiger la démonstration d'un préjudice ? Plusieurs obstacles se dressent.

143.- **Premier obstacle : la nature de l'obligation.** L'obligation d'informer en matière médicale a été contractuelle avant de devenir délictuelle puis strictement prévue par la loi. Elle est donc désormais légale¹⁴⁴. Or, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la responsabilité qui résulte d'une inexécution est de nature contractuelle. Pourtant les dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation tels que prévus par l'ancien article 1147 du Code civil se concevaient initialement pour les obligations de toute nature. L'axe cardinal de l'octroi de dommages-intérêts dans la présentation originelle du Code distinguait pour lui deux grands types de sources, la violation d'une obligation préexistante où l'indemnité avait une fonction d'exécution par équivalent, et la responsabilité qui découle d'un acte illicite qui avait seule fonction véritable de réparation¹⁴⁵. La source légale de l'obligation, dans ce schéma de pensée, serait donc indifférente à la poursuite du raisonnement. La notion de créance semble avoir le même sens, qu'elle soit de nature contractuelle ou légale au sens large ; l'on parle bien d'ailleurs de « créance d'indemnité » de même que le voleur est débiteur d'une obligation non contractuelle de restitution...

144.- **Deuxième obstacle : la nature d'obligation.** La question se déplace sur le point de savoir si celui qui doit l'information est astreint à une véritable obligation, dont on peut exiger l'exécution, ou à un simple devoir, dont on ne peut se plaindre que de l'inexécution¹⁴⁶. Question assez abyssale.

145.- **Troisième obstacle : le droit positif.** Le droit positif est plutôt hostile à ce que la responsabilité contractuelle soit engagée au vu de la seule inexécution de l'obligation,

¹⁴⁴ Supra n°85

¹⁴⁵ Ph. REMY, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997 p.323 et s. ; D. TALLON, « L'exécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, éditions successives de son *Traité de la responsabilité civile*.

¹⁴⁶ En ce sens, Ph. STOFFEL-MUNCK, « La relativité de la faute contractuelle », RDC 2007 n°2 p.587

^{127 bis} A l'image de « l'obligation » de sécurité. Comme elle, celle d'information a pu trouver son origine dans le « forçage du contrat ». Néanmoins, contrairement à elle, son inexécution ne se traduit pas toujours par un préjudice concret, là où l'inexécution de l'obligation de sécurité sera toujours démontrée par la réalisation d'un dommage corporel, dont découle nécessairement une perte quelconque.

indépendamment du préjudice subi¹⁴⁷. L'article 1231-2, 1149 ancien, énonce bien que les dommages intérêts sont pour le créancier « de la perte subie » ou « du gain dont il a été privé » et l'intitulé de la sous-section 5, qui contient des dispositions sur la responsabilité contractuelle, renvoie expressément à « la réparation du *préjudice résultant de l'inexécution du contrat* ». Néanmoins, on pourrait rétorquer qu'il est une exception prétorienne à la nécessité du préjudice pour les obligations de ne pas faire¹⁴⁸ et que l'atteinte au droit à l'information est peut-être en passe de les rejoindre.

146.- **Quatrième obstacle : la temporalité.** Au surplus, même à admettre ce raisonnement, séduisant à certains égards, comment évaluer ces dommages-intérêts alors même que l'information n'a de valeur que lorsqu'elle n'est pas connue et qu'elle peut encore influencer sur le cours des choses (la valeur d'une prestation de délivrance d'information n'est pas la valeur d'une chose à livrer...)? S'il s'agit bien de l'exécution d'une prestation, cette structure accréditant la thèse de l'obligation par rapport à celle du devoir, toute modalité d'exécution en réaction à l'inexécution est vaine. Le problème est temporel : il n'y a plus d'intérêt, une fois le contrat conclu, à demander l'exécution. La fonction de paiement de la responsabilité contractuelle n'est ici d'aucun secours. En réalité, si ce raisonnement permet de se libérer de la notion de faute en matière contractuelle, il est inadapté sur le champ du préjudice, lequel exerce une irrésistible attraction.

Le droit à l'information fondé sur le libre arbitre

147.- **L'atteinte au libre arbitre.** Dans ce cadre de raisonnement, le manquement au droit à l'information causerait une atteinte au respect dû au libre arbitre, forme plus large de respect de la dignité humaine, qui correspond à la lutte du droit contre le mépris de la subjectivité de l'autre. Voilà un heurt à l'autonomie du patient et à sa liberté de choix, dans l'abstrait, peu importe l'issue concrète de ce choix : « le non-respect de la volonté serait en soi un préjudice »¹⁴⁹. Voir un préjudice dans la violation d'un droit peut s'entendre d'un « sentiment de frustration qu'engendrerait le mépris dans lequel l'auteur de l'acte critiqué tient le droit qu'il a méconnu »¹⁵⁰. Mais puisque cette frustration (encore la frustration...) est, dans ce schéma de pensée, nécessairement impliquée par l'atteinte au libre arbitre, c'est cette dernière qui tient lieu de référence.

148.- **De l'intérêt individuel à l'intérêt collectif.** L'atteinte au libre arbitre, par sa généralité et son objectivité, présente une dimension collective¹⁵¹. Ce n'est plus tant un intérêt individuel qui est protégé en particulier mais l'intérêt de chaque individu dans la collectivité,

¹⁴⁷ Ainsi Cass Civ.1^{ère} 22 novembre 2017 malgré contra. et isolés Cass Soc. 4 décembre 2002

¹⁴⁸ Civ.1^{ère} 31 mai 2007, pour une obligation de non concurrence violée alors que le bénéficiaire avait cessé son activité. Jurisprudence contestable.

¹⁴⁹ P.JOURDAIN, obs. ss. Cass. Civ.1^{ère} 6 juin 2010, RTD civ. 2010, p. 571

¹⁵⁰ JHERING, La lutte pour le droit Dalloz, éd. 2006 p.44 et s. et 86 et s. ; DORVILLE, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse Paris, 1901, p.149

¹⁵¹ Influence médiate de la collectivité dans l'objectivation du « dommage » (employé ici au sens de préjudice) exposé par O. BERG, « Le dommage objectif », Mélanges G. VINEY, p.70. L'auteur prend la réparation du préjudice moral de l'inconscient pour exemple ainsi que celle du préjudice de « naître handicapé » reconnu par l'affaire Perruche qui s'écartent de la « recherche du désavantage subi par la victime », ignorent la « situation spécifique » de la victime, pour lui substituer la question de savoir s'il est « plus conforme à nos valeurs d'admettre le recours ». Le préjudice concerne l'homme, sa dignité, celle de la collectivité des individus.

en ce sens où tout être humain à qui l'on doit une information verrait son libre arbitre atteint par le silence de celui qui la doit. Sa créance d'information postulait que le plein exercice de son libre arbitre se devait d'être entouré d'éléments de connaissance supplémentaires. Lui dénier ce droit au savoir, c'est attenter à ce droit au libre arbitre de tout membre d'une société qui prône l'élévation de l'esprit. Puis, de l'intérêt de tous les individus à l'intérêt commun, de la collection à la collectivité, il n'y a qu'un pas. C'est la société elle-même qui pâtit de la dissimulation du savoir. Evidemment ce raisonnement est intenable puisque toute collectivité souffre des atteintes à sa norme, son objectif politique étant compromis par la violation de la loi. Dès lors que le préjudice se confond avec la faute, il est aisé de conclure qu'il est subi par la collectivité, la contrainte juridique ici violée ayant été édictée dans l'intérêt général, systématiquement. La question est de savoir s'il faut accorder une primauté particulière à l'objectif gardé par la règle ignorée.

149.- Objection : l'incompatibilité du libre arbitre et du rapport interpersonnel. L'idée de libre arbitre renvoie un peu au droit naturel, et a une dimension spirituelle, presque religieuse. Or dire que le libre arbitre dépend de l'action de l'autre c'est nier le fait qu'il s'attache par essence à l'individu. Il se définit dans l'indépendance vis-à-vis d'une créance, d'un rapport interpersonnel. Il semble impossible à transcrire dans une obligation. Il relève d'un rapport avec soi-même.

150.- Conclusion intermédiaire : On a beau chercher à quel intérêt¹⁵² précis se rapporte l'atteinte, la pertinence de chaque rattachement peut être mise en doute. Ces costumes mal taillés sont autant de déguisements du préjudice, qui marquent une réticence à sortir du cadre traditionnel des conditions de la responsabilité alors que la « réparation » répond ici à d'autres objectifs et n'est pas essentiellement indemnitaire. Quelles raisons profondes empêchent le juge de sortir de ce carcan, qui plus est jurisprudentiel ? Cette question de sociologie recoupe celle de l'articulation entre les droits subjectifs et la responsabilité. Cette dernière semble utilisée dans le but d'assurer, sans réel succès, l'effectivité des premiers.

B. La promotion relative du droit atteint

1. L'effet reconnaissant de la responsabilité

151.- Préexistence de la responsabilité au droit subjectif. La recherche de l'intérêt lésé à partir d'un préjudice si objectif laisse peu de raisons purement techniques pour conclure à son cantonnement au sein de la matière médicale. Le concept se présente davantage comme le préjudice réparable du seul fait d'un défaut d'information quelconque, quand l'intérêt résiderait dans le droit d'être informé ou, plus encore, dans le droit de chaque individu à voir respecter la loi qui le protège. En effet, dès lors que l'arrêt de 2010 est lu comme permettant l'indemnisation de l'atteinte au droit subjectif à l'information¹⁵³, indépendamment de la

¹⁵² L'échec de cette recherche met en exergue, s'il en était besoin, l'équivoque de la notion d' « intérêt », qui présente un pouvoir paradoxal d'évocation ; si indéfini, il ne peut qu'être consensuel et devient alors indispensable à la présentation du dommage alors qu'une même unanimité conclut à son indétermination.

¹⁵³ En ce sens M. BARY, « L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information », note sous Civ. 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13.591, LPA 30 sept. 2010, p. 15. Cet effet « reconnaissant » se manifeste à d'autres endroits, comme sous l'empire d'un droit antérieur où l'arrêt Perruche avait indemnisé le fait pour un enfant d'être né

survenue des risques corporels encourus, un tel droit à l'information est reconnu. C'est l'effet reconnaissant de la responsabilité qui pare de légitimité les intérêts lésés qu'elle répare. S'il n'avait auparavant guère de stature, le droit à l'information peut désormais revêtir l'armure que son adoubement lui procure. Il n'est donc pas certain, en dépit de la présence d'une obligation d'information préexistante, que le droit précède ici la responsabilité. Car c'est cette dernière, en tant que vecteur de la sanction, qui donne au droit subjectif sa densité, sa réalité¹⁵⁴. Il semble que la responsabilité ait contribué à la formation de nombreux droits subjectifs¹⁵⁵, et particulièrement du droit à l'information comme de ceux de « seconde génération » par opposition à des droits plus « évidents » car davantage ancrés dans l'histoire, comme la propriété¹⁵⁶.

152.- Limites politiques de la consécration d'un droit à l'information. L'essor du droit à l'information renvoie à un certain modèle de société, qui peut être rattaché à ce que certains appellent la « postmodernité »¹⁵⁷, où les aspirations individuelles sont magnifiées, l'information étant due à tous par tous. Il n'est pourtant pas d'évidence. Portalis disait : « On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage. Il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables... » « La loi ne doit pas empêcher l'homme de faire usage de sa propre raison ». « La surveillance permanente ne serait qu'une longue et honteuse minorité ». Et il faudrait bien se garder de « fondamentaliser » des droits qui ne seraient que « l'écume d'une époque »¹⁵⁸. Aujourd'hui les détracteurs du droit de la consommation dénoncent l'infantilisation du consommateur et le disent traité comme un incapable. Le force de la critique est toutefois grandement atténuée en matière médicale, où le patient est dans une situation où il n'a pas vraiment d'accès ni de contrôle sur l'information. Il n'en reste pas moins que la création de ce droit « à » « procède par valorisation de l'intérêt du créancier »¹⁵⁹ sans intégrer d'égard à celui du débiteur. Cette « priorité donnée au bienfait sur la charge »¹⁶⁰ appelle une nouvelle série de nuances ; il ne faut pas oublier que l'information découle d'un lien de droit, qu'elle n'est pas un cadeau qui sourd aux pieds de celui qui en tirerait aubaine mais un tribut versé par celui qui est contraint.

handicapé. C'est en un sens protéger le « droit de ne pas naître », V. J. HAUSER, « Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs », RTD Civ. 1996, p. 871.

¹⁵⁴ L'analyse dualiste de l'obligation, en *debitum* et *obligatio*, ou *Schuld* et *Haftung*, comprend la sanction dans sa définition, sans laquelle l'obligation – juridique- ne peut réellement exister. La contrainte effective participe de son essence.

¹⁵⁵ T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD Civ. 2007, p. 227, spéc. n° 24, note 143

¹⁵⁶ Ce qui invite à une réflexion plus générale ; qu'est-ce qu'un droit fondamental indépendamment de la RC ? Il sert à l'arbitrage des intérêts qui participent à la formation et à l'application de la loi, fonction plus saillante aujourd'hui qu'hier avec l'essor des contrôles de proportionnalité ; mécanisme qui répond à ses atteintes issues de la loi, quand la responsabilité serait celui qui sanctionnerait celles issues de l'action des personnes. Par-là la responsabilité participe de la consécration du droit fondamental.

¹⁵⁷ J.-F. LYOTARD, « La condition postmoderne, rapport sur le savoir », 1979

¹⁵⁸ Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? » RCADI, n°247.

¹⁵⁹ « Il est incontestable que les découvertes d'obligations d'information ont été et sont portées par un fort mouvement de faveur pour l'un, dans une indifférence certaine au coût pour l'autre », M. PICHARD, *Le droit à, Etude de législation française*, Economica, Recherches juridiques 2006, préf. M. GOBERT n°150.

¹⁶⁰ Ibid, n°150

153.- **Vers le correctif de la proportionnalité ?** L'illicéité systématique du constat de l'atteinte objective à la prérogative individuelle que constitue le droit subjectif n'est pas d'évidence¹⁶¹, précisément car les intérêts en jeu sont pluriels alors qu'elle se focalise sur un seul et s'enferme dans cette autarcie réductrice. C'est là une menace pour les libertés des responsables à qui sont imputés ces fautes si largement comprises¹⁶². M. Berg estime que le principe devrait demeurer la liberté de causer des atteintes aux intérêts incorporels d'autrui et que « les faits illicites en cause [devraient être] dégagés par le biais d'une autre méthode et, précisément, par une mise en balance des valeurs et intérêts en présence »¹⁶³. Le droit positif y procède en matière d'atteinte à la vie privée, éventuellement justifiée par le droit à l'information du public qui inhibe l'illicéité du fait générateur. La dynamique qui porte le faux préjudice d'impréparation tend au dévoiement du concept de préjudice par sa simplification excessive¹⁶⁴. En contrepartie elle pourrait emporter un pareil affinement de l'approche de la faute, bien que nous estimions manquer de recul pour le louer et considérons qu'il n'exclurait pas le rejet de l'autre. Ce pourrait être une perspective, relativement à l'atteinte objective au droit à l'information, qui empêcherait le sacrifice de l'intérêt du débiteur sur l'autel de la reconnaissance et de l'effectivité du droit du créancier.

2. L'influence du raisonnement fondamentaliste sur la responsabilité

154.- **La responsabilité, catalyseur d'effectivité des droits subjectifs.** La « pulvérisation » des droits subjectifs, dont la plupart ont rejoint les rangs bien épais des fondamentaux, a pu aboutir à ce que la seule atteinte à l'un d'entre eux appelle réparation¹⁶⁵. C'est le même phénomène qu'on observe avec le droit à l'information, que la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs pu lier, à de nombreuses reprises, au droit à la vie privée, même s'il n'a pas pleinement acquis ses « lettres de fondamentalité »¹⁶⁶. Le droit subjectif, argument pris qu'il est souvent « fondamental », modifie les arcanes du droit de la responsabilité que le juge utilise non plus comme un instrument de réparation mais comme un catalyseur d'effectivité des droits.

155.- **Une clause trop générale pour ne pas devoir s'adapter ?** Appliquer à un droit subjectif les règles de la responsabilité civile reviendrait à le dévaluer, le dévaloriser, à en amoindrir la portée. Exiger un préjudice distinct de l'atteinte, c'est ajouter une contrainte, une condition d'application effective. Peut-être n'est-ce pas la responsabilité civile qui est tordue et dévoyée par l'essor des droits fondamentaux mais les droits fondamentaux qui sont perturbés par la responsabilité civile, qui exerce sur eux une telle force d'attraction qu'elle les

¹⁶¹ Notamment la démonstration de O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. Essai d'une théorie en droit français et allemand*, préf. G. Viney, Bruylant, LGDJ, 2006 n°451 et s.

¹⁶² Ph. le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit. n°1306

¹⁶³ O. BERG, préc. n°484

¹⁶⁴ *Infra* n°159 et s.

¹⁶⁵ Voir plus bas, avec la vie privée, le droit d'accès à la justice, la liberté d'entreprendre – et la propriété, sur un volet un peu à part...

¹⁶⁶ Lorsqu'il s'agit de l'information du public, il est le versant passif de la liberté d'expression, mais ici il se rapporte à un individu particulier.

contraint à se placer en orbite autour d'elle, ce qui n'est pas ainsi pour elle sans turbulence. Elle, qui « brouille toutes les catégories juridiques » par son « ampleur extraordinaire » selon Roubier¹⁶⁷. Elle qui « absorbe » les autres règles de droit par une « tendance dangereuse »¹⁶⁸. Elle qui s'autorise tant « d'intrusions osées »¹⁶⁹. N'aurait-elle pas alors vocation à être subsidiaire ? A faire silence et ployer le genou devant les droits fondamentaux ?

156.- **Renversement du postulat d'effectivité.** La reconnaissance du préjudice objectif d'impréparation, par son aspect dissuasif, aurait pour effet d'accroître l'effectivité du droit à l'information quand celle-ci s'effrite lorsque son respect doit passer l'épreuve des conditions de la responsabilité¹⁷⁰. Mais comme le souligne M. Borghetti « la multiplication des « droits à » tend nécessairement à amoindrir leur force et il est permis de penser que l'ineffectivité de beaucoup d'entre eux est le prix à payer pour le maintien d'un minimum de « vivre-ensemble » dans nos sociétés hyperindividualistes »¹⁷¹. Le corollaire de l'inflation est la dépréciation : la prolifération conduit à la dévaluation¹⁷².

157.- Conclusion intermédiaire. Voir un préjudice dans l'atteinte abstraite au droit subjectif dévalue profondément la réparation qui, censée être intégrale, s'épuise à rechercher une réalité à laquelle s'accoler. Les développements, déjà déroulés au sujet de la présomption de préjudice moral, quant à l'évaluation symbolique du préjudice qui découlerait de sa systématisme et de son inconsistance valent ici *a fortiori*. Car le préjudice ne correspond même plus à une souffrance supposée, il n'est pas un préjudice moral au sens classique du terme. Il se résume aussi simplement qu'imparfaitement dans la lésion du droit de l'autre. Réduit au symbole, il devient négligeable. Premièrement, l'effectivité des droits subjectifs n'en sort pas renforcée. Deuxièmement, il est si dérisoire qu'on pourrait se demander si la procédure civile ne pourrait enrayer ce que la responsabilité faut à canaliser : *de minimis non curat praetor* ?¹⁷³ Quel est l'intérêt à agir du plaignant qui ne souffre de rien ? Agir pour le droit, pour tout et pour rien à la fois ; la réparation de l'atteinte au droit subjectif marque la consécration d'une objectivité extrême dans le raisonnement, que traduit la disparition du préjudice en raison de son absorption par l'atteinte.

¹⁶⁷ P. ROUBIER, Théorie générale du droit, Sirey, 2^{ème} édition, 1951, p.111

¹⁶⁸ H. MAZEAUD, L' « absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D.1935, p.7 s.

¹⁶⁹ J. DABIN, La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Sirey-Bruylant, 1935, p.138 s.

¹⁷⁰ En ce sens, notamment, P. SARGOS, note sous Cass. Civ.1^{ère} 3 juin 2010, D., préc ; qui énonce néanmoins que 3000 euros, montant octroyé en l'espèce, n'assure pas le « respect du principe de proportionnalité ». Ce alors même que l'auteur approuve que « le manquement au devoir d'information soit réparé en tant que tel. On s'interroge donc : proportionnalité avec quoi puisqu'il n'y a pas forcément de préjudice ? Infra.

¹⁷¹ J.-S BORGHETTI, note sous Cass. Civ.1^{ère} 3 juin 2010, RDC préc.

¹⁷² Supra n°123 et s. Et Y. LEQUETTE, « Des juges littéralement irresponsables... », Mélanges J. Héron, 2008, p.311 et s.

¹⁷³ Toutefois l'adage semble davantage renvoyer à une dimension quantitative plutôt que qualitative, en ce sens où il appréhenderait plutôt les préjudices constitués mais portés à des montants négligeables plutôt que des préjudices non constitués du tout.

§2 La disparition du préjudice : le triomphe de l'objectivité

158.- Les victoires de l'objectivité quant à l'appréciation des conditions de la responsabilité ne sont pas nouvelles. Le fait générateur a connu un intense mouvement d'objectivation tout au long du XXème siècle, d'une part par la disparition de l'élément d'imputabilité morale de la faute, d'autre part par l'essor des faits générateurs objectifs entraînant des responsabilités « de plein droit ». Ce vent d'objectivité traverse désormais le préjudice, le bousculant hors du concret par le jeu des présomptions d'une part et d'autre part influant sur sa conceptualisation même. L'impréparation objective illustre à merveille ce dernier phénomène, en ce qu'elle ne semble plus pouvoir proprement s'analyser en une perte par rapport à un état antérieur. Elle ne repose pas sur un raisonnement qui consiste à se figurer ce qu'il serait advenu si le fait générateur n'avait pas eu lieu (A). Au surplus, elle témoigne plus généralement des excès du raisonnement *in abstracto* qui, à trop se défier de l'ordre concret, s'éloigne paradoxalement du raisonnable (B).

A. La mise à l'écart du raisonnement contrefactuel

159.- Le fait qu'aucun préjudice ne découle du dommage, lui seul appréhendé par la responsabilité (1) laisse apparaître une nouvelle conception de ce qu'on répare, le dommage/préjudice étant détaché de la perte par rapport à un état antérieur (2).

1. La fausseté du préjudice révélée par la distinction du dommage et du préjudice

160.- **Exposé de la distinction entre dommage et préjudice.** Le triomphe de l'objectivité, et par là le renversement conceptuel qu'instille le préjudice d'impréparation tel qu'exposé en 2010, peut être mis en exergue par la distinction doctrinale entre le dommage et le préjudice¹⁷⁴. Le premier serait l'atteinte et le second ses conséquences. « La *damnum* désigne la lésion en son siège ». « Le *praejudicium* [sa] conséquence néfaste »¹⁷⁵. Le dommage est ainsi « l'atteinte au corps humain, à une chose, à un droit, à une activité ou à une situation »¹⁷⁶ là où le préjudice est « le détriment, patrimonial ou extrapatrimonial subi par la victime consécutivement au dommage »¹⁷⁷.

¹⁷⁴R. RODIERE, note sous Cass, civ. 1ère, 21 oct. 1952, JCP G 1953.II.7592 ; BENOIT F.-P, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », JCP G 1957.I.1351 ; S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction entre le dommage et le préjudice en droit privé français*, th.Grenoble II, 1994 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité extra-contractuelle », Méf. Viney, LGDJ 2008, p.145.

¹⁷⁵Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK., préc. n°56

¹⁷⁶Leduc F. « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? » préc. ; l'auteur considère en outre que le dommage est une notion de pur fait – de telle sorte que lorsque sa caractérisation implique un jugement de valeur parce que l'atteinte est portée à un intérêt immatériel il se confond avec la faute, cet entremêlement traduisant

161.- Le dommage, en tant qu'atteinte, est abstrait et détaché des sensations de la victime. Il serait la « notion première et objective, existant indépendamment de la qualité de l'individu qui en est victime »¹⁷⁸ quand le préjudice la « notion subjective et dérivée qui se définit, elle, comme la conséquence de cette lésion ». M. Cadiet nuance ainsi cette définition partagée par la majorité de la doctrine et faussement reprise à l'article 1235 du Projet de réforme de la responsabilité de 2017 selon lequel « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant dans la *lésion d'un intérêt* licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ». En effet, la lésion d'un intérêt, objective, n'apparaît s'identifier qu'au dommage, le préjudice, distinct par le fait qu'il est individualisé, relatif à une victime particulière, lui étant postérieur chronologiquement.

162.- **La fausse impréparation, un dommage sans préjudice.** La réparation de l'atteinte au droit à l'information en l'absence de réalisation du risque n'a point d'égard à « l'impact individualisé et singularisé du fait objectif »¹⁷⁹ sur la victime, c'est-à-dire au préjudice qui résulte des conséquences de l'atteinte au droit subjectif à l'information. Par conséquent, le juge ne recherche pas quel aurait été le déroulement ordinaire des choses dans un scénario contrefactuel. Son raisonnement est stoppé en amont, au stade du seul constat de la faute, ou bien du dommage, les deux en l'espèce s'entrelaçant. En effet le fait générateur cause l'atteinte au droit subjectif qui peut elle-même avoir des répercussions patrimoniales ou extrapatrimoniales sur le titulaire du droit. Mais le « faux » préjudice d'impréparation n'a cure de ces conséquences concrètes, elles lui indiffèrent. C'est en cela qu'il est faux : la qualification de « préjudice » ne recouvre ici que le dommage, atteinte objective.

163.- **L'identité contestable du dommage et du préjudice.** Le préjudice est alors considéré comme nécessairement causé par le dommage, impliqué avec automatisme parce qu'absorbé par lui. Aussi la responsabilité civile devient-elle indifférente au « besoin indemnitaire »¹⁸⁰ « Peu importe qu'une victime souffre effectivement, désormais, dès lors que le constat de la violation d'un de ses droits subjectifs implique qu'elle aurait dû souffrir. »¹⁸¹. C'est dans ce système là que s'épanouit le « faux » préjudice d'impréparation. La distinction du dommage et du préjudice a l'intérêt de montrer clairement que la réparation s'arrête au stade du dommage. La notion de préjudice telle que cette distinction la conçoit ne recouvre donc pas toutes les hypothèses de réparation en droit positif. Une distinction doctrinale voisine systématise ce phénomène d'extension.

une inadaptabilité ponctuelle de la distinction au droit positif. Il reste que le droit semble pouvoir exercer une influence sur la définition du dommage, qui pourrait donc être empreint de juridicité, notamment dans une perspective de différenciation voire de sélection des intérêts qu'il protégerait.

¹⁷⁷ F. LEDUC, *ibid*

¹⁷⁸ L. CADIET, « Le préjudice d'agrément », th. Poitiers 1983 p.373

¹⁷⁹ L. CADIET, *ibid*, n°330

¹⁸⁰ C. BLOCH, *ibid.*, n° 2122.23, p. 508

¹⁸¹ H. MERAL, *ibid*, n°592

2. La fausseté du préjudice confirmée par la distinction du « préjudice-différence » et du « préjudice-lésion »¹⁸²

164.- Le raisonnement contrefactuel serait la clef de compréhension historique et philosophique de la mise en œuvre juridique de la responsabilité. Il permet de déterminer la causalité et le préjudice au travers de la projection d'un scénario fictif dont le déroulement est basé sur la reconstitution¹⁸³ de ce qui serait advenu si le fait générateur n'avait pas eu lieu. Si une différence apparaît entre le cours réel des choses et son idéal fictif, elle constitue le préjudice dont la causalité avec le fait générateur est établie.

165.- **L'impréparation subjective, « préjudice-différence ».** En matière d'impréparation, le raisonnement contrefactuel se saisit de l'information et s'attache à deviner ce qu'elle change, ou plutôt ce qu'elle aurait changé si elle avait été dite. Il s'agit alors de replacer fictivement celui auquel l'information était due dans la situation dans laquelle il aurait été si celle-ci avait été délivrée. En termes généraux, de replacer fictivement la « victime » dans la situation dans laquelle elle aurait été si le fait générateur n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire l'omission advenue¹⁸⁴. C'est mobiliser ce raisonnement contrefactuel qui postule qu'il est un cours ordinaire des choses perturbé par un événement dont la responsabilité aspire à gommer l'existence, non pour revenir à son seuil, avant qu'il ne se produise, mais pour raccrocher a posteriori le cours de la vie à la normalité¹⁸⁵. L'évènement ainsi ôté, condition *sine qua non*, sera ainsi vérifié être la cause¹⁸⁶. Telle est l'approche classique de la responsabilité. Le dommage est une perte issue de la différence entre deux états : un état normal fictif et un état anormal réel. Dans le premier, on est informé donc préparé, dans le second on n'est pas informé donc « impréparé ». Il faut alors donner à « l'impréparé » une somme qui correspond à la différence entre ces deux états qu'il s'agit de combler entièrement pour rétablir l'équilibre initial rompu par le fait dommageable. Le passage d'un état à un autre est ici marqué par le défaut d'information et la différence par l'impréparation dont on a conclu qu'elle s'attachait plutôt à une aggravation de la frustration. « Préjudice-différence », elle est alors réparée en tant que telle, dans son aspect moral au moins. Elle est certes évaluée artificiellement, comme on l'a dit, mais la créance de réparation a bien vocation à compenser la perte contrefactuelle, la « perte de moindre frustration », la différence entre un état normalement frustré car informé et un état anormalement frustré car

¹⁸² H. MERAL, *ibid*

¹⁸³ La responsabilité a un « caractère inéluctablement rétrospectif », « c'est toujours regarder vers l'arrière » ; J.-S BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité ? » in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? », actes de colloque du M2.DPG dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, D. Thèmes et commentaires, p.12

¹⁸⁴ Ce qu'exprime clairement le droit allemand, au §249 (1) du BGB : « Celui qui est tenu à la réparation d'un dommage doit rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait d'où résulte l'obligation de réparer n'était pas survenu »

¹⁸⁵ A nouveau, le BGB, explicite, §252 : « Est considéré comme gain manqué celui que l'on pouvait vraisemblablement espérer d'après le cours normal des choses » ; on voit bien l'appréhension de la différence entre deux états.

¹⁸⁶ « Lorsqu'il s'agit d'évaluer la causalité de l'omission, il faut imaginer la conduite positive correcte qui aurait dû être tenue », QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, th., n°208, p.181

non informé. C'est le raisonnement classique. Il se place toutefois ici moins dans une logique d'effacement que d'avènement, en raison de la structure obligationnelle du fait générateur¹⁸⁷.

166.- **L'impréparation objective, « préjudice-lésion ».** Le faux préjudice d'impréparation quant à lui ne mobilise pas le raisonnement contrefactuel. Il se s'agit plus de se demander ce qu'a perdu la victime mais simplement de constater la lésion de l'un de ses intérêts – ce qui correspond à la définition que l'article 1235 du projet donne du préjudice. En somme, le « préjudice-lésion » serait la cause du « préjudice-différence ». La distinction recoupe ainsi dans une large mesure celle du dommage et du préjudice, à ceci près qu'elle insiste sur le processus de raisonnement. Pour l'auteur, il serait souhaitable que la réparation soit conditionnée à l'addition de la lésion causée par le fait générateur et de la perte contrefactuelle en résultant¹⁸⁸. Pourtant, c'est vers l'évincement de cette dernière que conduit l'impréparation objective, qui marquerait l'autonomie de la lésion et laisserait supplanté le préjudice-différence par le préjudice-lésion. N'est plus réparé que le « dommage causé », non plus le « préjudice subi », ce alors même qu'en cas de défaut d'information ce dernier n'existe souvent tout simplement pas. Voilà un domaine où « l'objectivation du concept de préjudice semble avoir atteint un stade beaucoup plus avancé et peut-être son stade final »¹⁸⁹. Après « la rupture avec l'auteur » on assiste à la « rupture avec la victime »¹⁹⁰. L'atrophie du préjudice est un euphémisme qui cache la disparition du préjudice.

B. Les dangers de l'hyper-objectivité

1. La rupture d'équilibre

167.- **Le présupposé du besoin d'équilibre.** Le droit, en quête de justice, est constamment à la recherche d'équilibre, d'une synergie entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif. A ce titre, le raisonnement juridique combine des approches *in concreto* et *in abstracto*. Tantôt il faut se pencher, tantôt se redresser. Ce sont deux attitudes d'esprit, l'une visant à coller à la réalité pour la traduire la plus loyalement en droit, l'autre aspirant à prendre de la hauteur, portée dans son ascension par l'idéal d'égalité et l'attrait de la raison. La première se base sur l'induction, l'autre sur la déduction. Entre elles, il s'agit plus d'une complémentarité que d'une opposition. Comme les deux plateaux d'une balance, ils font poids et contrepoids et doivent se compenser dans la recherche de la stabilité. Aussi postulerons nous puis vérifierons nous que le « bon concept » est plus celui qui est nuancé - soit objectif et teinté de subjectivisme, soit subjectif et mâtiné d'objectivisme - que celui qui, purement objectif ou subjectif, ne s'équilibre qu'avec un autre concept, à l'appréciation totalement opposée. Il faut sans doute rechercher l'équilibre au sein du même concept et pas entre les concepts.

¹⁸⁷ Supra n°142 et s.

¹⁸⁸ H. MERAL, *ibid* n°587

¹⁸⁹ *Ibid* n°588

¹⁹⁰ O. BERG, « Le dommage objectif », *Mel. Viney*, p.65

168.- **Le trop de subjectivité.** Premièrement, l'excès de subjectivité est évidemment malvenu. Que serait un droit qui se laisserait aveugler par les émotions et les passions de chacun, trompé par ce qui est au lieu d'être guidé par ce qui devrait être ? – si tant est que *l'in concreto* repose sur ce qui est et non sur ce qui semble être. Le concret ne se présente pas toujours sous le jour du vrai, et nombre sont les illusions qui le dénaturent. La notion subjective risque alors de coiffer un fait faussé, un vrai biaisé. Le concret est autant palpable qu'il est malléable. Pour le juge, cette ductile subjectivité est le terrain d'élection du jugement en équité, affranchi des rigueurs de l'abstraction. En somme, le droit s'embourberait si tant était qu'il fût plongé dans une trop grande quantité de subjectivité. C'est le risque de la psychologisation du préjudice et de la prise en compte croissante des déceptions et frustrations dépourvues de la force de l'évidence. Imagine-t-on ce père violant son enfant qui voudrait qu'on l'indemnise de la profonde frustration qu'il ressent depuis sa mort accidentelle du fait d'un tiers ?

169.- **Le trop d'objectivité.** Deuxièmement, est autant dangereux l'excès d'objectivité. L'approche *in abstracto*, elle, impose un cadre. D'une rigueur relative, certes, mais qui n'en existe pas moins. C'est alors à l'idée que le droit se fait de la raison qu'il incombe de corriger les déboires du subjectivisme. Elle ne peut pourtant se départir de la conception subjective du raisonnable des esprits, souvent brillants, qui se sont attelés, des siècles durant, à définir la raison et ont connu la consécration. Plus encore, l'abstrait, par sa généralité et son universalité, est lui aussi extrêmement malléable. L'invocation du raisonnable peut fonder une solution et son contraire. Elle constitue en puissance pour le juge le véhicule d'une perception profondément personnelle ou bien d'un parti pris « a-juridique », politique, religieux, philosophique... Si l'abstrait conjure l'imprévisibilité, c'est parce que l'appréciation du concept est plus ou moins alignée par les tribunaux, en l'espace d'une période donnée. Aussi l'abstrait se prête-il à l'instrumentalisation. La réparation de l'atteinte à un droit subjectif, vierge de préjudice, est l'illustration d'un Droit qui ne correspond que de trop loin à la réalité¹⁹¹. C'est imposer que l'individu lambda (déclinaison de l'homme raisonnable) subisse, objectivement, un préjudice irréel découlant d'un fait standardisé (l'atteinte, dans toute son abstraction).

170.- **La vérification du besoin d'équilibre.** Le préjudice d'impréparation au sens large se trouve écartelé entre ces deux extrêmes, entre un préjudice sans dommage et un dommage sans préjudice. Son versant objectif, le « faux », illustre trop bien la désincarnation d'une approche trop objective ; l'atteinte à la pudeur de son droit est mise sur le même plan que les plus graves dommages. Ce n'est pas un hasard si cette approche subvertit le but premier de la responsabilité civile : réparer une différence, effacer une perte ; comment ces notions, la différence et la perte, pourraient-elles se voir ôter toute subjectivité¹⁹² ?

¹⁹¹ Il y a d'autres exemples ponctuels, comme le cas de l'acceptation de l'offre par le silence qui la rend tacite lorsqu'elle est émise dans l'intérêt exclusif de son destinataire. D'où, par exemple, le procédé de formation de la convention d'assistance bénévole, qui présente le même degré d'artifice – avec cela de plus qu'y est greffée une obligation de sécurité de résultat, elle aussi produit d'une lecture très objective du contrat.

¹⁹² Il existe toutefois une nuance. La perte contrefactuelle peut être évaluée par rapport à ce qu'une victime peut « légitimement attendre », ce qui introduit dans la caractérisation du préjudice une forte dose d'objectivité, mais

171.- **L'équilibre à l'épreuve de l'individualisme ?** L'excès d'objectivité paraît moins connu que l'excès de subjectivité, à l'heure où l'on dénonce l'hyper-individualisme qui conduit à un recul de l'abstraction face à la méthode de la reconnaissance en droit international privé ou de la proportionnalité *in concreto* qui s'immisce désormais en toutes matières. C'est pourtant, semble-t-il, cette même influence des droits subjectifs qui y conduit, et dont il est difficile de ne pas conclure qu'elle est enceinte d'un germe d'excès...dans un sens ou dans l'autre. Lorsque le droit est trop centré sur un individu, il oublie qu'il veut appréhender une relation, qu'il fait face à une pluralité de sujets, qu'il n'y a pas qu'une partie au procès, qu'il régit une société. Ce qui conduit à une rupture d'équilibre. C'est la cause de celle-ci qui est paradoxale, car le préjudice subjectif d'impréparation montre que la focalisation sur l'individu¹⁹³ peut aussi conduire à une instrumentalisation du raisonnement par l'abstrait. Il y aurait peut-être là à démasquer un faux abstrait qui dissimule une subjectivité débridée. Il n'est en effet pas certain que la jurisprudence de 2010, et toutes celles qui consacrent la réparation de la seule atteinte à un droit subjectif, aient voulu véhiculer une certaine conception de la responsabilité qui poursuivrait (comme un procureur ?¹⁹⁴) les attentats aux droits subjectifs. Derrière l'objectivité, il s'agit plutôt de réparer coûte que coûte un dommage corporel irréparable, quitte à lui offrir un substitut déclassé qui brise l'harmonie du système conceptuel de la responsabilité civile.

2. La déshumanisation¹⁹⁵ par la normalisation

172.- A n'avoir plus égard à la perte par rapport à un état antérieur, la réparation de la seule lésion du droit subjectif est la même pour tous. Ce qui conduit à une normalisation. L'humain s'efface derrière la généralité et l'uniformité. Telle est la conséquence de tout procédé objectif poussé au paroxysme. Le sujet disparaît derrière l'objet. Le moyen de prise en compte initial de l'intérêt de l'individu conduit à l'effacement de l'individu. Le préjudice n'est plus individualisé, il est déshumanisé. On verra le renouvellement des fonctions de la responsabilité qui en résulte. Ici, il s'agit d'insister sur le fait que le droit, en général, n'est acceptable et accepté que parce qu'il est fait pour des êtres qui pensent et ressentent différemment de sorte qu'il adopte suffisamment de nuances pour embrasser la diversité des cas particuliers. La Justice juge les yeux bandés, dira-t-on, mais avec un glaive aiguisé et un esprit avisé, répondra-t-on. Il lui faut balancer toutes les données, ce que le cantonnement du préjudice au dommage, au heurt abstrait, ne lui permet pas. Le préjudice objectif d'impréparation, ce n'est pas juste.

c'est une considération uniquement théorique qui ne correspond pas au raisonnement judiciaire ordinaire et qui, surtout, concerne le contenu du préjudice, non la notion même, le contenant, auquel on s'attache toujours.

¹⁹³ On rappelle que le préjudice objectif d'impréparation est né en 2010, dans un contexte où il était, sans doute, perçu un substitut de fortune au dommage corporel irréparable.

¹⁹⁴ Infra n°184, sur la fonction répressive

¹⁹⁵ Sur un autre plan, HAUSER J., « Encore le droit de ne pas naître : l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs », RTD Civ. 1996, p. 871

Section II : L'hypertrophie du fait générateur

173.- Le déguisement du préjudice dans l'atteinte au droit à l'information induit sa disparition, laquelle s'accompagne de l'amplification corrélative du fait générateur qui a son tour phagocyte le dommage. Cette hypertrophie peut autant être récusée qu'elle doit être rejetée. C'est pourquoi à sa description succède sa contestation. L'expansion doit être canalisée. Le déplacement du point du d'équilibre de la responsabilité sur la faute (§1) appelle une restauration de la primauté du préjudice (§2).

§1 Amplification

174.- Du point de vue technique, le dommage est absorbé par la faute dont il n'est que le reflet (A). Puisque ledit dommage a lui-même aspiré le préjudice, la fonction première de la responsabilité s'en trouve bouleversée, retournée, révolutionnée pour finalement butter sur une impasse (B)

A. La confusion technique du fait générateur et du dommage

Le mouvement n'est pas totalement isolé (1) alors même qu'il s'avère très subversif (2).

1. L'isolement relatif de la solution

Les précédents

175.- **Droit au respect de la vie privée.** Depuis 1996, la première chambre civile affirme avec constance que « selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹⁹⁶. L'on pourrait penser que la réparation visée ne concerne que la cessation de l'illicite par diverses mesures en nature, qui par ailleurs pourraient être prises par le juge des référés. Mais l'espèce concerne bien la réparation du préjudice, qu'il n'est donc pas besoin de démontrer. La contraction des éléments constitutifs de la responsabilité est spectaculaire.

176.- **Droit d'agir en justice.** Le préjudice causé par la faute de l'auxiliaire de justice de nature à priver le plaideur d'intenter un recours juridictionnel est traditionnellement

¹⁹⁶ Civ. 1ère, 5 nov. 1996, 94-14.798, Bull. civ., I, n° 378, D. 1997, p. 403, note S. LAULOM ; ibid., somm., p. 289, obs. P. JOURDAIN ; JCP G 1997.I.4025, spéc. nos 1 et s., obs. G. VINEY ; ibid., 1997.II.22805, note J. RAVANAS ; RCA 1997, comm. 1 ; Civ. 1ère, 12 déc. 2000, 98-17.521, Bull. civ., I, n° 321, D. 2001, p. 2434 ; LPA 2 fév. 2001, p. 14, note E. DERIEUX ; RTD Civ. 2001, p. 329, obs. J. HAUSER

appréhendé par le biais de la perte de chance de gagner son procès. Avant que cette analyse soit néanmoins stabilisée, une cour d'appel a pu affirmer que « le préjudice résulte non pas des probabilités d'un succès en appel, mais de ce simple fait que, par la faute de l'avoué et de l'huissier, les époux ont été privés de deux facultés légales indiscutables, le droit d'appel et le droit de se pourvoir en cassation »¹⁹⁷. Bien que la Cour de cassation rejetait déjà et refuse toujours un tel raisonnement, on a pu le voir aussi poindre au sujet de l'atteinte au droit d'agir en justice. Il est notable que l'atteinte au droit subjectif et la perte de chance entretiennent des points de croisement réguliers, sans doute parce que tous deux naissent dans des contextes où les conditions classiques de la responsabilité sont mal réunis.

Distinction d'avec des raisonnements voisins

177.- Glissement de l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle vers le raisonnement « fondamentaliste ». Comme évoqué plus haut, des débats houleux ont agité le point de savoir si la démonstration d'un préjudice par le créancier dont le débiteur commet une inexécution contractuelle est nécessaire à la responsabilité contractuelle. La réponse négative, fondée sur une conception qui retient la fonction d'exécution par équivalent de l'obligation pour principale, n'est pas majoritaire. Néanmoins il se pourrait que l'influence des droits fondamentaux ait pu reprendre le témoin, et prolonger tantôt l'objectivité de la responsabilité contractuelle. Cette réflexion a été initiée par des auteurs¹⁹⁸ qui rapportent une espèce où un arrêt d'appel avait refusé d'accorder au locataire une indemnité alors que le bailleur avait fait visiter son appartement sans son autorisation, au motif que, les locaux étant vides, aucun préjudice n'avait été subi. La décision est cassée, non pas sur le fondement de la violation de l'obligation de délivrer la jouissance paisible, mais car « l'atteinte au respect de la vie privée ouvre droit à réparation »¹⁹⁹. On peut ainsi constater que ce raisonnement conquiert aussi bien les sphères délictuelles et contractuelles puisque la notion de préjudice les transcende et parce qu'il rompt les amarres avec la responsabilité²⁰⁰. La consécration du faux préjudice d'impréparation serait-elle une manière de relayer la thèse de l'exécution par équivalent en matière d'obligation d'information, par le truchement du droit à l'information ?

178.- Différence avec les présomptions de préjudices²⁰¹. Les troubles commerciaux ou les préjudices moraux résultant d'une atteinte à la libre concurrence par des pratiques déloyales, les conséquences du manquement de l'employeur à ses obligations légales, la réparation du préjudice d'anxiété, celle du vrai préjudice d'impréparation ne relèvent pas exactement du même mouvement. Il s'agit d'une dispense de preuve, même si la différence entre le fond et la preuve est ténue et s'évanouit lorsque la présomption devient irréfragable. Le schéma théorique de la responsabilité ne s'affranchit pas de ses conditions classiques, il en

¹⁹⁷ CA Aix, 3 mars 1932, Mon. Jug. Paix, 1932, p.64, S. 1933.2.129, note A. JACK, qui approuve la solution.

¹⁹⁸ E. SAVAUX et R.N SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs ». Mélanges Aubert, Dalloz 2004, p.271 et s.

¹⁹⁹ Civ.3^{ème}., 25 février 2004, D. 2004. somm.1631, obs. C. CARON ; Loyers et coprop. 2004, comm. 102 obs. VIAL-PEDROLETTI, Lamy droit civil, 2004 . 344, obs. A. LEBORGNE

²⁰⁰ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n°1306 et s.

²⁰¹ Détails et références, supra n°120 et supra n°130

distord la caractérisation²⁰². La réparation de la violation formelle d'un droit subjectif opère un basculement plus significatif, elle refuse le syllogisme.

179.- **Cas particulier de la propriété.** Il est permis de penser que le raisonnement qui tend à reconnaître une responsabilité dans la seule atteinte au droit de propriété est différent. En effet, la propriété est un droit réel, *ius in re*, qui marque la pleine puissance du propriétaire sur sa chose. Elle est dotée d'une exclusivité qui chasse la relativité et lui confère sans doute un certain particularisme. Il est dans sa définition de ne tolérer aucune atteinte à l'un des attributs dont la somme la forme. Au surplus, la jurisprudence concerne l'empiètement, qui se résout par une mesure en nature et non l'indemnisation d'un préjudice²⁰³. En matière de droit à l'image, lorsqu'il s'agit d'obtenir une indemnité, la jurisprudence formule l'exigence d'un trouble anormal²⁰⁴, s'apparentant à un préjudice, et ne se contente pas de la seule jouissance du tiers *parte in qua*, atteinte brute au *ius fruendi*. Par conséquent l'indifférence vis-à-vis du préjudice semble, en ce domaine, se borner à des actions qui tendent à la suppression de l'illicite, qui n'aspirent pas à une condamnation à réparer et qui peuvent être qualifiées d'actions «de police civile»²⁰⁵.

180.- **Boîte de Pandore ?** Une vue panoramique de ces solutions peut laisser perplexe. Elle permet surtout de contempler avec quelle facilité l'opportunité peut éroder la cohérence technique d'un système juridique. Si l'atteinte au droit appelle en elle-même réparation, pourquoi limiter celle-ci à certains droits ? Pourquoi la protection de l'intégrité physique consacrée à l'article 16-1 du Code civil ne gagnerait-elle pas, par exemple, la même autonomie que l'article 9 ?²⁰⁶ Dans ce schéma conceptuel, il n'y a pas de limite théorique. Sous l'égide d'une prétendue autonomie dont on perçoit mal la cause, des myriades de régimes spéciaux peuvent se former qui viennent déroger aux fondamentaux de l'article 1240, alors qu'ils relèvent essentiellement du même mécanisme. La motivation des arrêts de la Cour de cassation, bien plus timide et timorée que leur dispositif, n'éclaire guère sur ces retranchements prétoriens au principe général de responsabilité. Il reste que leur multiplication interroge désormais avec insistance la place du préjudice en son sein. Le préjudice objectif d'impréparation en est une illustration supplémentaire.

²⁰² Ainsi Crim., 20 octobre 2009, n°09-82611 qui énonce qu' « un acte de violence entraîne nécessairement un préjudice » et « qu'il appartenait au juge d'en rechercher l'étendue dans son intégralité ». La présomption est patente mais il s'agit toujours de réparer un heurt concrètement évalué.

²⁰³ Avec un arrêt troublant dans sa formulation : « alors qu'indépendamment des préjudices qu'il appartient aux demandeurs de justifier, la seule constatation d'une voie de fait ouvre droit à réparation » Civ.3^{ème}, 9 septembre 2009, n°08-11154. La réparation en question renvoie certainement à la cessation de la voie de fait, celle des préjudices parallèles passant par leur justification par les demandeurs.

²⁰⁴ Cass. Ass. Plén. 7 mai 2004. Arrêt de principe « Hôtel de Girancourt », constamment reproduit. V. F. KENDERIAN, Le fondement de la protection de l'image des biens, propriété ou responsabilité ?, D. 2004, chron. 1470.

²⁰⁵ C. ATIAS, « Les actions en justice à fin de police civile dans les groupements de propriétaires », D.2000 chr. P.447.

²⁰⁶ J.-S. BORGHETTI, note sous Cass. 1^{ère} Civ. 3 juin 2010, RDC 2010 préc

2. Du manquement au devoir à l'atteinte au droit

181.- **L'absorption du dommage par la faute.** Lorsque le dommage correspond à l'atteinte à un droit identifié, il ne semble pas avoir la même indépendance vis-à-vis de la faute –définie ici comme la violation objective d'un devoir-, que celui qui s'arrête aux portes de l'immatériel²⁰⁷. En effet, lorsque le dommage a une nature corporelle ou matérielle, la démonstration du lien de causalité entre lui et le fait générateur a du sens, car l'un n'est pas nécessairement impliqué par l'autre. Il n'est pas certain que des soins non conformes aux données acquises de la science aient causé ce dommage corporel. Au contraire, si le dommage s'entend de l'atteinte à un droit, il s'avère découler systématiquement du fait générateur, compris comme la violation de ce droit²⁰⁸. Il y a entre eux une irréductible implication, une indépassable parenté. Il est certain que le non-respect de l'obligation d'information porte atteinte au droit acquis à l'information du créancier. Si bien qu'en ce cas, fait générateur et dommage se confondent. La violation du devoir de l'un entraîne nécessairement la violation du droit de l'autre. Il y a comme un sophisme à les distinguer. Seules les répercussions concrètes de ces heurts abstraits ne sont pas certaines et mobilisent, pour être caractérisées, le raisonnement contrefactuel classique.

182.- **La victoire de la faute sur le préjudice.** Dans ces cas-là on a souvent dit que le préjudice est déduit de la faute, qu'il s'en infère ou qu'elle le présume. L'arrêt de 2010 affirme, de manière très péremptoire, que le manquement au devoir d'information « cause un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation ». Il semble toutefois que l'atteinte soit réparée en tant que telle, ces conséquences subjectives étant purement ignorées du juge, étouffées sous le voile de l'indifférence. Car ses présomptions ne paraissent pas pouvoir être renversées ; l'irréfragable dote le probatoire d'une dimension substantielle²⁰⁹. Evincer le préjudice aboutit alors à déplacer entièrement le centre de gravité de la responsabilité sur la faute, qui en devient l'unique condition. « La Cour de cassation s'aventure ainsi, toute seule, au mépris du texte qu'elle vise pourtant, sur une pente hasardeuse et bien glissante. »²¹⁰. C'est la suprématie de la faute²¹¹.

²⁰⁷Ce que souligne F. LEDUC, art. préc, constatant que la distinction entre le dommage et le préjudice ne s'observe pas de manière généralisée en droit positif, puisque que la caractérisation du dommage dépasse le simple constat de fait pour requérir un jugement de valeur, de telle sorte qu'elle se confond avec celle de la faute. L'auteur considère que le dommage n'est qu'une notion de fait de sorte qu'elle se perde lorsqu'elle s'imprègne de juridicité. La factualité du dommage est néanmoins contestable, puisque le droit a son mot à dire dans sa définition et potentiellement sa restriction.

²⁰⁸ Cette solution, « en concaténant le fait illicite et le dommage, rend sans objet la causalité, dont l'objet est justement de relier ces deux éléments » J.-S BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité ? » in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? », actes de colloque du M2.DPG dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, D. Thèmes et commentaires, p.20.

²⁰⁹ Ce qui renvoie à la fin du premier chapitre, où l'on a conclu au sensible rapprochement des deux formes du préjudice d'impréparation du fait de la présomption irréfragable de souffrance morale dont « bénéficie » la victime du premier.

²¹⁰ L. LEVENEUR, « Le chaud et le froid pour le monde médical » Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2012, comm. 225

²¹¹ On peut aussi présenter les choses sous cet angle : ce n'est pas la faute qui absorbe le dommage mais le dommage qui absorbe la faute. Ainsi Mme Viney qui écrit que l'atteinte « présume à la fois la faute et le dommage ». V. G. VINEY, « Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute ? »,

B. La contraction politique des éléments de la responsabilité civile

1. L'avancée de la dimension punitive

183.- **La désindividualisation du préjudice.** Il y a un paradoxe entre la facilitation de la tâche de la victime par un net assouplissement des conditions de la responsabilité et l'amointrissement de la réparation qu'elle pourra obtenir²¹². En effet le préjudice est par définition individualisé, ce que n'est pas le dommage du fait de son inhérente objectivité. Une fracture de la cheville laissera le programmeur informatique dans une bien moins piètre position que le décathlonien. Les deux seront pourtant indemnisés de la même manière si le raisonnement est stoppé au stade de la lésion de l'intérêt. De même, le faux préjudice d'impréparation donne lieu à une indemnisation, que le demandeur ait subi une aggravation de sa frustration ou non, ait même déjà connu l'information ou non. Au sein de ce modèle conceptuel, la dimension réparatrice de la responsabilité ne sera ressuscitée que si le préjudice est pris en considération en aval, au stade de l'évaluation de l'indemnité.

184.- **Un renversement fonctionnel.** La défense du droit subjectif indépendamment du préjudice  corne la fonction réparatrice première de la responsabilité, si tant est qu'elle ne la supprime pas²¹³. On ne répare plus une perte, on répare –au sens ancien - une faute, un affront, une provocation, un défi injustifié lancé au droit subjectif de l'autre. Il est donc assez approximatif de dire que le faux préjudice d'impréparation s'inscrit dans le courant de « l'idéologie de la réparation ». Un glissement s'opère plutôt en faveur des fonctions secondaires de la responsabilité, anoblies par le déclin de la principale.

185.- Déjà il était dit que la « dispense de preuve directe du dommage donn(ait)   la condamnation la portée d'une « peine privée » »²¹⁴. Cette assertion est plus vraie encore à mesure que le préjudice et le dommage s'effacent. Il a pu être soutenu que la « peine privée »²¹⁵ devrait être le fondement des condamnations à réparer le préjudice moral découlant des dommages corporels²¹⁶, surtout car les maux de l'esprit, pour être imp n rables, sont inestimables. Là encore, *a fortiori*, en ignorant la perte, le faux préjudice d'impréparation évince l'obstacle de l'évaluation, il n'y a plus rien à évaluer, plus rien à

Mélanges Catala, Litec, 2001, p.651. C'est centrer l'analyse sur l'atteinte. Effectivement, considérer que toute atteinte est en elle-même une faute repose sur une conception extrêmement extensive de celle-ci. Mais la lésion émane bien d'un acte qui consiste, dans les cas reconnus, en la violation d'un standard : la non délivrance de l'information, l'intrusion trop os e dans l'intimité d'autrui...

²¹² « Triste bilan, en vérité ! Au nom de l'impératif d'indemnisation, on se livre à des manipulations juridiques qui maltraitent la logique et la cohérence du droit de la responsabilité civile, et qui se soldent, en définitive, par une régression de la réparation des préjudices subis ». Cette phrase de M. Mazeaud, à propos de l'opposabilité de la faute de l'infans et de l'objectivation de la faute, sonne également juste dans ce domaine. Même pour les fervents partisans de l'indemnisation, le résultat de l'objectivation, cette fois du préjudice, s'avère contreproductif. D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité », Mélanges Catala, Litec, 2001, p.575.

²¹³ Ph. LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », Rep. civ., Dalloz, 2009, spéc. né 27

²¹⁴ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, préc. n 247-3 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface G. VINEY, LGDJ 1995, n 115, 120, 124 et s., 254 et s.

²¹⁵ L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904

²¹⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*. 14 me  d. Sirey, 2011, n 140 et 388 ; Idée reprise par J. DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1969.

réparer : il faut trouver un autre fondement. Ici, la responsabilité, si elle ne perd sa fonction de « garantie », la voit occultée par sa fonction de « peine privée »²¹⁷ - dont l'efficacité est douteuse, au premier titre car elle est supportée par l'assureur du responsable²¹⁸... Certes l'obligation d'informer le patient est considérée comme un devoir essentiel du médecin, rattachée à la dignité du malade, qui justifierait une position punitive et préventive dans une société exigeante et revendicatrice²¹⁹ qui voudrait donner de plus en plus l'illusion à tout un chacun d'un accès complet et immédiat au savoir. Cette boulimie d'informations est satisfaite par le gonflement du devoir afférent, qui devient pour les praticiens un véritable fardeau²²⁰ sans servir corrélativement l'intérêt du patient, asphyxié sous une masse de données qui peuvent même fausser son consentement en alertant trop son attention sur la gravité exceptionnelle ou au contraire en l'assoupissant au chant d'énumérations fastidieuses²²¹. Le lustre qui fait rutiler la faute et nous la rend insupportable s'accompagne donc d'un contre-mouvement qui diminue parfois beaucoup la gravité qu'on peut sociologiquement associer au fait générateur. Ces considérations peuvent faire paraître démesurée la réaction du droit lorsqu'il sanctionne la seule atteinte au droit subjectif à l'information. Toute la question est de savoir, selon certains, si « le médecin victime est la réponse à apporter au patient victime²²² ».

186.- **La suprématie de la faute.** On a démontré d'abord qu'il y avait une confusion entre le préjudice et le dommage. On a démontré ensuite qu'il y avait une confusion entre le dommage et la faute. Le préjudice est absorbé par le dommage qui est absorbé par la faute. La faute devient l'unique condition de la responsabilité. Se met alors en place un nouveau schéma où la fonction systématique de celle-ci semble être d'octroyer une forme d'amende, ou des dommages-intérêts punitifs, selon que la somme qui sanctionne la faute est attribuée au Trésor ou à la victime. L'application d'une telle sanction à la violation du droit fondamental²²³ n'est toutefois pas envisagée par le projet de réforme de 2017 qui n'appréhende sur ce terrain que l'hypothèse de la faute lucrative. On pourrait à l'avenir se fonder sur une interprétation *a contrario* de son article 1266-1 pour contester les jurisprudences qui réparent des dommages sans préjudice en plaidant le caractère limitatif des cas dans lesquels sont octroyées des indemnités non réparatrices...

187.- **Vers l'action « expiatoire ».** Quoiqu'il en soit, poussée à terme, une telle évolution modifie l'équation de la responsabilité. Dans le système classique, faute + préjudice = réparation. Dans le système renouvelé, faute = dommages-intérêts de principe ; faute +

²¹⁷ Pour reprendre la présentation de B. STARCK, *La responsabilité dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, 1947, l'indemnité compensant l'atteinte aux intérêts à l'intégrité corporelle ou matérielle de la victime et, en cas de faute, jouant un rôle punitif en couvrant certaines suites économiques et morales.

²¹⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, préc. n°6

²¹⁹ M. PICHARD, *Le droit à, Etude de législation française*, Economica, Recherches juridiques 2006, préf. M. GOBERT, qui parle de la nouvelle ère « du tout, tout de suite, pour tous », p.1.

²²⁰ Ibid, n°150, l'intérêt du débiteur de l'information est ignoré dans le processus de création de l'obligation, supra n°

²²¹ M. FABRE-MAGNAN, « Un remède possible aux abus de la responsabilité (et de l'irresponsabilité) médicale : le filtrage des actions en responsabilité médicale », in Mélanges VINEY, LGDJ 2008 p.400 et s.

²²² A-E CREDEVILLE : « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices », D.2008 p.1914

²²³ Le droit à l'information n'est même pas fondamental, sauf si on rattache l'information sur un risque corporel à la protection fondamentale de l'intégrité physique, comme suggéré plus haut.

préjudice = dommages-intérêts de principe + réparation. « En présence d'un fait générateur non fautif, le régime de la compensation serait appliqué seul... En présence d'une faute qui ne cause pas de dommage, ce sera celui de l'expiation qui sera seul à être utilisé. Enfin en présence d'une faute, cause d'un dommage, les deux régimes pourront être cumulativement mise en œuvre »²²⁴. Cette présentation est celle d'un auteur qui a ainsi proposé de créer une action en « réparation-expiation » dont la mesure serait la gravité de la faute et qui marquerait sans ambiguïté la dimension de « peine privée » qui en fait se démarque derrière le principe de façade de réparation intégrale. Le faux préjudice d'impréparation, fausse impréparation et faux préjudice, qui ne s'incarne que dans la faute, s'il venait à être réparé, illustrerait une telle action expiatoire, sans aucune dimension compensatrice. Il ne s'inscrit donc pas du tout dans un mouvement de fond de la responsabilité qui promeut l'accroissement de l'indemnisation. Il porte en lui la formalisation, l'officialisation de la fonction punitive. Celle-ci n'est pas nouvelle, mais elle est magnifiée, portée sur un piédestal.

2. L'irréductibilité de la dimension réparatrice

La retraite du préjudice au stade des conditions de la responsabilité ne peut empêcher son retour stade de la sanction.

188.- **La résistance du préjudice.** Si la faute a banni le préjudice, le préjudice ne s'est peut-être pas totalement exilé. S'il est déchu de son rôle de condition de la réparation de la fausse impréparation, il pourrait reparaître sur le terrain de l'évaluation. Sinon quel *quantum* pour l'atteinte abstraite au droit à l'information ? Comment appréhender *in abstracto* la réparation *intégrale* ? Le pourvoi rejeté par l'arrêt de 1996 sur la vie privée reprochait aux juges du fond approuvés par la Cour de cassation de n'avoir pas condamné le responsable à indemniser un préjudice mais à payer une amende civile. Ce n'est qu'user de bon sens, pour aller de la consolation symbolique à l'indemnisation véritable, que d'exiger la démonstration d'une perte concrète dont les dommages intérêts dans leur fonction classique ne sont que le décalque. Mais alors, c'est revenir à l'impréparation subjective et boucler la boucle ! Quand le préjudice existera-t-il réellement sinon lorsque le risque se réalisera ? Tout ne serait-il alors affaire que de présentation ? la responsabilité civile serait engagée dès qu'une faute cause une atteinte abstraite à un intérêt ; alors dans tous les cas elle donnerait lieu, pour cela seul, à une « indemnisation » symbolique, minime ; et ses conséquences ne seraient parfaites que par la démonstration d'un préjudice qui borne l'octroi de dommages intérêts substantiels ayant seuls une véritable dimension indemnitaire. Ce séquençage fait ressortir les deux fonctions complémentaires de la responsabilité civile, indemnitaire et répressive²²⁵. Le rôle du préjudice en ressort changé : il n'est plus une condition de la responsabilité mais une condition de l'indemnisation.

189.- **L'inéluçabilité du préjudice.** C'est un réflexe naturel, pour tout juge à qui il incombe d'octroyer une réparation, de s'interroger sur la perte subie, sauf à se résigner à

²²⁴ C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préface Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol.45, 2015, n°387.

²²⁵ Il semble se marier assez harmonieusement avec la définition du préjudice que donne le projet de la chancellerie, c'est-à-dire « la lésion d'un intérêt », donc le dommage.

donner à tous la même somme parce qu'on considère qu'un homme ne peut évaluer sérieusement les pertes éprouvées par un autre homme – au-delà même des souffrances morales. Si dérisoire pourtant soit l'approximation de cette évaluation, toutes les pertes découlant d'une même atteinte abstraite ne se valent pas : la renonciation s'éloignerait plus de l'idéal inatteignable de justice qu'elle ne s'en approcherait. Le préjudice ne peut pas être ostracisé. Il est consubstantiel au raisonnement primaire qui anime la responsabilité²²⁶.

§2 Canalisation

190.- Certes la réparation du faux préjudice d'impréparation semble avoir été abandonnée par la jurisprudence. L'argument selon lequel elle n'est pas de droit positif ne suffit pourtant pas à l'enterrer. A tout instant un arrêt nostalgique peut l'exhumer du mausolée des décisions renversées et lui offrir une réincarnation d'autant plus vive que le précédent de la vie privée respire encore. Or l'état théorique actuel de la responsabilité peine à lui entonner un thrène. Il est vain de chercher en la causalité son fossoyeur (A). Seul le perfectionnement de notre appareil conceptuel saurait véritablement l'ensevelir (B).

A. L'impuissance des théories de la causalité

191.- Le faux préjudice d'impréparation est un concept si décharné qu'il surprend le droit français comme il stupéfierait les droits étrangers. Souligner l'impuissance des théories de la causalité à le canaliser montre encore le danger de l'originalité associée à l'inanité.

1. En France

192.- **Ailleurs, la causalité manipulée.** Le lien de causalité est la condition de la responsabilité sur laquelle la jurisprudence a le plus eu tendance à jouer pour écarter la réparation dans les hypothèses où elle l'a jugée trop délétère. Il est nié en raison de son caractère trop indirect. Ce fut le cas pour le préjudice économique par ricochet des partenaires commerciaux²²⁷. Ce fut le cas pour certaines occurrences de préjudice « existentiel »²²⁸. Dans ces deux cas, la causalité est dite trop distendue alors qu'elle semble être admise en principe dans des cas où elle est tout aussi lâche. La notion, qui dépasse le cadre du droit, au carrefour

²²⁶ Des arguments pourraient paraître plaider en sens inverse et nuancer cette position. Ainsi la généralisation, au moins officieuse voire officielle dans certaines matières, des barèmes d'indemnisation dont font usage les tribunaux. Plus encore, le préjudice peut être évalué par rapport à une personne standard, à la perte de ses « plaisirs » normaux ou encore évalué « dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre la sanction imposée et le but légitime visé » au sens d'un arrêt (Civ.1^{ère}, 21 février 2006)... Mais c'est une question de quantum, pas de principe, qui touche le mode d'évaluation du préjudice, point son existence.

²²⁷ Civ.2^{ème}, 14 novembre 1954, Gaz. Pal. 1954 I, p.31, pour le préjudice d'un directeur d'opéra qui perd des recettes sur les entrées au spectacle du fait de l'impossibilité pour le chanteur lyrique blessé de se rendre sur scène ; Crim. 15 mai 1987 n°86-91015, pour le préjudice économique de la société Citroën du fait de l'empêchement de ses salariés par des grévistes d'aller travailler à l'usine.

²²⁸ Civ.2^{ème} 24 février 2005, n°02-11999, pour le préjudice des enfants de ne pouvoir entretenir des relations ludiques normales avec leur père handicapé des années avant leur naissance ; Civ.2^{ème} 3 mars 2011, n°10-16284, pour le préjudice de perte de chance de connaître ses grands-parents décédés prématurément dans un attentat terroriste.

de la philosophie et de la science dure, est ductile à pétrir. Elle permet aux juges de sculpter leurs décisions au burin de l'opportunité.

193.- **Ici, la causalité automatisée.** Néanmoins la limite tenant au caractère direct est aisément surmontée par le faux préjudice d'impréparation. En effet, le caractère direct renvoie à l'intensité de la causalité. Or ce n'est pas là une question d'intensité mais d'existence de la causalité. La causalité doit exister entre le fait générateur et ce qu'on répare. Si on distingue le dommage du préjudice, elle doit exister entre le fait générateur et le dommage puis entre le dommage et le préjudice. Mais à partir du moment où le droit positif ne distingue pas formellement, et où la jurisprudence considère, comme en 2010, qu'il y a un préjudice dans le simple dommage objectif, alors il n'y a plus qu'à se demander s'il existe un lien entre le fait générateur et le dommage/préjudice. Et ce lien là, dans le modèle conceptuel de l'atteinte au droit subjectif, non seulement existe, mais est on ne peut plus direct²²⁹. La causalité est mécaniquement établie par le lien ténu qui allie et confond la violation du devoir et l'atteinte au droit. Dans ce système, la faute, c'est déjà le dommage, ou bien, le dommage, c'est déjà la faute. Et comme le dommage, c'est aussi le préjudice, l'imbrication est totale. Et l'article 1239 du Projet de réforme de 2017 ne pourvoit aucune aide en exigeant seulement la causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage²³⁰. Le faux préjudice d'impréparation, niant la condition de préjudice, automatise la causalité. Ce n'est pas d'intensité mais d'existence de la causalité dont il est question, laquelle ne peut être niée qu'en changeant de modèle conceptuel...ou plutôt en adoptant vraiment un.

2. A l'étranger

"But for test" et "remoteness of damage"

194.- **Même question, même réponse.** En matière de *tort*, le droit anglais dédouble l'exigence de causalité, partagée en deux éléments successifs et cumulatifs, *causation in fact* et *causation in law*²³¹. Le *but for test* correspond à la recherche des conditions *sine quibus non* du préjudice, à l'aide du raisonnement contrefactuel. Puis intervient une sélection des causes, auxquelles sont retranchées celles qui sont les plus éloignées causalement, *too remote*, fruit d'un élagage à partir du caractère direct plus aiguisé qu'en droit français. La notion de *supervinient event* permettrait peut-être ainsi de considérer que la réalisation du risque brise la causalité entre le défaut et le préjudice d'impréparation. Mais une telle remarque ne vaut que dans le schéma conceptuel classique du vrai préjudice d'impréparation. Au sein de celui du faux, la sélection des causes à partir du caractère direct n'offre aucun secours, pour les mêmes raisons qu'en droit français. Le fait que le critère soit plus exigeant en droit anglais n'a aucun effet, puisque la conception ultra-objective de la fausse impréparation évince le critère lui-même, en le remplissant automatiquement là où il ne devrait pas l'être.

195.- La différence entre le droit français et le droit anglais est que ce dernier n'a pas poussé assez loin les limites de son appareil conceptuel pour que la question se pose encore.

²²⁹ Supra n°181

²³⁰ Bien que l'article 1235 évoque la « résultante » du préjudice du dommage, il définit le premier comme devrait l'être le second, lequel n'a pas cette chance de l'être tout court.

²³¹ T. WEIR, « Recent developments in causation English tort law », Mélanges Blanc-Jouvan, p.883 et s.

La relativité aquilienne

196.- **Exposé de la théorie à l'étranger.** La théorie de la relativité aquilienne, développée en Allemagne sur la base du §823 al.2 B.G.B. sous le nom de *Schutznormtheorie*, pose une condition de relativité du préjudice réparable par rapport à la personne ou au dommage visés par la règle. Elle « s'inscrit dans le cadre des tentatives faites pour maintenir la responsabilité civile dans des limites raisonnables »²³². L'approche de la réparation est téléologique ; seuls ceux que la règle violée entend protéger peuvent se voir réserver l'action en réparation, laquelle voit son objet restreint aux dommages visés par cette règle²³³. C'est l'aspect matériel et non personnel²³⁴ de la théorie, bien que les deux se croisent, qui retiendra davantage notre attention. Il concerne la relativité du dommage, en ce sens où « certaines règles tendent à protéger l'individu contre un dommage déterminé : la victime ne saurait se prévaloir d'un autre dommage ». On citera deux exemples parmi d'autres de restrictions en droit allemand, évoqués par M. Limpens : le devoir de fidélité entre époux tend à protéger le conjoint contre la méconduite de l'autre et ne justifie pas la réparation des frais occasionnés par elle²³⁵ ; les lois régissant la circulation automobile aspirent à protéger les usagers de la route contre les atteintes à l'intégrité physique ou aux biens, pas contre les frais résultant de poursuites pénales subséquentes²³⁶. La théorie connaît également une consécration aux Pays bas, où l'article 6.3.2 du Code civil prévoit que toutes conséquences dommageables prévisibles sont réparables « à moins que la règle violée n'ait pas pour objet d'offrir protection contre le dommage prévisible tel que le préjudicié l'a subi ». Sa formulation est négative, en ce qu'elle se présente comme une exception à une présomption de « réparabilité » dont le défendeur pourra se prévaloir pour échapper à sa responsabilité. La jurisprudence de Common Law présente également des limitations de la réparation quant au type de dommage contre lequel le *statutory duty* entend protéger. Ainsi l'obligation pour un navire qui transporte des bêtes d'être pourvu de cloisons a pour objet de les prévenir de la maladie, non de la tempête²³⁷. De même, la prescription légale qui impose à l'employeur de grillager une machine dangereuse veut protéger les ouvriers en les empêchant d'entrer en contact avec elle et non en leur évitant des projections²³⁸. Sur le plan du *tort of negligence*, la relativité matérielle²³⁹ est illustrée par l'exemple doctrinal suivant : « s'il est vrai qu'un devoir de prudence s'impose à celui qui répand des armes à feu dans le public, ce devoir ne s'exerce qu'à l'égard de ceux qui sont touchés par une balle provenant de ces armes à feu. Si A prête un fusil chargé à B, que B le laisse tomber sur les pieds de C, on ne saurait prétendre que C a une action contre A »²⁴⁰. L'art du *distinguishing* se prête très bien à la relativité. Néanmoins, de la même manière que le droit allemand ne conçoit la théorie que vis-à-vis des obligations

²³² J.LIMPENS *La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé*, Mel. Savatier, p.559 et suiv

²³³ J.LIMPENS *préc.*

²³⁴ La sélection du dommage aboutit nécessairement à la sélection de la personne qui le subit.

²³⁵ B.G.H., 6 février 1957, B.G.H.Z., 23 (1957) 279

²³⁶ B.G.H., 22 avril 1958, B.G.H.Z., 27 (1958) 137

²³⁷ *Gorris v. Scott* (1874) L.R. 9, Exch. 125.

²³⁸ *Close v. Steel Company of Wales* (1962) A.C. 649 ; (1961) 2. All. E. R. 953

²³⁹ Et la relativité personnelle est discutée et consacrée dans la célèbre affaire *Donoghue v. Stevenson* (1932), A.C. 562 ; (1932) All E. R. Rep. 1

²⁴⁰ *Salmond on the Law of Torts*, 12ème éd. By Heuston, 1957, p.407 ; CLERK LINDSELL, on Torts, 12ème éd., 1961, n°698

légales, l'écartant pour les actes « contraires aux bonnes mœurs »²⁴¹, aucun exemple jurisprudentiel de la relativité matérielle ne se présente en Angleterre car la finalité générale d'un *duty of care* est beaucoup plus délicate à déterminer que celle d'une loi spécifique sur laquelle un législateur déterminé a imprimé sa volonté.

197.- **Lecture doctrinale en France.** La théorie de la relativité aquilienne ne connaît guère de consécration en droit positif. Planiol a pu écrire, se fondant sur la relativité de la faute entendue comme la violation d'une obligation préexistante, dans la perspective d'une autre approche de la causalité, que seuls ceux que la règle transgressée protège peuvent se prétendre lésés et ce uniquement « d'une manière relative, c'est-à-dire *dans ceux de leurs intérêts que la loi avait voulu protéger* (nous soulignons)... Pour que la contravention à une loi soit considérée comme cause de l'accident, il faut que l'ordre ou la défense de la loi ait pour but de protéger les personnes *contre le danger qui s'est réalisé* (nous soulignons)»²⁴². La doctrine moderne²⁴³ rattache également la relativité aquilienne à la causalité, en assimilant la question de savoir si une faute a pu provoquer le dommage et s'il existe un devoir de prudence par rapport à un dommage déterminé. Elle est en effet une méthode de sélection des causes qui permet de rendre un antécédent non concluant au sens où la responsabilité de la personne à qui il est imputable ne sera pas engagée. Cela n'efface pas son rôle causal en fait, mais se borne à infirmer son rôle causal en droit, permettant ainsi de sélectionner les intérêts, donc les dommages réparables. C'est certes une autre manière de dire qu'elle sélectionne les fautes qui permettent d'identifier les responsables d'un dommage donné. Le raisonnement nous paraît néanmoins avoir la faute pour point de départ plutôt que pour ligne d'arrivée puisqu'il part de la norme, de son champ et de sa finalité, pour déterminer les dommages concevables et partant leurs suites réparables. Canalise-t-il le faux préjudice d'impréparation ?

198.- **L'écueil récurrent de l'identification du dommage.** Le défaut d'information provient ici d'une obligation déterminée et non d'un devoir général de prudence, ce qui rend pertinente la recherche des individus protégés et des dommages dont elle souhaite les garder. De quel dommage l'obligation d'informer veut-elle prévenir? Finalement, ce n'est qu'une autre manière d'aborder un même récif. La recherche de la *ratio legis* achoppe toujours sur l'identification du dommage. Déjà à ce stade, le raisonnement bloque et les mêmes considérations reviennent. On peut lier l'atteinte au consentement, et n'indemniser alors la victime que lorsqu'il s'avère qu'elle avait des chances de prendre une autre décision ; ou bien à l'intégrité corporelle et à la dignité du patient car la règle de référence est désormais celle du Code de la santé publique, mais on a vu que le raisonnement dans l'abstrait glissait toujours vers l'avènement de la conceptualisation la plus large de l'atteinte, celle à un droit à l'information auto-consacré. La relativité aquilienne n'offre qu'une reformulation de l'argument selon lequel les arrêts sur l'impréparation doivent être interprétés restrictivement, selon une approche téléologique de la loi visée.

199.- **Le gouffre inévitable de l'identification du préjudice.** Ce point d'achoppement surmonté, le problème principal que pose le faux préjudice d'impréparation

²⁴¹ § 826 B.G.B.

²⁴² PLANIOL, note sous Cass., 17 août 1895, D., 1896.1.81

²⁴³ Ainsi G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, Les conditions de la responsabilité, préc. n°240

demeure et réside dans l'absence de préjudice résultant du dommage. La relativité aquilienne répond à la question de savoir quel dommage est réparable. Premièrement, il n'est pas certain qu'elle réponde à celle de savoir, pour un dommage donné, quels préjudices sont réparables. Deuxièmement, elle ne répond pas à celle de savoir si un dommage donné est réparable en tant que tel, indépendamment des préjudices subis. Une méthode de recherche de l'esprit de la loi particulière ne peut apporter de réponse à cette question de théorie générale. Le problème pourrait être contourné en ces termes : la finalité de la loi en question ne doit pas être recherchée en se demandant de quels dommages elle entend protéger mais plutôt si elle entend davantage protéger des dommages ou davantage punir des fautes. Mais dire que la loi entendrait plus protéger des fautes que des dommages est un sophisme, car la protection contre une faute ou contre ses conséquences, c'est-à-dire les dommages, est équivoque. Et une loi n'interdit jamais pour interdire, mais toujours pour se prémunir d'un résultat. Même la loi pénale aspire, peut-être même au premier chef, à garder la société de certaines atteintes à ses valeurs et à la modeler ainsi. Chaque loi a de la même manière une facette réactive et une facette préventive. Une prescription telle qu'une obligation d'information placera toujours l'idéal en amont, avant que le dommage ne se produise et en cela présentera un caractère « préventif ». Mais la prévention de la faute renvoie indirectement au dommage, elle est la prévention du dommage, les deux se confondent. Si bien que le débat est sans objet.

200.- Conclusion intermédiaire. Les concepts français ou étrangers sont tous mal à l'aise lorsqu'il s'agit de les appliquer à ce faux-semblant de préjudice qu'est l'atteinte au droit à l'information. Ils ne sont pas adaptés parce qu'ils n'ont pas expressément envisagé cette condition jusqu'alors de bon sens qu'était la nécessité d'une perte concrète d'un état par rapport à un autre. L'appareil conceptuel actuel est grippé (voir la causalité « qui détermine l'étendue de la responsabilité » en droit allemand).

B. Le secours de la conceptualisation du préjudice

201.- Le droit a cela d'une science qu'il déploie un système d'abstractions pour appréhender des problèmes complexes et y apporter une solution qu'une moindre prise de hauteur laisserait trop imparfaite. Le fait est traduit en droit pour être mieux exposé et gouverné. Pourtant le langage à l'appui de la responsabilité civile s'avère faiblement descriptif et encore moins normatif. Le faux préjudice d'impréparation donne un écho aux bégaiements d'un alphabet conceptuel incapable de lui donner la réplique. Voilà qui augure deux questions : pourquoi et comment l'enrichir ?

1. Pourquoi conceptualiser

202.- **La crainte infondée du concept**. Les propositions de conceptualisation sont souvent décriées au motif que les distinctions introduites rimeraient avec des restrictions

intolérables à l'idéologie de la réparation qui imprègne les tribunaux et qui guide leurs verdicts. Telle méfiance nous semble néanmoins s'épouvanter d'un fantasme. Premièrement, elle ne conçoit la « victime » que comme celle qui fait valoir sa cause en justice, alors que la majorité des individus qui subissent un préjudice théoriquement réparable n'ont pas les moyens, psychologiques ou matériels, de s'engager dans la lutte judiciaire. Le procès, certes moins qu'ailleurs, est coûteux, en temps, en argent, en énergie, sans garantie pour le demandeur qu'il ne finira pas en plus au tapis. Il faut au plaideur un certain aplomb pour y transpirer et s'y épuiser, à plus forte raison contre un défendeur, société d'ampleur, qui n'y connaîtra ni la sueur, ni la douleur. Le taux de conversion du dommage en réparation est donc assez faible. Deuxièmement, la réticence doctrinale repose sur un postulat de bienveillance du juge vis-à-vis de celles qui, parmi les victimes, oseront l'affrontement. Pourtant les règles du jeu seront trop générales pour les avantager explicitement et elles ne seront pas à l'abri d'un coup de Jarnac, d'un retournement de situation, d'un revirement de jurisprudence, le jour où un juge, sourd à l'émoi, sifflera l'arrêt du passage à tabac des conditions de la responsabilité. Non, le droit français n'a pas de règles intermédiaires qui sécuriseraient les interprétations de ses principes qui, généraux²⁴⁴, ne seront peut-être pas toujours généreux. Il en résulte une immense casuistique aux antipodes de la prévisibilité des solutions. Partant, non seulement les victimes sont, dans l'abstrait, autant exposées à la faveur qu'à la défaveur potentielles, mais elles voient leur pouvoir de négociation amoindri dans les transactions avec les assureurs des responsables. Car les propositions d'indemnisation de ces derniers peuvent être délibérément plus basses que ce que le juge accorderait et n'en pas moins satisfaire une victime effrayée par un aléa judiciaire trop élevé.

203.- **La faillite prétendue du concept.** Le conceptualisme en Droit peut être défini comme « une méthode qui a consisté à abstraire, à partir d'un certain nombre de concepts et principes plus généraux considérés comme objectifs voire réels, censés représenter la charpente supérieure du système juridique, constituant la cause des règles à partir desquels ils sont induits et à partir desquels il est possible de déduire de manière neutre et abstraite [formelle] l'ensemble des règles ayant vocation à régir des problèmes concrets [...], cela indépendamment de toute considération subjective ou d'équité »²⁴⁵. Le préjudice serait l'un de ces concepts cause de la règle, ici la responsabilité, qui n'a de sens qu'en sa présence parce qu'elle coiffe la réalité d'une différence négative entre deux états. Une telle approche invite toutefois à analyser le droit en réalité naturelle, totalement indépendante de l'homme. Topique des pensées du XIX^{ème} siècle, cette assimilation classique du Droit à une science comparable aux sciences naturelles ou exactes en dépit de la différence fondamentale de leur objet²⁴⁶ est la base de la critique du conceptualisme. Contrairement aux secondes, la première « a notamment pour conséquence qu'il est possible, par la voie du syllogisme censé garantir le

²⁴⁴ G. VINEY, *Mélanges Catala préc.*, qui présente l'impossibilité de donner aux tribunaux des instruments de nature à limiter a priori le champ des responsabilités comme un aspect négatif de la généralité, par opposition au droit allemand qui sélectionne les intérêts protégés et au droit anglais qui ne connaît pas de devoir général de prudence mais des *duties of care* multiples et circonstanciés.

²⁴⁵ P.-E AUDIT, *La naissance des créances. Approche critique du conceptualisme juridique*, *Dall. Coll.* « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 141, 2015, n°360

²⁴⁶ G. FASSO, *Histoire de la philosophie du droit, du XIX^{ème} au XX^{ème} siècles*, trad. de l'italien par C. ROUFFET, LGDJ 1976 n°1053

caractère scientifique et objectif du raisonnement [...], de déduire des résultats contradictoires selon l'interprétation qu'on en retient »²⁴⁷. Ce, parce que le concept cause moins la règle qu'il ne remplit une fonction qui lui a été assigné par la subjectivité humaine dont il est le résultat²⁴⁸. C'est aussi parce que la règle de droit n'est « pas définie par des équations, à la manière d'une formule mathématique, mais par des mots qui, par leur nature même, se prêtent à la polysémie et à l'équivoque »²⁴⁹. Il est donc possible, « en sélectionnant la définition adéquate en amont du syllogisme, de déguiser sous le masque de la rigueur scientifique, l'adoption d'une solution qui aurait été préalablement choisie en fonction de paramètres complètement externes à ce raisonnement »²⁵⁰ (c'est le syllogisme inversé). Un bel exemple est celui du vrai préjudice d'impréparation qui, irréfragablement présumé, la perte contrefactuelle parfaitement objectivée, devient presque aussi artificiel que le faux préjudice d'impréparation alors qu'il s'inscrit dans le cadre conceptuel classique. La fin est arrêtée *ex ante*. Le système n'est plus déductif mais justificatif. Voilà qui conduit à un nouveau paradigme : la règle de droit n'est pas la traduction abstraite de la réalité concrète mais « le résultat d'un arbitrage entre les intérêts en conflit à l'occasion d'un problème donné »²⁵¹. Alors plions-nous à cette définition pour savoir quelle devrait-être la règle. Les intérêts en jeu sont ceux du demandeur et du défendeur. Et quel sont-ils ? L'intérêt de la victime est-il, individuellement, d'être indemnisée de la perte concrète ou bien abstraite qu'elle a subie du fait dommageable, ou bien est-il encore, collectivement, celui d'être prémunie des risques de pertes par le biais d'une responsabilité préventive dont les conditions se satisfont de la seule lésion ? L'intérêt est aussi un concept, une notion juridique à la variabilité extrême. Le « déconceptualisme » n'en retourne pas moins au concept. La critique du conceptualisme alerte sur l'illusion d'une confiance aveugle dans le concept et elle est en cela éminemment convaincante. Elle déconstruit une vision idéaliste et trop théorique du Droit. Néanmoins elle n'aspire pas à l'annihilation des concepts pour sombrer dans l'extrême inverse de la subjectivité débridée. Elle nous indique que la conceptualisation du préjudice ne sera pas intrinsèquement porteuse de sécurité et de justice, qu'elle devra assumer une forme de subjectivité. Elle n'en dénigre pas pour autant le principe. Nous soutenons qu'au travers du concept de préjudice, le Droit doit prendre le parti de viser une différence concrète entre l'état anormal et l'état normal.

2. Comment conceptualiser ?

204.- **L'équilibre rompu.** Evolution, la conceptualisation ne serait pas révolution, si tant est qu'elle se borne à mettre en mots la logique qui anime depuis toujours la responsabilité civile : celle de la restauration de l'équilibre brisé par un évènement qui justifie le déport du fardeau de sa correction de sa victime à son initiateur. En dépit de son

²⁴⁷ P.-E. AUDIT, *ibid* n°379

²⁴⁸ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1919 n°69 et s.

²⁴⁹ P.-E. AUDIT, *ibid* n°407

²⁵⁰ P.-E. AUDIT, *ibid* n°407

²⁵¹ P.-E. AUDIT, *ibid* n°407

hyperspécialisation contemporaine, la responsabilité présente toujours cette unité, ce facteur de convergence de toutes ses ramifications. Ce n'est autre que l'esprit de la justice corrective d'Aristote²⁵² (*diorthotikon dikaion*) qui s'attache à la suppression d'une différence qui n'a pas lieu d'être et qui s'en doit retourner au néant parce qu'elle a été injustement causée. Cela passe par l'exigence d'un préjudice, en plus du dommage, comme condition de la responsabilité.

205.- **La nécessité d'une différence.** Le projet de 2017 est là décevant. L'article 1237 distingue le dommage du préjudice, mais ne définit pas le premier²⁵³ ni ne prête au second une autre définition que celle qui aurait dû incomber au premier ! Désigné comme la lésion objective d'un intérêt, le préjudice n'est pas cette perte par rapport à un état idéal standardisé qu'on voudrait qu'il soit. Il peut donc toujours être l'atteinte abstraite au droit à l'information... Quelle occasion manquée de désavouer les excès du passé et d'enrayer les excès du futur ! Il ne s'agissait pourtant que de consacrer la distinction doctrinale du dommage et du préjudice. La simple affirmation de la nécessité d'une différence entre deux situations aurait suffi à endiguer cet abus jurisprudentiel. Nul besoin de consacrer la notion d'intérêt protégé à la place de l'intérêt légitime. Nul besoin d'affirmer que toutes les espérances déçues ne méritent pas que la responsabilité provoque leur avènement. Nul besoin d'autre remède qu'une pique de bon sens.

²⁵² ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Chap. II

²⁵³ Le « dommage » indéfini n'a lui plus aucune consistance, il est le reflet du fait générateur du point de vue de la victime, ou bien une notion de pur fait, reflet de la juridicité du préjudice, qui n'a de sens que dans le monde matériel.

CONCLUSION GENERALE

Qu'en Protagoras on concèderait qu'il n'y ait ni plus de vrai que de faux, on ne saurait nier qu'à défaut de savoir ce qui est l'on peut plaider pour ce qui doit être. Des deux faces de la dualité, donc, on n'en louera qu'une seule : le vrai préjudice d'impréparation, à condition qu'il soit borné par un juste critère qui détermine quelles frustrations parmi toutes celles qui constellent notre quotidien sont légitimes à consoler. A notre sens, celles seulement des contritions sont consistantes qui sont éveillées par le silence fait sur un risque pour le corps. On laissera sombrer l'autre apparence du préjudice, celle qui s'égare dans un abîme d'objectivité. Elle est fausse parce qu'elle est factice et fallacieuse, féale d'un modèle conceptuel erroné qui n'a d'égard que pour la lésion abstraite d'un intérêt. Que celui-ci soit quelconque ou protégé ne change rien dès lors qu'est occultée la perte par rapport à l'état standardisé que représente le préjudice. On se convainc de cette conception : la responsabilité, c'est le droit des équilibres rompus et de leur restauration.

Quelque cause qu'on retienne à leur bris, cette rupture ne peut être fiction. C'est ce qu'enseigne le cas particulier du préjudice d'impréparation, qui éprouve les définitions autant qu'il prouve qu'est révolu le temps où le préjudice n'était qu'une question de fait. Les concepts de la responsabilité, mis au service de ses fonctions, ne peuvent être galvaudés au gré des espèces sans qu'un postulat philosophique ne vienne gouverner le tout en arrêtant son but pour lui restituer sa cohérence. C'est dans ce cadre seulement que le fonctionnalisme pourra prendre le pas sur le conceptualisme, qu'il fasse ensuite varier son appréciation du préjudice pour ajuster sa générosité, après que celui-ci fut dit comme un décalage entre ce qui est et ce qui devrait être ; un déni de justice par le réel.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux : traités, cours, manuels

BACACHE-GIBEILI (M.), Traité de droit civil, t. 5, Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, 3 e éd., Economica, 2016

BERGOIGNAN-ESPER (C.), SARGOS (P.) Les grands arrêts du droit de la santé, 2^{ème} éd. Dalloz, 2016

BRUN (Ph.), Responsabilité civile extracontractuelle, 5e éd., LexisNexis, 2018.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 13e éd., Dalloz, 2015.

CARBONNIER (J.), Droit civil, t. 2, Les biens. Les obligations, PUF, 2004.

CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant PUF, 13^{ème} éd., 2018

FABRE-MAGNAN (M.), Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats, 4 e éd., PUF, 2019

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), Les obligations, t. 2, Le fait juridique, Sirey, 16 e éd., 2014.

GHESTIN (J.), La formation du contrat, Traité de droit civil, 3^{ème} éd

HONORE (A.M.), International Encyclopedia of Comparative Law, vol.XI, chap.7, n°24 à 30

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, 11e éd., Dalloz, 2017.

MALINVAUD (Ph.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), Droit des obligations, 15e éd., LexisNexis, 2019.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), Droit civil. Les obligations, Cujas, 1986. MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), Droit des obligations, 11e éd., LGDJ, 2020

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations : théorie générale, Montchrestien, 9e éd., 1998

ROUBIER (P.), Théorie générale du droit, Sirey, 2^{ème} édition, 1951

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), Droit civil. Les obligations, 12e éd., Dalloz, 2019.

VINEY (G.), Introduction à la responsabilité, 4e éd., LGDJ, 2019.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.), Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, 4 e éd., LGDJ, 2013.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.), Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, 4e éd., LGDJ, 2017

Ouvrages spéciaux : thèses, monographies

AUDIT (P.-E), La naissance des créances. Approche critique du conceptualisme juridique, Dall. Coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 141, 2015

ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, Livre V, Chap. II

BERG (O.), La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages. *Éssai d'une théorie en droit français et allemand*, préf. G. Viney, Bruylant, LGDJ, 2006.

BRUN (Ph.), Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile, th. Grenoble II, 1993

CADIET (L.), Le préjudice d'agrément, th. Poitiers, 1983

CALFAYAN (C.), Essai sur la notion de préjudice. *Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*, th. Paris I, 2007.

CARVAL (S.), La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, préf. G. Viney, LGDJ, 1995.

DABIN (J.), La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Sirey-Bruylant, 1935

DORVILLE, De l'intérêt moral dans les obligations, thèse Paris, 1901

DUPICHOT (J.), *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1969.

FABRE-MAGNAN (M.), De l'obligation d'information dans les contrats. *Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992 (réimpr. 2014)

FASSO (G.), Histoire de la philosophie du droit, du XIXème au XXème siècles, trad. de l'italien par C. ROUFFET, LGDJ 1976

FRASSIN (D.), RECHTMAN (R.), *L'empire du traumatisme, Enquête sur la condition de victime*, Flammarion 2007

GRARE (G.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préface Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol.45, 2015, n°387

GENY (F.), Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, LGDJ, 2^{ème} éd. 1919

G'SELL (F.), Recherches sur la notion de causalité, th. Paris 1, 2005

HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, 1904

JHERING, La lutte pour le droit, Dalloz, éd. 2006

MARTEAU (P.), La notion de causalité en responsabilité civile, th. Aix-En-Provence, 1913

MERAL (H.) *Essai critique sur le concept de perte de chance en droit privé*, th. Paris II, 2020 n.p

LAMBERT-FAIVRE (Y.), Droit du dommage corporel, Dalloz, 2004

LEQUETTE (Y.), *Les mutations du droit international privé, vers un changement de paradigme ?*
RCADI, cours n°387.

LYOTARD (J.-F), « La condition postmoderne, rapport sur le savoir », 1979

PENNEAU (P.), La responsabilité civile du médecin, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. « Connaissance du droit »,
2004

PICHARD (M.), *Le droit à, Etude de législation française*, Economica, Recherches juridiques 2006,
préf. M. GOBERT

QUEZEL-AMBRUNAZ (Ch.), Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, préf. Ph.
Brun, Dalloz, 2010

REISS (L.), Le juge et le préjudice, Étude comparée des droits français et anglais, préf. Ph.
Delebecque, PUAM, 2003.

ROUJOU DE BOUBEE (M.-E.), Essai sur la notion de réparation, préf. P. Hébraud, LGDJ, 1974.

ROUXEL (S.), Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français, th.
Grenoble II, 1994.

STARCK (B.), Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double
fonction de garantie et de peine privée, préf. M. PICARD, éd. L. Rodstein, 1947

VINEY (G.), Le déclin de la responsabilité individuelle, th. Paris, LGDJ, 1965

Articles, chroniques, rapports

ATIAS (C.), « Les actions en justice à fin de police civile dans les groupements de propriétaires »,
D.2000 chr. P.447.

ANTONMATTEI (P.-H), « Ouragan sur la force majeure », JCP 1996, I, 3907

AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD Civ.
2007, p. 227

BARY (M.) « L'existence contestable d'un droit subjectif à l'information », LPA, 30 septembre 2010, p.15

BERG (O.), « Le dommage objectif », Mélanges G. VINEY, LGDJ 2008, p.70

BENOIT (F.-P), « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité) », JCP G 1957.I.1351

BORGHETTI (J.-S)

- « L'ex-article 1382 du Code civil et le droit de la responsabilité civile. Requiem pour une disposition méconnue », RDA 2020 p.151 et s.
- « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité extra-contractuelle », Mélanges G. VINEY, LGDJ 2008, p.145
- « Peut-on se passer de la causalité ? » in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? », actes de colloque, 2015, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, D. Thèmes et commentaires, p.12

CADIET (L.)

- « Les métamorphoses du préjudice », in Les métamorphoses de la responsabilité, Journées Savatier, PUF, 1998, p. 37, spéc. p. 50
- « Le juge entre deux millénaires », Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000

CORNU. G., Du devoir de conseil, obs., RTD civ., 1972, p.418 et 419

CREDEVILLE (A-E) : « Le défaut d'information sur les risques de l'intervention : quelles sanctions ? Non à la dérive des préjudices », D.2008 p.1914

DESCAMPS (O.) « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », Droits 2008/1, n°47, p.23

DREIFUSS-NETTER (F.)

- « Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ? », RCA 2002, p.4 et s
- Intervention in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? » actes de colloque, 2015, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, D. Thèmes et commentaires, p.65

ESMEIN (P.), « Le nez de Cléopâtre ou les affres de causalité », D. 1964, chron. P.205

FABRE-MAGNAN (M.), « Un remède possible aux abus de la responsabilité (et de l'irresponsabilité) médicale : le filtrage des actions en responsabilité médicale », in Mélanges VINEY, LGDJ 2008 p.400 et s.

GRATON (L.), «Le dommage déduit de la faute», RTD civ 2013, 275

GROSSHOLZ (C.), V° Évaluation du préjudice, Rép. responsabilité de la puissance publique Dalloz 2015

HOUTCIEFF (D.), « La perte de chance de ne pas cautionner ou l'indemnisation du hasard et des coïncidences », D. 2009, 2971

KENDERIAN (F.), Le fondement de la protection de l'image des biens, propriété ou responsabilité ?, D. 2004, chron. 1470.

KNETSCH (J.), « Le traitement préférentiel du dommage corporel », in Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, JCP 2016, supp.30-35, p.9.

LEDUC (F.), « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », RCA n°3 mars 2010, dossier 3

LEQUETTE (Y.), « Des juges littéralement irresponsables... », Mélanges J. Héron, 2008

LEVENEUR (L.) « Le chaud et le froid pour le monde médical » Contrats Concurrence Consommation n° 10, Octobre 2012, comm. 225

J.LIMPENS *La théorie de la « relativité aquilienne » en droit comparé*, Mel. Savatier, p.581

MAZEAUD (H.), L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D.1935, p.7

MAZEAUD (D.), « Famille et responsabilité », Mélanges Catala, Litec, 2001, p.575

MOLFESSIS (N.), « La psychologisation du dommage. » in « Quel avenir pour la responsabilité civile ? », actes de colloque, 2015, dir. Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS, D. Thèmes et commentaires, p.39

MORANGE (G.) « A propos d'un revirement de jurisprudence : la réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat », D. 1962, chr., p.15

NGUYEN-THANH (D.) et REVEL (J.), « La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue » JCP 1975, I, 2679

OSSELIN (T.), « Réflexions sur la nature et le quantum du préjudice d'anxiété », JCP E 2014. 1066

PERES (C.), « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité civile », in *Mélanges Viney*, LGDJ, 2008, p. 805

PREVOST (J.-B.) « Tout un symbole. A propos de la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile », Gaz. Pal. 22 septembre 2020 p.44

REMY (P.) « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », RTD civ. 1997 p.323

SAVAUX (E.) et SCHÜTZ (R.N), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs ». Mélanges Aubert, Dalloz 2004, p.271

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La relativité de la faute contractuelle », RDC 2007 n°2 p.587

TALLON, « L'exécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223

TRAULLE (J.), « Le renouveau des présomptions en droit de la responsabilité civile », D. 2021, 360

VINEY (G.)

- « Pour ou contre un « principe général » de responsabilité civile pour faute ? », Mélanges CATALA, Litec, 2001, p.651
- « La responsabilité contractuelle en question », Mélanges GHESTIN, LGDJ éd. 2015, p.921

WEIR (T.), « Recent developments in causation English tort law », Mélanges Blanc-Jouvan, p.883

Notes et commentaires

BACACHE (M.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, D. 2014, p. 590
- Note sous Cass. Civ.1^{ère}, 25 janvier 2017, JCP G 2017, doctr. 257

BASCOULERGUE (A.), note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, JCP G 2014, 446

BLOCH (M.), note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, JCP G 2014, chron. 1323

BORGHETTI (J.-S)

- Obs. sous Cass. Civ.1^{ère}, 6 décembre 2007, RDC 2008, p. 769
- Note sous TA Nîmes, 2 juin 2009, D. 2010 p.419
- Obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, RDC 2010, p. 1235
- Obs. sous Cass. Civ.1^{ère} 25 janvier 2017, RDC 201, n°2, p. 231
- Obs. sous Cass. Ass. Plén., 5 avril 2019, RDC 2019, n°3 p.13
- Note sous Cass. Ass. Plén., 13 janvier 2020, RTD civ. 2020, p

BRUN (Ph.), note sous Cass. civ.1^{ère} 6 décembre 2007, 06-19301, D. 2008, 2894

CARON (C.)

- Note sous Cass. com. 1^{er} juill. 2003, JCP E 2003, n° 1627, n° 1
- Note sous Cass. civ.3^{ème}., 25 février 2004, D. 2004. somm.1631

CRISTOL (D.), note sous Cass. Civ.1^{ère} 25 janvier 2017, RDSS 2017, p. 716

DEJEAN DE LA BÂTIE (N.), JCP 1969, I, 16027, note sous Cass. Civ.1^{ère} 29 janvier 1969 ; Dlle Nègre c/ époux Fraioli.

DERIEUX (E.), obs. sous. Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, LPA 2 fév. 2001, p. 14

FERRIE (S.-M), note sous Cass. Civ.1^{ère} 25 janvier 2017, D. 2017, p.555

GUEGAN-LECUYER (A.), note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014RDC 2014, p. 368

HAUSER (J.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, RTD Civ. 1996, p. 871

HOCQUETBERG (S.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, RCA 2014, comm. 116
- Note sous Cass. Civ.1^{ère} 25 janvier 2017, RCA 2017, comm. 105

JACK (A.), note sous Cour d'appel, Aix, 3 mars 1932, Mon. Jug. Paix, 1932, p.64, S. 1933.2.129

JOURDAIN (P.),

- Note sous Cass. Civ.1^{ère}, 7 févr. 1990, RTD civ. 1992. 109
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, D. 1997, p.289
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, RTD civ. 1997, p.434
- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010 , RTD civ. 2010, p. 571
- Note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, RTD Civ. 2014, p.379
- Note sous Cass. Civ.1^{ère} 25 janvier 2017, RTD Civ. 2017, p.403

LARROUMET (C.), note. sous Cass. civ.2^e, 12 juin 1975, JCP 1975, II, 18444

LEBORGNE (A.), obs. sous Cass. civ.3^{ème}., 25 février 2004 Lamy droit civil, 2004 . 344

LEVENEUR (L.)

- Note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014, CCC 2014, comm. 86
- Note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2017, CCC avr. 2017, comm. 71

MEKKI (M.), note sous Cass. Civ. 1^{re} 23 janvier 2014,Gaz. Pal. 17 avr. 2014, p. 19

NEYRET (L.), note. sous Cass. civ.1^{ère} 6 décembre 2007, 06-19301, D. 2008, .804

PENNEAU (J.)

- Note sous, Cass ; Civ.1^{ère}, 11 février 1986, D. 1987, p. 19,
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, D. 1997, somm., p.319

PENNEAU (M.), note sous CA Angers, 11 sept. 1998, D.1999 .48

PLANIOL, note sous Cass., 17 août 1895, D.,1896.1.81

PORCHY-SIMON (S.), note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010 JCP G 2010, p. 788

RAVANAS (J.), note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, JCP G 1997.II.22805

RODIERE (R.), note. sous Cass, civ. 1^{ère}, 21 oct. 1952, JCP G 1953.II.7592

SARGOS (P.),

- Note. sous Cass. civ.1^{ère} 6 décembre 2007, 06-19301, D. 2008, 192
- Note. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010 D. 2010, p. 1522

TRAULLE (J.), obs. sous Cass. Civ.1^{ère}, 25 janvier 2017, Gaz. Pal. 16 avr. 2017, p. 31

VINEY (G.)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, JCP G 1997.I.4025
- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, JCP G 1997, I, 4025
- Note sous Cass Civ. 1^{ère} 23 janvier 2014, JCP G 2014, 553
- Obs. sous Cass. Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2019, RDC 2019

PLAN DETAILLE INDEXE

Introduction

<i>Construction</i>	1
<i>Déconstruction</i>	28

Chapitre I - Le vrai préjudice d'impréparation.....37

Section I – La définition de l'impréparation.....38

§1 La dualité factuelle du préjudice.....39

A. L'impréparation-anticipation.....40

1. L'inexistence de l'impréparation économique.....41

2. L'inconsistance de l'impréparation morale.....45

B. L'impréparation frustration.....48

1. L'inadéquation du donné factuel et du construit juridique.....49

2. L'appréhension du surplus anormal de frustration.....52

§2 La dualité conceptuelle de la réalisation du risque.....56

A. Postériorité par rapport au préjudice, une condition.....58

1. La thèse.....58

2. L'antithèse.....60

B. Antériorité par rapport au préjudice, une cause.....62

1. Complémentarité causale avec le fait générateur.....63

- Le rôle causal du défaut d'information

- Le rôle causal de la réalisation du risque

2. Concurrence causale avec le fait générateur.....72

- Lorsque la réalisation du risque est imputable à un tiers responsable

- Lorsque la réalisation du risque n'est pas imputable

Section II – <u>La délimitation de l'impréparation</u>	79
§1 La variabilité du fait générateur.....	80
A. <i>Le risque, objet de l'information non délivrée</i>	81
1. Droit positif, la protection de l'intérêt corporel du patient.....	82
2. Droit prospectif, la protection de l'intérêt corporel de chacun.....	88
B. <i>L'information, objet de l'obligation violée</i>	95
1. Le défaut d'information, condition insuffisante.....	96
2. Le défaut d'information, condition irréductible.....	99
§2 L'omniprésence du préjudice.....	103
A. <i>L'indépendance du préjudice</i>	104
1. Le cumul contestable avec la perte de chance.....	105
2. L'autonomie discutable par rapport au « préjudice principal ».....	113
B. <i>L'objectivité du préjudice</i>	115
1. Un préjudice moral présumé.....	116
2. Un préjudice moral dévalué.....	123
Chapitre II – Le faux préjudice d'impréparation	131
Section I – <u>L'atrophie du préjudice</u>	134
§1 Le déguisement du préjudice : l'atteinte au droit subjectif.....	136
A. <i>L'identification délicate de l'intérêt lésé</i>	137
1. Le droit à l'information hétéronome.....	138
2. Le droit à l'information autonome	141
<i>Fondé sur le droit de créance/Fondé sur le libre arbitre</i>	
B. <i>La promotion relative du droit atteint</i>	151
1. L'effet reconnaissant de la responsabilité.....	151
2. L'influence du raisonnement fondamentaliste sur la responsabilité.....	154

§2	La disparition du préjudice : le triomphe de l'objectivité.....	158
	<i>A. La mise à l'écart du raisonnement contrefactuel.....</i>	159
	1. La fausseté du préjudice révélée par la distinction du dommage et du préjudice.....	160
	2. La fausseté du préjudice confirmée par la distinction du préjudice-lésion et du préjudice-différence.....	164
	<i>B. Les dangers de l'hyper-objectivité.....</i>	167
	1. La rupture d'équilibre.....	167
	2. La déshumanisation par la normalisation.....	172
 Section II – <u>L'hypertrophie du fait générateur</u>.....		173
§1	Amplification.....	174
	<i>A. La contraction technique des éléments constitutifs de la responsabilité.....</i>	175
	1. L'isolement relatif de la solution.....	175
	2. L'absorption du dommage par la faute.....	181
	<i>B. Le renversement téléologique des fonctions de la responsabilité.....</i>	183
	1. L'avancée de la dimension punitive.....	183
	2. L'inéluctabilité de la dimension réparatrice.....	188
§2	Canalisation.....	190
	<i>A. L'impuissance des théories de la causalité.....</i>	191
	1. En France.....	192
	2. A l'étranger (Common Law, droit allemand).....	194
	- « But for test » et « remoteness of damage »	
	- Relativité aquilienne	
	<i>B. Le secours de la conceptualisation du préjudice.....</i>	201
	1. Pourquoi conceptualiser.....	202
	2. Comment conceptualiser ?.....	204