

Faute, risque, aléa, sécurité

Gilles GENICOT
avocat
chargé de cours adjoint à l'U.Lg.

Introduction	63
SECTION 1	
La confirmation : responsabilité consacrant l'existence d'une faute	67
A. Principes	
B. Typologie exemplative de fautes retenues	
C. Obligations de moyens et de résultat	
D. Responsabilité pour faute d'autrui	
SECTION 2	
L'évolution : responsabilité dépassant l'existence d'une faute	111
A. Cas traditionnels de responsabilité sans faute	
B. Exigence de sécurité	
C. Prise en compte du risque	
D. Limite : maintien de l'exclusion de l'aléa	
Conclusion	159

Introduction



Le droit de la responsabilité médicale semble être au milieu d'un gué. D'un côté, la responsabilité pour faute où il reste solidement amarré, le principe étant constamment réaffirmé et les nuances approchées avec une finesse grandissante. De l'autre, le rivage encore embrumé d'une responsabilité qui dépasserait l'exigence de faute. Nous pensons que la barque peut, dans une certaine mesure, avancer dans cette direction qui n'est pas si incertaine et dangereuse que d'aucuns voudraient le laisser croire. Le droit dispose d'armes pour s'orienter dans ce sens, sans attendre une hypothétique intervention du législateur.

C'est qu'en effet, si la matière de la responsabilité continue à cristalliser l'attention en droit médical, c'est à d'autres aspects que le législateur belge s'est récemment consacré : euthanasie¹ ; droits du patient² ; recherche sur les embryons³ ; expérimentations humaines⁴. Son homologue français a

1. Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, *M.B.*, 22 juin 2002 : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination », *R.T.D.H.*, 2004, 5 ; Th. VANSWEEVELT, « De euthanasiewet : de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid ? », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 216 ; W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », *Rev. dr. int. comp.*, 2003, 233 ; M. ADAMS et H. NYS, « Euthanasie in de Lage Landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet », *T.P.R.*, 2003, 11.

2. Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, commentée par Y.-H. LELEU, *J.T.*, 2003, 649 ainsi que dans le présent ouvrage ; Th. VANSWEEVELT, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 66 ; C. TROUET et I. DREEZEN, *N.J.W.*, 2003, 2 ; D. MAYERUS et P. STAQUET, *D.C.C.R.*, 2002, n° 57, 3.

3. Loi du 22 août 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, *M.B.*, 28 mai 2003, commentée par Y.-H. LELEU, *R.T.D.F.*, 2003, 715 ; N. DENIES, *J.T.*, 2003, 693.

4. Loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine, *M.B.*, 18 mai 2004, commentée par E. LANGENAKEN, *J.T.*, 2005, à paraître.

pour sa part pris le problème à bras le corps en adoptant les lois des 4 mars et 30 décembre 2002 autour desquelles s'ordonne désormais le droit médical de nos voisins⁵.

Les textes nouveaux, et à maints égards novateurs, que nous venons d'évoquer ne sont toutefois pas, loin s'en faut, dépourvus de liens et de retentissements sur la matière ici examinée, en particulier la loi relative aux droits du patient. Prises dans leur ensemble, on constate que ces lois récentes illustrent une *nette tendance du droit actuel* à se départir complètement d'une vision « paternaliste » de la relation médicale pour s'orienter vers la pleine consécration de **l'autonomie du patient**⁶ dans un rapport de soins repensé et rééquilibré, principalement à la lumière des droits fondamentaux de la personne.

2 Au sein du contentieux de la responsabilité, de loin le plus volumineux en droit médical, l'étude du **fait générateur** — objet de la présente contribution, à l'exclusion des autres questions — illustre, ou à tout le moins laisse pressentir, une évolution dont nous voudrions contribuer à éclairer les enjeux. Ce n'est pas une nouveauté : les litiges relatifs à la responsabilité révèlent, en contrepoint, la teneur et la portée des obligations mises à la charge des praticiens ainsi que l'espoir élevé et parfois renouvelé que l'on place en eux en ce début de siècle⁷. Les droits des patients sont également, dans une large mesure, définis par la jurisprudence à l'occasion des litiges affectant leurs relations avec le personnel soignant.

5. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (commentée not. par F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, *R.T.D. civ.*, 2002, 574 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *D.*, 2002, 1217, 1291 et 1367 ; P. MISTRETTA, *J.C.P.*, 2002, I, 141) ; loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale et à l'assurance de la responsabilité médicale (commentée not. par P. MISTRETTA, *J.C.P.*, 2003, act., 57 ; J. BIGOT, *J.C.P.*, 2003, I, 118 ; F.-J. PANSIER, *Gaz. Pal.*, 10-11 janvier 2003, 5). Pour une synthèse : *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, G. FAURÉ (dir.), P.U.F., coll. CEPHIRCA, 2003 ; P. JOURDAIN, A. LAUDE, J. PENNEAU et S. PORCHY-SIMON, *Le nouveau droit des malades*, Litec, coll. Carré Droit, 2002 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « La responsabilité médicale et sa garantie d'assurance dans la législation française de 2002 », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, 797.

6. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, 589.

7. M. HARICHAUX, « Relativité des données de la science et responsabilité médicale », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, 1603.

L'avènement de la loi relative aux droits du patient, qui précise et rigidifie ces droits et obligations, ne devrait pas atténuer ce constat mais au contraire permettre une redéfinition des devoirs de l'homme de l'art et notamment la qualification de certains d'entre eux en obligations de résultat. Il n'est au demeurant nul besoin d'insister sur la nécessité d'une *définition la plus précise possible* du fait susceptible d'entraîner la mise en cause de la responsabilité du médecin. La sécurité juridique et la prévisibilité contractuelle l'exigent.

À cet égard, il est évident que les constantes subsistent. Dans une très large mesure, la responsabilité du médecin reste fondée sur la **faute**. Il n'entre pas dans nos ambitions de synthétiser à nouveau une matière qui a déjà fait l'objet d'analyses aussi brillantes qu'exhaustives⁸ ni de répéter ce que nous-mêmes ou d'autres avons pu écrire sur le sujet au cours des dernières années⁹.

Il nous a en revanche semblé utile de *dépasser* cette analyse traditionnelle fondée sur la faute. Nous avons voulu nous pencher sur la prise en compte, dans le contexte actuel, des notions de **risque** et de **sécurité** ainsi que sur la place exacte qu'il convient d'attribuer au traditionnel « **aléa thérapeutique** ». Notre époque est marquée par l'essor du consumérisme, qui s'illustre par un souci constant et accru de rééquilibrer des relations en apparence inégales — ce qui tend à expliquer que l'autonomie du malade soit de plus en plus mise en évidence comme constituant la pierre angulaire de la relation médicale. Il est d'autre part banal de relever que le droit de la responsabilité évolue vers un droit de la *réparation des dommages* et non

8. Pour s'en tenir au droit belge : R.P.D.B., v° Responsabilité, t. 11, Bruylant, 1951, n° 284-407 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, Larcier, 2^e éd., 1967, pp. 358-400, n° 989-1161 ; X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et obligations des médecins*, Larcier, 2^e éd., 2 tomes, 1971 ; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Larcier, 1974 ; H. NYS, *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995 ; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant, 1996 ; *Responsabilité et accidents médicaux*, Mys & Breesch, 1996 ; voy. ég. J.-L. FAGNART, « Introduction générale au droit de la responsabilité », vol. 1 et 2, in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, t. I, l. 1 et 1 bis.

9. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, De Boeck-Université, 2001, 97-146 ; J.-L. FAGNART, « Aspects actuels de la responsabilité médicale », in *Droit et médecine*, C.U.P., 1996, vol. XI, 221-309 ; P. HENRY, « La responsabilité civile du médecin », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, éd. Jeune Barreau de Liège, 1993, 16-49.

(seulement) de la stigmatisation des fautes¹⁰. Il nous a dès lors paru opportun de clarifier la situation telle qu'elle se présente en matière médicale, tout en ouvrant certaines pistes de réflexion susceptibles de la faire évoluer¹¹.

3 Notre but est en définitive double. Nous voudrions, dans un premier temps, esquisser une synthèse de la manière dont la *responsabilité pour faute* est envisagée par la jurisprudence actuelle (**section I**). Dans un second temps, nous tâcherons de proposer des pistes permettant, dans l'état actuel du droit, de répondre au légitime souci indemnitaire en *détachant l'analyse de la stigmatisation d'une faute* (**section II**).

Cette synthèse se fondera sur une sélection aussi soigneuse que possible de la jurisprudence récente en la matière¹², mais aussi sur quelques-unes des multiples réflexions doctrinales dont elle a fait l'objet. Jurisprudence et doctrine sont de ce point de vue nettement plus abondantes en France, où les principes applicables sont identiques et où la recherche d'une nécessaire systématique est depuis longtemps plus approfondie. Ce constat justifiera un large appel aux solutions proposées ou retenues chez nos voisins — excursion certes motivée par un goût personnel assuré, mais qui s'inspire surtout de la conviction que lesdites solutions offrent indiscutablement une source précieuse à laquelle les praticiens belges auraient tout intérêt à s'abreuver.

10. Parmi une abondante doctrine, voy. not. M. HARICHAUX, « Relativité des données de la science et responsabilité médicale », précité.

11. On n'examinera pas les *autres éléments* de la responsabilité que sont le dommage et le lien causal. Au sujet de la *perte d'une chance*, nous renvoyons à la contribution de F. DELOBBE et C. DELVAUX dans le présent ouvrage. La Cour de cassation vient de rappeler, par un arrêt du 1^{er} avril 2004 rendu en chambres réunies (n° C.01.0211.F et C.01.0217.F, concl. WERQUIN), qu'il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage *tel qu'il s'est réalisé*, ce lien supposant que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit. Le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal. À propos de cet arrêt, I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, 92. *Adde* Cass., 17 septembre 2003, *J.T.*, 2004, 95, note, au sujet du lien causal entre le défaut de prévoyance ou de précaution reproché à un médecin et *l'accroissement d'un risque de décès* du patient.

12. Tant il est certain que le droit médical est de « création essentiellement prétorienne » (G. MÉMETEAU, « La présentation du droit médical dans la R.T.D. civ. », *R.T.D. civ.*, 2002, 255). Nous nous sommes limités, sauf rares exceptions, à la jurisprudence publiée et essentiellement aux décisions rendues au cours des dix dernières années.

La confirmation : responsabilité consacrant l'existence d'une faute

En règle très générale, la responsabilité du médecin reste fondée sur le constat qu'au cours de la relation de soins, une *faute* a été commise. Il convient de rappeler les principes gouvernant la matière (A) avant de présenter un échantillon de fautes qui ont pu être mises en évidence par la jurisprudence à l'un ou l'autre stade de cette relation (B). Nous nous pencherons ensuite sur l'une des questions centrales de la matière, à savoir la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat (C), avant d'évoquer certaines particularités de la responsabilité pour faute d'autrui (D).

A. Principes

Un certain flou persiste en jurisprudence sur le cadre exact dans lequel il convient de raisonner : responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle ? Cette question n'a guère d'importance en pratique (1) puisque dans un cas comme dans l'autre, l'on procède à une appréciation abstraite du comportement mis en cause par référence au standard de diligence (2). Sur le plan de la preuve de la faute, on relève en matière médicale d'inévitables assouplissements (3).

1. Absence de distinction entre les deux ordres de responsabilités

Il n'y a pas lieu, nous semble-t-il, de nous appesantir sur la détermination du **cadre exact de la relation** : rapport contractuel affirmé en médecine libérale ambulatoire, rapport contractuel parfois plus implicite, voire extra-

contractuel, en médecine hospitalière ; absence de véritable contrat si le patient est inconscient ou incapable de consentir, ou si les soins sont pratiqués en urgence... Quoi qu'il en soit, la responsabilité est appréciée *de la même manière*¹³.

Abstraction faite des justifications techniques, ceci s'explique, à notre estime, par la nécessité de situer la relation médicale *en amont de cette distinction*, dans le giron des **droits fondamentaux** qui trouvent ici pleinement leur place. Cette référence, déjà présente en filigrane depuis longtemps¹⁴, est confirmée par l'évolution récente de la matière, tant législative que jurisprudentielle, comme le confirme l'important arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001¹⁵. Il y a certes un contrat, mais gouverné par des principes supérieurs. Cette prise de conscience permet de comprendre bien des solutions acquises et de justifier plusieurs évolutions souhaitables, sans qu'il soit pour cela nécessaire d'étirer, pour les besoins des causes, des concepts de pur droit des obligations qui n'ont manifestement pas été forgés pour s'appliquer ici.

13. Contrat médical et responsabilité du médecin : H. NYS, *o.c.*, 133-147 ; Th. VANSWEEVELT, *o.c.*, 17-60 et 326-338. Voy. aussi B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle », vol. 1 et 2, in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, précité, t. I, l. 3 et 3bis.

14. Cass. fr. req., 28 janvier 1942, *D.*, 1942, jur., 63 : le chirurgien est tenu « d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération dont il apprécie, en pleine indépendance, sous sa responsabilité, l'utilité, la nature et les risques ; en violant cette obligation, *imposée par le respect de la personne humaine*, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, constitutif d'une faute personnelle (...) ».

15. La Cour de cassation y pose très clairement que « toute personne jouit des *droits de la personnalité*, qui comprennent le droit à la vie et à l'intégrité physique ; en règle, le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne est celui de cette seule personne », liant ainsi la nécessaire obtention du consentement au droit au respect de l'intégrité physique (Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, 532, note Y.-H. LELEU et C. GENICOT, *Rev. dr. santé.*, 2001-2002, 239, note J.-L. FAGNART, *J.T.*, 2002, 261 et *R.G.D.C.*, 2002, 328, note C. TROUET (avec les concl. de M. le Procureur général DU JARDIN, également publiées à la *R.G.A.R.*, 2002, n° 13494) ; R.O. DALCO, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13488). Dans un arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de cassation française s'écarte également d'un strict fondement contractuel en retenant que « le devoir d'information du médecin trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la *dignité de la personne humaine* » (Cass. fr., 1^e civ., 9 octobre 2001, *D.*, 2001, 3470, rapport SARGOS, note D. THOUVENIN).

Du reste, bien qu'il y ait contrat et, partant, en principe responsabilité contractuelle¹⁶, il apparaît que la jurisprudence belge a plutôt tendance à invoquer la *responsabilité quasi-délictuelle* du médecin, les solutions qu'elle applique étant à maints égards celles que commande la loi aquilienne¹⁷. Quoi qu'il en soit, l'on observe avec pertinence qu'il est sans intérêt de rechercher si la faute éventuelle commise par l'homme de l'art est de nature contractuelle ou aquilienne¹⁸. Il existe une claire *convergence*, du point de vue de l'appréciation de la faute, entre les deux ordres de responsabilités. Les tribunaux n'hésitent au demeurant pas, s'agissant des particularités de l'un ou l'autre régime, à raisonner dans celui qui paraît le plus approprié au cas d'espèce qui leur est soumis¹⁹.

La responsabilité médicale doit être dominée par la primauté du respect dû à l'*intégrité physique*, à la *dignité humaine*, à l'*autonomie du patient*, valeurs de plus en plus affirmées par la jurisprudence. Elle suppose en outre

16. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 48-50 et les réf. citées. L'analyse est certaine et constante en France depuis l'arrêt fondateur *Mercier* (Cass. fr. civ., 20 mai 1936, *D.*, 1938, I, 88, rapport JOSSERAND, concl. MATTER, note E.P., *S.*, 1937, I, 321, note BRETON, *R.T.D. civ.*, 1936, p. 691, obs. DEMOGUE, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. II, nos 161-162, obs. TERRÉ et LEQUETTE); voy. aussi Cass. fr. civ., 29 mai 1951, *D.*, 1952, jur., 53, note SAVATIER, *S.*, 1953, I, 41, note NERSON, *J.C.P.*, 1951, II, 6481, note PERROT. Notre Cour de cassation n'a jamais explicitement exprimé cette thèse mais l'a implicitement admise dans un arrêt du 4 octobre 1973 (*Pas.*, 1974, I, 121, *J.T.*, 1974, 296, note J.-L. FAGNART).

17. En France, en revanche, les arrêts de la Cour de cassation relatifs à la responsabilité médicale se situent clairement dans le domaine contractuel et sont rendus au visa de l'article 1147 du Code civil et non de l'article 1382.

18. R.O. DALCO, « L'évolution récente de la responsabilité médicale », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Die Keure, 2001, 723-724. Un net rapprochement a été opéré en pratique entre les deux types de responsabilités, les différences techniques subsistantes étant progressivement atténuées voire abolies par l'œuvre de la jurisprudence (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, P.U. Bruxelles, 3^e éd., 1996-1997, vol. 2, 429 et s.).

19. La jurisprudence tend ainsi à se situer dans le domaine de la responsabilité *contractuelle* lorsqu'il s'agit de faire répondre un médecin des fautes commises par les personnes qu'il s'est substitué dans l'exécution de ses obligations, retenant à appliquer le régime de l'article 1384 du Code civil qui suppose la reconnaissance d'un lien de subordination. Inversement, si l'espèce fait intervenir un matériel ou un produit qualifié de vicié, c'est la responsabilité *extra-contractuelle* qui constituera le terrain privilégié. On y reviendra, mais il semble ainsi que dans une certaine mesure, la jurisprudence se forge au gré des besoins des causes et ne brille dès lors pas toujours par sa rigueur et sa cohérence.

la prise en compte d'une impressionnante série de paramètres et de facteurs contextuels. Il se pourrait donc que la matière milite, parmi d'autres, pour une abolition de la distinction des deux ordres de responsabilités, question qui a récemment permis de couvrir d'une science pénétrante de nombreuses pages de la vénérable *Revue trimestrielle de droit civil*²⁰.

Les valeurs supérieures dont il vient d'être question pourraient également conduire à un durcissement en ce qui concerne le caractère *d'ordre public* de la responsabilité extra-contractuelle, lequel est affirmé en France mais non en Belgique, où les clauses d'exonération ou de limitation sont, en principe, valables. Il serait envisageable de revenir sur cette position lorsqu'il s'agit de dommages causés à l'intégrité physique, conçue comme une valeur supplantant les intérêts patrimoniaux des débiteurs d'indemnités. Il restera à fixer un critère de démarcation précis à l'aune duquel sera appréciée la possibilité ou l'interdiction de déroger au principe de la responsabilité.

5 Le principe de la responsabilité, qu'il trouve son siège dans l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle ou extra-contractuelle, suppose toujours la réunion des trois composantes classiques : **faute, dommage, lien causal**. D'un côté comme de l'autre, le *lien de causalité* est apprécié de la même manière, la jurisprudence constante de la Cour de cassation confirmant qu'il doit revêtir un caractère de *certitude* en ce sens que le juge doit constater que sans la faute qu'il épingle, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit²¹. Et, si le *degré d'intensité de la faute* présente théoriquement des différences (*culpa levis in abstracto* en matière contractuelle, *culpa levissima* en matière aquilienne), il paraît impossible de réellement distinguer les deux responsabilités de ce point de vue, de sorte que l'on ne pourra, pragmatiquement, que s'en référer au critère de diligence classique du bon père de famille.

20. D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *R.T.D. civ.*, 1994, 223 ; Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *R.T.D. civ.*, 1997, 323 (du même auteur, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et Cultures*, 1996, 3) ; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *R.T.D. civ.*, 1999, 1 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. civ.*, 1999, 771 ; L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle des contractants », *R.T.D. civ.*, 1998, 839.

21. Voy. not. Cass., 31 mai 2000, *Bull.*, 2000, n° 334 : pour apprécier l'existence d'un rapport de causalité entre le défaut de prévoyance ou de précaution et le décès d'une personne, le juge doit tenir compte de la situation concrète telle qu'elle apparaît, sans avoir à supputer ce qui se serait passé sans la faute.

Observons cependant l'une des différences entre les deux régimes qui tient en ce qu'en matière contractuelle, l'indemnisation ne porte que sur le *dommage prévisible* (art. 1150 C. civ.), sauf en cas de dol, tandis qu'en matière aquilienne joue le principe de la réparation *intégrale* du préjudice. Selon la Cour de cassation, pour qu'un acte soit fautif, « il n'est pas requis qu'il soit de nature à causer un dommage certain ; il suffit que le dommage soit une conséquence possible de l'acte mais cette conséquence possible doit être prévisible, en manière telle que celui qui a accompli l'acte dommageable ne commet une imprudence dont il doit répondre que s'il devait prévoir le dommage et prendre les mesures nécessaires pour le prévenir »²². Il suffit pourtant qu'un dommage *quelconque* soit prévisible, de sorte qu'il s'agit d'une exigence abstraite et que la responsabilité peut être engagée même si le dommage qui s'est effectivement réalisé n'est pas celui que le défendeur avait prévu ou aurait dû prévoir.

Outre que l'appréciation extrêmement large faite par la jurisprudence de la notion de prévisibilité du dommage a, de ce point de vue également, conduit à un net rapprochement des deux modalités de réparation²³, cette dernière précision révèle que ce critère de prévisibilité ne semble pas vraiment pertinent en matière médicale. En effet, lors d'un traitement médical, il est à l'évidence *toujours rationnellement concevable* qu'un dommage survienne, même s'il est bien entendu impossible de pouvoir en présumer la consistance exacte. C'est même l'existence de ce *risque permanent* qui justifie l'affinement de l'approche du fait générateur de responsabilité en la matière (*infra*, n^{os} 40 et s.). Le dommage est dès lors toujours abstraitement prévisible. Il convient également de noter que le critère de prévisibilité du dommage ne joue aucun rôle s'agissant de la violation d'une *obligation de résultat*, dès lors que le simple constat que ledit résultat n'a pas été atteint suffit alors, en l'absence de preuve d'une cause étrangère libératoire, pour que la responsabilité soit engagée.

22. Cass., 12 novembre 1951, *Pas.*, 1952, I, 129 ; 15 décembre 1968, *Pas.*, 1959, I, 385 ; 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 802 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd., t. I, Larcier, 1967, n^{os} 309-311 ; du même auteur, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruylant, 1994, 83 ; G. SCHAMPS, *La prévisibilité du dommage en responsabilité civile*, U.C.L., Centre de droit des obligations, 1993.

23. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, vol. 3, 612-615.

2. *Appréciation abstraite par référence au standard de diligence*

6 Qu'on maintienne l'approche strictement contractuelle ou qu'on affine l'analyse comme paraît l'exiger l'évolution de la matière²⁴, il reste que le fait générateur central de responsabilité du médecin ou de l'hôpital est constitué par la **faute la plus légère**, appréciée en fonction du **critère de diligence normale**, autrement dit à l'aune du comportement d'un médecin normalement prudent, compétent et diligent placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu que celles où a été commis l'acte ou l'omission incriminés²⁵.

La Cour de cassation maintient ce critère traditionnel d'appréciation *in abstracto* et a récemment rappelé sa jurisprudence constante selon laquelle « la faute aquilienne doit être appréciée suivant le critère d'une personne *normalement soigneuse et prudente* placée dans les mêmes conditions ; dans cette appréciation, le juge peut prendre comme terme de référence le comportement qu'aurait dû avoir normalement une personne exerçant la *même fonction* et ayant la *même qualification* que celle dont la responsabilité est recherchée »²⁶. Il n'en va pas autrement de la faute contractuelle, sous réserve bien sûr d'un examen de la portée des obligations mises à la charge du débiteur par le contrat, la bonne foi qui doit présider à son exécution (art. 1134, al. 3 C. civ.) ou « les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135 C. civ., dont les nombreuses virtualités mériteraient, pensons-nous, d'être redécouvertes — *infra*, n° 30).

24. Les spécificités du droit médical rendent inévitablement insuffisante, à divers égards, l'analyse de la relation médecin-patient en termes purement contractuels (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 50-54, n°s 61-66 ; voy. déjà R. NERSON, « Le respect par le médecin de la volonté du malade », in *Mélanges Marty*, P.U. Toulouse, 1978, 870 ; M. VAN QUICKENBORNE, « De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie », *R.W.*, 1986-1987, 2402). En France, une pertinente analyse récente a bien mis en lumière le glissement opéré, notamment par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, de la catégorie du contrat vers celle de la *décision*, non sans épingle le décalage que ce schéma induit avec le rapport de *pouvoir* qui sous-tend la relation médicale ainsi que ses conséquences potentielles sur le terrain de la responsabilité (P. LOKIEC, « La décision médicale », *R.T.D. civ.*, 2004, 641).

25. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *o.c.*, 99 et s. ; voy. not., parmi de multiples décisions, Mons, 29 septembre 1986, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11282 ; Liège, 23 décembre 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13168.

26. Cass., 5 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2005, 110, note B. WEYTS ainsi que les arrêts antérieurs auxquels renvoie la notice du parquet. Il s'agissait en l'espèce d'un « jeune moniteur bénévole » ; par le second attendu, la Cour signifie qu'en comparant l'attitude de la personne mise en cause en l'espèce avec un jeune moniteur bénévole normalement soigneux et prudent, l'arrêt déféré ne s'était pas départi d'une appréciation abstraite de la faute.

On rappellera également que selon la Cour de cassation, *le défaut de prévoyance ou de précaution* au sens des articles 418 et suivants du Code pénal correspond à *la négligence ou à l'imprudence* prévues aux articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour ajoutant que la circonstance qu'une faute soit commise à l'occasion de l'exécution d'un contrat n'exclut pas la responsabilité civile en raison d'une infraction²⁷. Ceci explique l'enseignement qu'offre en cette matière la jurisprudence pénale, au demeurant généralement soigneusement motivée et argumentée. Il reste qu'à notre estime, le droit pénal devrait dans toute la mesure du possible ne pas s'immiscer dans l'appréhension des incidents thérapeutiques²⁸, qui relèvent, hors les cas les plus graves évidemment, de la souplesse et de la maîtrise qu'offre le droit privé et non de la rigueur mâtinée d'opprobre sociale que véhiculent par définition les tribunaux correctionnels.

Cette *appréciation abstraite* du comportement du médecin par référence au critère de diligence normale attendue de lui continue à juste titre à prévaloir en jurisprudence. On ne compte plus les décisions qui le rappellent avant d'apprécier en fait les circonstances de l'espèce.

La faute peut être constituée par la *méconnaissance d'une obligation ou d'une interdiction légale*²⁹ ou par l'adoption d'un comportement (par action ou par omission) qui *s'écarte du standard requis*.

27. Cass., 26 octobre 1990, *Bull.*, 1991, n° 110, *R.C.J.B.*, 1992, 497, note R.O. DALCQ. Ajoutons qu'aux termes d'un arrêt du 13 janvier 1994 (*J.T.*, 1994, 291, obs. R.O. DALCQ), la Cour décide que la prescription du délit de coups et blessures involontaires ne prend cours qu'à partir de l'apparition du dommage, l'infraction *n'existant* qu'à ce moment (elle n'existe donc pas à partir du moment où le préjudice apparaît, mais du moment où la victime peut raisonnablement l'imputer au médecin qui l'a soignée) et ajoute que le juge du fond peut décider que les éléments de l'infraction sont réunis à la date à laquelle l'état de la victime a permis de déterminer l'existence de l'infraction.

28. Sur les points de contact entre les deux matières, on ne peut mieux faire que renvoyer au magistral ouvrage de Mme Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruylant/L.G.D.J., 1987 ; *adde* la réflexion de P. FERREIRA DA CUNHA, *Responsabilité et culpabilité*, P.U.F., coll. Médecine et Société, 2001.

29. Il convient à cet égard de porter une attention toute particulière aux obligations imposées au médecin par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, que le médecin doit respecter « dans la mesure où le patient y apporte son concours » — manière de confirmer que le patient peut lui-même commettre une faute constitutive, pour le praticien, d'une cause étrangère libératoire (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 134-137, nos 160-163) — et « dans les limites des compétences qui lui sont conférées par ou en vertu de la loi » (art. 4). Les droits du patient proprement dits sont énumérés par les articles 5 à 11 du texte. Nous renvoyons sur ce point à la contribution de Y.-H. LELEU dans le présent ouvrage.

Selon la Cour de cassation, la violation consciente d'une *prescription légale ou réglementaire* constitue en soi une faute, sans qu'il faille établir que l'auteur a agi par maladresse, imprudence, négligence ou imprévoyance³⁰. En revanche, la simple circonstance que d'éventuelles prescriptions légales ou administratives ont été respectées *n'implique pas l'absence de faute*. Ainsi, que le médecin ait scrupuleusement observé la loi sur les droits du patient ou son code de déontologie, ou que l'hôpital ait obéi aux dispositions relatives à l'organisation des soins (service de garde, matériel minimum, etc.), n'empêche pas la reconnaissance d'une responsabilité si, dans l'espèce considérée, une négligence peut leur être imputée.

La norme de diligence se rapporte à un acte et non à une personne. Il n'y a pas lieu de distinguer selon la *gravité* de la faute commise : un manquement, si minime soit-il, à l'obligation de diligence peut en règle entraîner la responsabilité³¹. Le médecin de référence doit être un médecin *de la spécialité requise* par l'acte médical pratiqué, de sorte qu'un généraliste ou un spécialiste qui agit en dehors de sa spécialité sera tenu — sauf urgence ou nécessité — de respecter la norme de diligence imposée au spécialiste du domaine duquel ressort l'acte qu'il pratique.

La faute doit être **prouvée par la victime**. Voici encore un socle que la jurisprudence, en dehors des hypothèses où elle admet l'existence d'une obligation de résultat, ne manque jamais de souligner. Le patient sera bien souvent débouté de son action au motif qu'il ne délivre pas *en fait* cette preuve, notamment au moyen du rapport d'expertise. On rappellera à cet égard que *la simple survenance de l'accident, du dommage*, ne révèle pas par elle-même l'existence d'une faute, car il peut être imputable à bien d'autres facteurs qu'une négligence du praticien³². Cette règle générale du droit de la responsabilité est particulièrement pertinente en matière médicale. La tâche

30. Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, 178 ; Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, 682 ; Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 83, *R.C.J.B.*, 1990, 203, note R.O. DALCQ.

31. Liège, 4 janvier 1979, *R.R.D.*, 1979, 906, obs. B. HAUBERT ; Liège, 20 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1997, 1075, note L. VAN GOSSUM, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 182, note N. COLETTE-BASECQZ.

32. Gand, 24 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 224, note H. ULRICHTS ; Anvers, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, 158.

du patient se voit toutefois allégée par le recours aux *présomptions* ou au critère du *cours normal des choses*³³.

Soulignons d'emblée qu'il n'est pas possible de masquer l'existence d'une faute en recourant au concept d'*aléa*, traditionnel en matière médicale et sur la portée exacte duquel on reviendra (*infra*, nos 50 et s.). L'*aléa* constitue précisément un contrepoint à l'hypothèse d'une faute prouvée ou déduite par *présomptions*. Mais la faute est appelée à intervenir dès que les faits constatés par le juge ne permettent pas de l'exclure. Le contrôle de la Cour de cassation sur cette notion légale demeure bien réel : d'une part, l'existence d'une faute ne peut être déduite d'éléments qui ne seraient *pas susceptibles de justifier rationnellement* pareille conséquence ; d'autre part, ayant conclu à l'existence d'une faute, le juge ne peut, sans encourir la cassation, décharger son auteur de toute condamnation sans constater que, sans cette faute — ou le vice de la chose —, le dommage se serait produit comme il s'est produit³⁴.

Il est dès lors certain qu'un mauvais diagnostic, un choix de traitement ou de médicament discutable³⁵, l'irrespect des indications données par le

33. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 102-104, nos 123-127. Ces techniques de raisonnement, qui aboutissent à un allègement mais non à un renversement complet de la charge de la preuve, sont à manier avec précaution et dépendent largement des circonstances de fait (*infra*, nos 10-11).

34. Jurisprudence constante ; voy. not. Cass., 26 mars 1992, *Bull.*, 1992, n° 399 ; Cass., 15 décembre 1992, *Bull.*, 1992, n° 795 ; Cass., 23 février 2000, *Bull.*, 2000, n° 140 ; Cass., 21 février 2001, *Bull.*, 2001, n° 107. En France : Cass. fr., 1^e civ., 7 janvier 1997, *D.*, 1997, 189, note D. THOUVENIN : cassation au motif que, pour écarter la responsabilité d'un chirurgien à l'occasion du décès du patient suite à une hémorragie provoquée par une blessure à l'artère sous-clavière, la cour d'appel avait énoncé que ce chirurgien n'avait pas commis de « maladresses fautives ou non admissibles et que le décès du malade ensuite de cette blessure artérielle avait pour cause une complication exceptionnelle... et donc non prévisible », alors qu'il résultait des propres constatations de l'arrêt que la blessure de l'artère sous-clavière était le fait du chirurgien, de sorte que sa responsabilité était nécessairement engagée.

35. Ou une combinaison de médicaments : Anvers, 18 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2003, 456. Voy. C. DELFORGE, « La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments », *R.G.D.C.*, 2003, 369 ; en France, J.-A. ROBERT et A. REGNIAULT, « Les effets indésirables des médicaments : information et responsabilités », *D.*, 2004, 510 ; P. SARGOS, « L'information sur les médicaments : vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités », *J.C.P.*, 1999, I, 144. Adde C. DABURON GARCIA, *Le médicament*, éd. Les études hospitalières, coll. Thèses, 2001.

patient, une maladresse technique, une imprudence, un retard de réaction excessif, un suivi post-opératoire inexistant ou lointain, la non-conformité ou la mauvaise manipulation d'un appareil, *etc.*, peuvent révéler l'existence d'une faute dans le chef du praticien. Si ces comportements ne sont pas explicables par l'une ou l'autre circonstance et s'ils sont considérés comme enfreignant la norme de diligence, le préjudice subséquent ne pourra être attribué à l'aléa.

9 Avant d'examiner les hypothèses de fautes que la jurisprudence récente a pu mettre en évidence, il convient d'insister sur le *tempérament général* à la rigueur des obligations mises à la charge du médecin que constituent **l'urgence** ou la **nécessité** dans laquelle il se trouve d'intervenir. Ce n'est rien d'autre, conformément à ce qui vient d'être rappelé, que prendre en compte les *circonstances* de cette intervention, à tous les stades de celle-ci, pour apprécier la responsabilité qui en découle.

Cette soupape est appelée à jouer dans maintes hypothèses : information et consentement du malade, anamnèse, diagnostic, choix du traitement, gestes techniques, *etc.* La soumission du médecin à la norme de diligence de la spécialité à laquelle appartient l'acte qu'il pratique est ainsi tempérée s'il doit excéder sa compétence en raison de l'urgence, de sorte qu'on admettra plus facilement qu'il n'ait pas conduit les investigations ou les soins aussi bien que l'aurait fait le spécialiste concerné³⁶.

Lorsque le médecin agit d'autorité, sous le couvert de la nécessité ou de l'urgence, il est difficile de conclure à l'existence d'un véritable contrat. Il en va de même lorsque le praticien se trouve en présence d'un patient incapable de décider ou qui refuse les soins nécessaires. Raison de plus, pensons-nous, pour s'affranchir des carcans de cette analyse. Le *refus de soins* constitue en droit médical un problème aigu, puisqu'il illustre la nécessité d'une délicate combinaison entre l'autonomie du patient capable d'apprécier ses intérêts et le devoir personnel du médecin de lui venir en aide³⁷.

36. Civ. Turnhout, 6 février 1984, *VI.T.Gez.*, 1987, 386, note Th. VANSWEEVELT.

37. Le Conseil d'État français admet à ce propos, même depuis la loi du 4 mars 2002 qui paraît militer en sens contraire, que le médecin méconnaisse la volonté clairement exprimée par le malade à la triple condition que l'acte médical soit indispensable à sa survie, proportionné à son état et réalisé avec l'intention de sauver le malade : C.E. fr., 26 octobre 2001, *Dr. fam.*, 2002/4,

3. Faute prouvée ou faute présumée

10 La charge de la preuve de la faute, on l'a rappelé, repose sur le patient. En règle générale, il s'appuiera sur le contenu du *rapport d'expertise*. Mais la jurisprudence veille souvent à atténuer, contourner, alléger, voire renverser ce fardeau en principe implacable. La plasticité du droit civil autorise, dans certaines limites dont on semble parfois s'accommoder pour les besoins des causes, pareils aménagements, tandis que le droit pénal présente de ce point de vue une rigueur plus monolithique, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans l'arrêt du 14 décembre 2001³⁸.

Illustrant la dialectique qui domine la distribution de la charge de la preuve, un jugement du tribunal de première instance de Gand énonce que « le patient doit fournir la preuve d'une faute ou d'un manque d'efforts suffisants dans le chef du médecin. Celui-ci doit à son tour prouver qu'il a pris les *mesures nécessaires de sécurité* que l'on peut attendre d'un médecin-chirurgien qui agit dans les mêmes circonstances » (Civ. Gand, 27 novembre 2000, *Intercontact*, 2001, 6).

Dans certains cas, la faute peut être *présumée* en recourant à la doctrine *res ipsa loquitur* (en vertu de laquelle « les faits ou les événements parlent d'eux-mêmes » et révèlent *ipso facto* l'existence d'une faute). Ce raisonnement doit toutefois être utilisé avec précaution et, en principe, seulement en présence d'une obligation de résultat ou à tout le moins d'une faute flagrante (p. ex., oubli d'un objet dans le corps du patient). Il faut se garder d'y voir un mécanisme probatoire autonome.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 30 mars 1998 (*Rev. dr. santé*, 2000-2001, 29), la cour d'appel d'Anvers, après avoir rappelé que le patient doit établir que sans la faute qu'il reproche au médecin, le

n° 53, *A.J.D.A.*, 2002, 259, note M. DEGUERGUE, confirmant par substitution de motifs Cour adm. appel Paris, 9 juin 1999, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13309, note G. MÉMETEAU ; C.E. fr., 16 août 2002, commenté par S. PORCHY-SIMON, « Le refus de soins vitaux à l'aune de la loi du 4 mars 2002 », *Resp. civ. et assur.*, décembre 2002, 4 ; Y. LACHAUD, « Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002 : premières décisions de la juridiction administrative », *Gaz. Pal.*, 15-17 déc. 2002, 19 ; J.-P. GRIDEL, « Le refus de soins au risque de la mort », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, 3. Adde E. WICKS, « The Right to Refuse Medical Treatment under the European Convention on Human Rights », *Med.L.Rev.*, 2001, 17 ; C. STEWART, « Qumsieh's Case, Civil Liability and the Right to Refuse Medical Treatment », *Journ. Law and Med.*, 2000, 56.

38. Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, sp. 541-545.

dommage ne se serait pas produit ou du moins pas de la même manière, dès lors que le neurochirurgien concerné n'est tenu que d'une obligation de moyens, estime que la doctrine *res ipsa loquitur* (que le patient invoquait en l'espèce) suppose que l'on puisse déduire des événements une présomption de faute du médecin et ne peut trouver application en l'espèce dès lors que les conditions nécessaires ne sont pas réunies. L'arrêt constate en effet que le patient ne démontre pas avoir subi un dommage d'une nature telle qu'il n'aurait pu survenir dans des circonstances normales, sans l'intervention d'une faute du praticien. La cour d'appel s'explique ensuite *in concreto* avant de conclure qu'il ne ressort pas du cours des événements que le médecin eût raisonnablement dû adopter d'autres mesures de précaution que celles qu'il a prises, de sorte qu'il n'y a pas de présomptions suffisantes, sérieuses et concordantes faisant la preuve d'une faute ou d'une imprudence de sa part.

II. Il reste que la jurisprudence admet souvent que la preuve d'une faute soit apportée par *présomptions*, voire soit déduite de l'existence même du dommage, lorsque les autres causes (exogènes ou endogènes) sont exclues par le rapport d'expertise, en s'appuyant explicitement ou non sur la circonstance que l'on s'est écarté du *cours normal des choses* — application en la matière du *quod plerumque fit*³⁹. La certitude de la grande probabilité que le dommage a été causé par un manquement aux règles de prudence et de diligence sera alors *judiciaire*.

Jugé qu'un hôpital est responsable, en sa qualité d'organisateur des soins, des manquements commis dans cette organisation « car il ne justifie pas pourquoi le schéma horaire strict de la convention de traitement ne pouvait pas être exécuté » et « en particulier ne démontre pas de force majeure en relation avec un suivi des soins qui n'a pas été effectué à temps » (J.P. Brasschaat, 26 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 292, note L. DE BRUYCKERE).

Bien entendu, il arrive cependant que le patient soit débouté parce qu'il ne parvient pas à convaincre le juge de ce lien.

C'est ainsi que, par exemple, la cour d'appel d'Anvers insiste sur ce que « pour pouvoir conclure à la responsabilité d'un médecin, il doit être démontré que l'imprudence du médecin présente un lien direct et nécessaire avec le dommage du patient. Le patient doit notamment prouver

39. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 104, n° 127 et les réf. citées.

avec une probabilité presque certaine que le dommage ne se serait pas produit sans la faute du médecin ». Elle considère dès lors que « lorsque l'expert allègue simplement que le contenu des trois tablettes de 400 mg de Rengasil peut être un facteur suffisant pour provoquer un saignement de l'estomac, on n'en conclut pas avec une probabilité presque certaine qu'il n'y a aucun autre facteur provoquant cet accident. La faute médicale n'est pas démontrée davantage lorsque le médecin a pris toutes les précautions pour éviter les effets secondaires de la prescription de Rengasil » (Anvers, 21 juin 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 122).



B. Typologie exemplative de fautes retenues

12 À l'entame de ce chapitre casuistique, quelques précisions s'imposent. D'une manière générale, nous nous permettons de renvoyer aux contributions ayant déjà présenté semblable relevé et dans le sillage desquelles la nôtre entend se situer⁴⁰. Nous ne pouvons également qu'insister sur la vanité de toute prétention un tant soit peu exhaustive en la matière et nous contenterons d'épingler certaines décisions récentes dont nous avons pu prendre connaissance⁴¹.

Parmi celles-ci, il apparaît fort logiquement que seuls comportent un enseignement, parfois tout relatif convenons-en, les jugements et arrêts qui retiennent la responsabilité du médecin ou de l'hôpital mis en cause. De nombreuses autres décisions, d'ailleurs souvent non publiées, déboutent le patient de sa revendication, le plus souvent, comme nous l'avons souligné,

40. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *o.c.*, 111-127 ; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruylant/Maklu, 1996, 86-275 ; du même auteur, « La responsabilité des professionnels de la santé », vol. 1, in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, t. II, l. 25, sp. 20-56 ; J.-L. FAGNART, « Aspects actuels de la responsabilité médicale », in *Droit et médecine*, C.U.P., 1996, vol. XI, 221-309 ; du même auteur, « Rapport sur le droit belge de la responsabilité médicale », *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 110 ; P. HENRY, « La responsabilité civile du médecin », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, éd. Jeune Barreau de Liège, 1993, 16-49 ; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence (1987-1993), La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, 596-604 ; S. CALLENS, « Aansprakelijkheid van het ziekenhuis », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 125 ; B. CLAESSENS, « Les comités locaux d'éthique hospitaliers et la responsabilité civile au sein des institutions de soins », *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 339.

41. Nous ne traiterons pas de la problématique du consentement éclairé, analysée dans le présent ouvrage par Maîtres Bernard DE COCQUEAU, Patrick HENRY et Etienne HANNOSSET.

parce qu'il ne rapporte pas la preuve dont la charge lui incombe. Les considérations qui l'exposent gisent en pur fait, une fois rappelés les principes applicables bien connus. Un dernier bémol s'impose à l'égard de tous les extraits jurisprudentiels qui suivent : en matière de responsabilité, singulièrement dans le domaine médical, les décisions sont intrinsèquement fonction, d'une part, des circonstances de fait qu'il ne nous est pas possible d'exposer en détail et, d'autre part, de la manière dont l'argumentation a été soumise au juge.

Nous articulons la présentation autour des divers stades auxquels la commission d'une faute peut être constatée : information (1), diagnostic (2), choix du traitement (3), exécution du traitement (4) et suivi post-opératoire (5).

1. *Étendue de l'obligation d'information*

Le débat sur ce point concerne essentiellement les **risques** inhérents à l'intervention projetée. On sait en effet que l'atteinte à l'intégrité physique n'est légitime, entre autres conditions, que si le bénéfice qui peut être escompté des soins envisagés est *proportionné* aux risques qu'ils comportent. L'autonomie du patient doit lui permettre de se soumettre à tout risque qu'il juge raisonnable car accompagnant un traitement potentiellement bénéfique, à l'indispensable condition qu'il en soit *dûment informé* et consente ainsi en *parfaite connaissance de cause*. Cela n'est guère nouveau, mais l'explication de cette exigence gît à notre sens ici : maître de son corps et autonome quant à son intégrité physique, et non simplement créancier contractuel, le patient ne peut remettre sa souveraine liberté corporelle entre les mains de l'homme de l'art que s'il *sait* à quoi il s'engage⁴².

42. Sur l'obligation médicale d'information, parmi une abondante doctrine : N. ALBERT, « Obligation d'information médicale et responsabilité », *R.F.D. adm.*, 2003, 353 ; Fr. CHABAS, « L'obligation médicale d'information en danger », *Contr. Conc. Cons.*, mai 2000, chr. n° 8 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Le devoir d'information du médecin et le consentement libre et éclairé du patient », *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 185 ; R.O. DALCQ, « Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Kluwer, 1999, 413 ; C. DELFORGE, « La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments », *R.G.D.C.*, 2003, 374-378 ; D. DENDONCKER, « L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire », *R.R.J.*, 2001, 1031 ; W. DIJKHOFFZ, « Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 104 ; L. GUIGNARD, « Les ambiguïtés du consentement à l'acte médical en droit civil », *R.R.J.*, 2000, 49.

L'obligation d'information et de renseignement « s'impose, par état, à tout praticien même non lié contractuellement à son client » bien que le reproche d'un défaut d'information constitue souvent « le facile ersatz de la faute technique »⁴³. L'on sait, depuis des décennies, que « l'obligation du médecin n'est pas seulement de prévenir le malade du danger que tel traitement ou opération peut lui faire courir, mais de le mettre au courant du traitement, dangereux ou non, qu'il se propose de lui appliquer »⁴⁴. Le patient qui ne peut invoquer qu'une lacune dans le devoir d'information ne pourra souvent réclamer que l'indemnisation de la *perte d'une chance* de décider en pleine connaissance de cause et non la réparation intégrale de son préjudice.

L'article 7 de la loi relative aux droits du patient fixe les principes de l'obligation d'information, tandis que le contenu de celle-ci est déterminé par l'article 8, § 2 : « l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et *risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient*, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières » ainsi que « les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention »⁴⁵.

14 En France, l'étendue de l'obligation d'information quant aux risques a été fixée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 1998⁴⁶ en ce sens que « hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins propo-

43. G. MÉMETEAU, « La présentation du droit médical dans la R.T.D. civ. », *R.T.D. civ.*, 2002, 257-258 ; D. DENDONCKER, art. précité.

44. H. et L. MAZEAUD, obs. sous Trib. civ. Lyon, 12 janvier 1951, *R.T.D. civ.*, 1951, 375, cité par G. MÉMETEAU, art. précité.

45. Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *J.T.*, 2003, 652 ; sur ce que l'obligation d'information vise les risques *significatifs*, Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 63-67, n^{os} 78-82.

46. Cass. fr., 1^{er} civ., 7 octobre 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10179, concl. SAINTE-ROSE, note P. SARGOS, *J.C.P.*, 1999, I, 147, chr. G. VINEY, n^o 5, *D.*, 1999, 145, note S. PORCHY, *R.T.D. civ.*, 1999, 111, obs. P. JOURDAIN, *Contr. Conc. Consom.*, 1999, comm. n^o 160 ; *adde* le commentaire de F.-J. PANSIER et J.-B. BLADIER in *Gaz. Pal.*, 16-17 juin 1999, 63.

sés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ».

Et la Cour de cassation l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 26 septembre 1996 qui avait débouté la patiente en décidant que « l'information que doit donner le praticien n'est exigée que pour des *risques normalement prévisibles* ; en l'espèce, la complication de thrombophlébite du sinus caverneux, bien que connue, est très rare ; il s'en déduit que le chirurgien n'avait pas à en avertir (la patiente) »⁴⁷. La cour d'appel se situait dans la ligne de la jurisprudence précédant cet important revirement : il était en effet auparavant acquis que seuls les risques *significatifs, normalement prévisibles*, devaient être portés à la connaissance du patient, et non les risques exceptionnels⁴⁸.

En France, ce sont donc à présent *tous les risques graves* liés à un traitement ou à une intervention thérapeutique qui doivent être portés à la connaissance du patient, *même s'ils ne se réalisent qu'exceptionnellement*⁴⁹, ainsi que les *risques fréquents, normalement prévisibles, même s'ils ne sont pas graves*. Le médecin n'a pas à répondre de l'aléa thérapeutique pur (*infra*, n^{os} 50

47. En l'espèce, la patiente avait subi un aléa lié à une opération vertébrale qui avait entraîné la perte de l'usage d'un œil. Aucune faute médicale n'avait été commise, ni pendant, ni après l'intervention, de sorte que la mise en cause de la responsabilité du praticien pour méconnaissance de son obligation de soins était impossible.

48. À l'exception des interventions de chirurgie esthétique, à propos desquelles la jurisprudence s'est toujours montrée plus stricte en exigeant que tous les inconvénients potentiels soient révélés, au vu de la faible utilité de ces traitements, du moins s'ils apparaissent comme étant de convenance (Cass. fr., 1^e civ., 8 janvier 1981, *J.C.P.*, 1981, II, 19699, note Fr. CHABAS ; Cass. fr., 1^e civ., 17 février 1998, *J.C.P.*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY) ; *adde* Gand, 26 mai 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 231.

49. Le jour même, la Cour de cassation française a été amenée à appliquer cette nouvelle jurisprudence en corrigeant le raisonnement d'une cour d'appel qui avait décidé qu'un médecin n'était pas tenu, lors d'une intervention chirurgicale, d'informer le patient du risque d'atteinte du nerf sciatique « en raison du seul fait qu'un tel risque était exceptionnel dès lors qu'il pouvait être évalué à seulement 1 % ». L'arrêt entrepris est cependant validé en tant qu'il avait conclu à l'absence de préjudice « dans une situation où l'opération subie était indispensable et seule de nature à améliorer son état et où cette intervention avait effectivement abouti à l'amélioration escomptée, le patient ne souffrant plus, en définitive, du fait du syndrome de loge, que de troubles sensitifs moindres que ceux découlant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale » (Cass. fr., 1^e civ., 7 octobre 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10179, note P. SARGOS, *J.C.P.*, 1999, I, 147, chr. G. VINEY, n^o 5).

et s.) ; on exige cependant de lui qu'il fasse en sorte que le patient coure cet aléa *en pleine connaissance de cause* — et, en France, la charge de la preuve de l'accomplissement de cette obligation lui incombe, même s'il peut la délivrer par tous moyens⁵⁰.

La jurisprudence administrative est dans le même sens. Dans une espèce où elle ne retient aucune faute quant au choix de la thérapeutique ni quant à l'exécution des interventions, la cour administrative d'appel de Paris décide que « toutefois, il résulte du rapport de l'expert que le risque de paraplégie que comportait l'intervention préconisée, quoiqu'exceptionnel, était bien connu. Eu égard à la *gravité de ce risque*, les praticiens étaient tenus d'en informer l'intéressé. L'hôpital *n'apporte pas la preuve qui lui incombe* que le patient a été informé de ce risque de paraplégie. En omettant cette information, les praticiens ont méconnu leur obligation et, par suite, commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital. Le préjudice subi par la victime en raison du défaut d'information sur l'existence d'un risque grave de paraplégie inhérent à l'intervention qu'elle a subie a consisté en la *perte d'une chance* de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé » (Cour adm. appel Paris, 9 juin 1998, *Gaz. Pal.*, 1998, 67, note F.-J. PANSIER).

Pour être dispensé de cette information, il faut à tout le moins que le médecin établisse, *outre* le caractère exceptionnel du risque, *une autre circonstance* : degré particulièrement élevé d'anxiété chez le patient, impossibilité matérielle d'informer, notamment en raison de l'urgence, ou refus du patient — qui devra être explicite et prouvé. Le droit de ne pas savoir et « l'exception thérapeutique » sont consacrés, avec des réserves, par l'article 7, §§ 3 et 4 de la loi relative aux droits du patient.

La question de l'étendue de l'obligation d'information, surtout quant aux risques, est délicate. Contraindre le médecin à informer des risques graves même exceptionnels, c'est d'une certaine façon pallier l'impossibilité

50. Cass. fr., 1^e civ., 25 février 1997, *D.*, 1997, somm., 319, obs. J. PENNEAU, *Gaz. Pal.*, 1997, 1, 274, rapport SARGOS, *J.C.P.*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, *Defr.*, 1997, 751, note J.-L. AUBERT, *R.T.D. civ.*, 1997, 434, obs. P. JOURDAIN et 924, obs. J. MESTRE, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 337, note J.-L. FAGNART, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, n° 13, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE ; Cass. fr., 1^e civ., 14 octobre 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22942, rapport SARGOS, *J.C.P.*, 1997, I, 4068, obs. G. VINEY, *R.T.D. civ.*, 1998, 100, obs. J. MESTRE. Voy. R.O. DALCQ, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, 53 ; dans le même ouvrage, J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », 91.

d'indemniser les dommages consécutifs à ces risques mais survenus sans faute. Toutefois, l'effet pervers potentiel d'une information totale et absolue apparaît clairement : le patient pourrait refuser d'entreprendre un traitement nécessaire par peur de courir un risque rarissime. Cela illustre toute la délicatesse de la matière, ancrée dans l'humain, avec les réactions parfois irrationnelles que cela suppose. La logique du tout-indemnitaire a assurément ses limites.

15 On ne pourra dès lors que citer les principes posés par certaines décisions, qui prennent cet élément en considération, en mettant l'accent sur la problématique des risques.

La cour d'appel de Bruxelles a rendu un bel arrêt sur la question le 29 mars 1996 (*Rev. dr. santé*, 1998-1999, 32, note D. PHILIPPE) : « Sauf en cas d'extrême urgence, de contre-indications médicales majeures ou de refus préalable du patient, il appartient au médecin d'informer son patient des alternatives au traitement ou à l'intervention envisagés⁵¹, des modalités de ceux-ci et des conséquences⁵² ou risques de complications ou d'accident qui en découlent. En ce qui concerne les risques, le devoir d'information concerne les risques *sérieux, connus et susceptibles de se présenter avec une certaine fréquence*. En vertu de l'article 870 du Code judiciaire, la partie qui invoque un fait constitutif d'une faute, à savoir l'absence d'information suffisante de la part du médecin, en supporte la charge de la preuve ».

Une formulation identique est retenue par le tribunal de première instance de Nivelles, qui ajoute toutefois, comme la cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt précité, qu'il n'y a *pas de lien de causalité* entre le défaut d'information au sujet des complications possibles et le préjudice

51. Voy. aussi Civ. Louvain, 10 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, 163 ; Anvers, 16 septembre 2002, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 26, qui retient toutefois que « le fait que le patient ne fut pas informé de l'alternative de traitement ne conduit pas en l'espèce à la responsabilité du médecin » car — décide la cour d'une manière quelque peu divinatoire — « le patient aurait aussi choisi la technique de reconstruction arthroscopique (en lieu et place d'un traitement conservatoire) s'il avait été informé efficacement des différentes possibilités et de leurs éventuelles conséquences, vu le résultat statistique très satisfaisant ». Les complications survenues ne sont en l'espèce, selon la cour, pas imputables à une quelconque faute du praticien.

52. Bruxelles, 13 décembre 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13646 : « manque à son devoir d'information le médecin qui procède à une liposuction et qui n'informe pas sa patiente de la nécessité d'une plastie abdominale afin de pallier l'excès cutané résiduel prévisible ».

vanté lorsqu'il n'est pas établi que, bien informé, le malade n'aurait pas consenti à l'opération (Civ. Nivelles, 5 septembre 1995, *R.R.D.*, 1995, 298). Ce dernier point est discutable : s'il est bien sûr périlleux de se demander ce qu'aurait décidé le patient s'il avait été correctement et complètement informé, à tout le moins la *perte d'une chance* de décider en pleine connaissance de cause est-elle en lien causal certain avec le défaut d'information.

Pour le tribunal de première instance de Namur (30 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 34), l'obligation d'information comprend l'information concernant le diagnostic, la nature et la portée du traitement, les risques du traitement et les risques en cas de non-traitement⁵³.

Après avoir rappelé que le devoir d'information incombe personnellement au médecin exécutant l'opération, le tribunal de première instance d'Anvers considère que cette information doit avoir trait au *caractère discutable* de l'opération et de la technique de l'opération, au risque de surdité il est vrai minime, à la gravité de l'opération et au résultat escompté (Civ. Anvers, 13 mai 1993, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 190, note).

Certaines décisions font preuve d'un excès de souplesse. On citera un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 5 mai 1995 (*J.L.M.B.*, 1996, 431) qui considère que le devoir d'information du médecin, nécessaire à l'obtention du consentement du patient en vue de réaliser un examen, doit s'entendre « de manière raisonnable et proportionnée tant au but qu'aux risques liés à cet examen, surtout lorsque les risques sont statistiquement faibles » et décide que « le médecin qui n'attire pas l'attention de son patient sur les risques de complication d'un acte technique qu'il vient d'accomplir et l'attitude à adopter en cas de survenance de ces complications, alors que l'acte technique s'est déroulé de manière satisfaisante, *ne commet pas de faute* »⁵⁴.

53. On approuvera de surcroît le tribunal d'avoir trouvé dans « le droit à la liberté, l'intégrité et la dignité du malade » le fondement de l'obligation pour le médecin, « en toutes circonstances, (de ne) donner des soins ou pratiquer une intervention que s'il a recueilli, au préalable, son consentement libre et éclairé ».

54. Le tribunal ajoute que « la simple réalisation d'un risque, rare mais pas inexistant — tel qu'en l'espèce la perforation du côlon au cours d'une colonoscopie —, ne démontre pas une faute dans le chef du médecin. Il en est d'autant plus ainsi si les experts n'ont mis en évidence aucune violation des règles de l'art ni imprudence dans la conduite de l'examen ». Sur la prise en compte du risque, voy. *infra*, n^{os} 40 et s.

La juridiction de Neufchâteau va encore plus loin puisqu'elle considère que « le médecin n'a pas à faire connaître au patient tous les risques possibles d'une intervention mais seulement les *risques sérieux et habituels*. Il n'est point tenu d'avertir le malade lorsqu'il s'agit d'un mal qui n'est qu'hypothétique, d'un risque qui existe mais qui d'après l'expérience se réalise rarement ». Pour le tribunal, le patient ne doit en règle générale pas apprendre les risques rares, parce qu'ils ne sont pas décisifs dans la prise de décision d'un patient raisonnable (Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 296). Bien que ces deux décisions dépendent étroitement, comme toujours, des données de fait des espèces, il sera permis de ne pas approuver ce qui s'apparente à un certain laxisme.

Ayant à connaître d'une paralysie permanente au bras droit et à la main droite — risque qui est, selon le rapport de l'expert, fréquent et inhérent à l'intervention effectuée, bien que généralement réversible —, le tribunal de première instance d'Anvers tranche d'une manière quelque peu arbitraire en retenant que le médecin doit informer le patient « des risques moyennement lourds qui surviennent dans plus d'1 % des cas et des risques dont la fréquence est plus faible lorsque ceux-ci ont des conséquences graves comme le décès ou une invalidité sérieuse et permanente », ce à quoi le tribunal ajoute que « la charge de la preuve que le devoir d'information a été respecté *incombe au médecin*, au vu de la nature et des risques de l'intervention » (Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 282). On sait que sur ce dernier point, la jurisprudence anversoise reste relativement isolée⁵⁵.


Sur appel, la cour retient, non sans paraître user de postulats, qu'en l'espèce *le médecin savait* que ce risque, pour une personne normale placée dans les mêmes circonstances que le patient, est relevant pour ne pas consentir en connaissance de cause à l'intervention chirurgicale proposée. Il doit dès lors prouver que la patiente a accepté l'intervention chirurgicale en connaissance de cause. L'allégation du médecin selon laquelle il a certainement informé la patiente des risques n'est pas prouvée. Vu qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes

55. Si la cour d'appel anversoise juge que commet une faute le médecin qui ne peut prouver qu'il a informé le patient à propos des risques d'une intervention, elle ajoute qu'il ne sera cependant pas responsable si le patient ne prouve pas qu'il aurait refusé l'intervention si l'information relevante lui avait été communiquée (Anvers, 13 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 245).

circonstances que la patiente *aurait refusé l'intervention* si elle avait été informée correctement de la gravité des risques, le médecin est responsable d'un défaut d'information et du dommage consécutif (Anvers, 28 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, 181).

On terminera en évoquant un curieux raisonnement du tribunal de première instance de Liège qui semble paradoxalement s'appuyer sur l'existence d'un risque anesthésique pour atténuer l'importance de l'obligation d'information (Civ. Liège, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 294) : « Toute anesthésie comporte un risque que tout un chacun connaît, même s'il ne peut le préciser en termes statistiques. Dès lors, l'anesthésiste qui doit pratiquer une anesthésie en vue d'une opération convenue antérieurement entre un patient et un médecin *ne se rend pas coupable d'un défaut d'information fautif s'il ne donne pas d'informations particulières à son patient*. L'utilité d'une information par un anesthésiste au patient qu'il va endormir sur les risques de cette anesthésie *n'est pas démontrée* et ne peut participer à la notion de « consentement éclairé », sous peine d'en arriver à des situations de stress du patient qui n'aurait pour seul avantage que de permettre à l'anesthésiste de se dégager plus facilement de toute responsabilité en cas de problème ». Cette dernière idée laisse perplexe et point n'est besoin d'insister sur l'erreur de perspective qu'illustre cette décision évoquant le parfum suranné de l'impérialisme médical.

2. Erreur de diagnostic

 La jurisprudence constante pose qu'une *simple erreur de diagnostic* ne suffit pas à établir une faute par manque de prévoyance ou de précaution, le médecin jouissant à cet égard d'une large marge d'appréciation et pouvant commettre des erreurs ou de mauvaises appréciations sans que cela constitue une faute.

Il convient d'examiner si un médecin normalement prudent et compétent aurait *également pu se tromper* en présence d'un même cas et dans les mêmes circonstances. Conformément à la norme de diligence applicable, une erreur de diagnostic ou d'appréciation n'est en effet fautive que s'il est prouvé qu'elle *n'aurait pas été commise* par un médecin normalement compétent et prudent agissant dans les mêmes circonstances, de sorte qu'elle

résulte d'une négligence ou d'un défaut de précaution du médecin puisque, s'il avait agi avec la prudence requise, il aurait pu l'éviter⁵⁶.

Une fois n'est pas coutume, l'essentiel des décisions intéressantes provient de Liège et non d'Anvers. Par un arrêt du 20 octobre 1994 (*J.L.M.B.*, 1997, 1075, note L. VAN GOSSUM, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 182, note N. COLETTE-BASECOZ), la cour d'appel retient que l'erreur de diagnostic est fautive si « le diagnostic erroné est posé sans qu'il ait été procédé à l'examen approfondi que les circonstances imposent impérieusement et que la pratique médicale exige impérieusement ». Aucune faute n'est retenue en l'espèce car, d'une part, « l'anamnèse à laquelle doit procéder le médecin requiert à l'évidence une coopération étroite et sincère du patient. L'anamnèse qui a été faite conformément aux règles élémentaires de l'art médical ne peut être qualifiée de superficielle, compte tenu du fait que le patient a tu au médecin une série de renseignements indispensables » et, d'autre part, « le recours à une artériographie ne constitue pas une erreur de diagnostic si le médecin s'est conformé à toutes les règles de la pratique médicale qui s'imposaient à lui et s'il a, en fonction de toutes les circonstances qu'il pouvait scientifiquement et humainement connaître, opté pour une solution parfaitement admissible ».

La même formulation est retenue par l'arrêt précité du 23 décembre 1997 : « En cas de doute, le médecin a l'obligation de contrôler l'exactitude de son diagnostic par tous les moyens d'investigation qui sont en son pouvoir », son diagnostic erroné ayant privé le patient d'une chance d'échapper aux conséquences de l'affection dont il est atteint.

L'arrêt précité du 3 octobre 1995 statue comme suit : suite à une intoxication mortelle aux champignons par une enfant et après avoir relevé « qu'il est imprudent dans le chef des parents d'aller cueillir puis manger des champignons des bois sans être mycologues avertis », la cour d'appel retient une faute « particulièrement grave » du médecin de permanence du centre anti-poisons, qui avait été contacté en premier lieu, estimant que « même si un diagnostic ne se fait en principe pas par téléphone, il aurait dû demander davantage de précisions et conseiller

56. Voy. not. Gand, 24 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 224, note H. ULRICHS ; *adde* Liège, 3 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 742, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 30, note G. SCHAMPS, « L'établissement d'un diagnostic à distance et la responsabilité médicale » ; Liège, 23 décembre 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13168 ; Mons, 23 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 371 (médecin de garde insuffisamment attentif aux signes alarmants et qui ne prend dès lors pas les mesures nécessaires).

impérativement à la mère de l'enfant d'aller consulter un médecin et de faire faire les tests sanguins qui s'imposaient ». Par un raisonnement dont la rigueur, quant à la comparaison avec le médecin standard, ne saute pas aux yeux, la responsabilité du médecin généraliste est également retenue car « même si l'affection (intoxication aux amanites phalloïdes) dont souffre la victime est rarissime en Belgique et si la très grande majorité des médecins belges ne se seraient pas rendu compte de la gravité potentielle du cas, ce médecin a commis une faute pour s'être fié aux dires de la mère de la victime, ne pas avoir contacté le centre anti-poisons, avoir omis de consulter des livres de médecine ou ne pas avoir ordonné une analyse sanguine ». Les deux médecins sont ainsi responsables de la perte de chances de survie de la fillette.

Liège, 19 janvier 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 38 : « Le médecin commet une faute en tardant à diagnostiquer une perforation œsophagienne, même lorsque le radiologue ne l'en avait pas informé. Un chirurgien qui demande journallement des examens radiographiques acquiert obligatoirement une certaine compétence dans ce domaine, en sorte qu'un tel chirurgien aurait dû remarquer la présence d'une perforation œsophagienne à l'examen des clichés et aurait de toute manière été plus prudent en redemandant une gastrographie d'emblée. Un radiologue commet une faute en ne remarquant pas une perforation œsophagienne et une fistule lorsqu'un radiologue normalement prudent et attentif placé dans les mêmes conditions, à savoir celles d'un examen postopératoire, l'aurait décelée ».

Appliqués au *diagnostic prénatal* (*infra*, nos 43-44), ces principes veulent que l'absence de dépistage d'une anomalie fœtale est fautive lorsqu'elle résulte « d'un manquement du médecin aux règles inhérentes au suivi de la grossesse — lesquelles impliquent, entre autres, que des investigations approfondies soient menées en cas de malformations constatées et que, en cas de doute sur l'exactitude du diagnostic, l'examen soit renouvelé ou l'avis d'un confrère demandé, tous les moyens d'investigation (...) devant être mis en œuvre —, de sa négligence en présence d'indices révélateurs d'une anomalie fœtale ou encore de pratiques non conformes aux données actuelles, c'est-à-dire à l'époque des faits, de la science » (Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, 716). Ce jugement retient que les fautes de diagnostic et de dépistage sont alléguées avec vraisemblance mais pas « avec la certitude requise pour qu'une condamnation puisse en résulter » et recourt en conséquence à une mesure d'expertise.



3. *Choix du traitement ou de la prescription*

17 La problématique des **risques** se retrouve ici : les fautes concernent surtout une mauvaise appréhension par le médecin du nécessaire *équilibre* entre les risques encourus et le bénéfice escompté. La pertinence du traitement ou de la prescription doit en effet être envisagée en fonction de leur utilité thérapeutique et des risques qui y sont liés. Si ceux-ci sont élevés, la responsabilité pourra être retenue si le médecin n'a pas pratiqué d'examens préliminaires suffisants ni envisagé de thérapies alternatives⁵⁷. Il ne s'agit pas pour autant d'une responsabilité à base de risque mais plutôt de la consécration d'un *contrôle* sur la décision médicale, ordonné autour de l'idée que le médecin ne peut faire courir à son patient des *risques excessifs qui ne seraient pas rationnellement justifiés*.

La jurisprudence ne s'immisce pas dans l'examen de *l'opportunité médicale* du choix effectué, le médecin jouissant d'une liberté thérapeutique dont seuls les *abus manifestes* sont sanctionnés. Il n'est d'ailleurs pas rare que les avis divergent sur le plan scientifique⁵⁸ et l'on n'hésitera pas à accorder en ce cas foi à l'opinion d'une *respectable minority* pour ne stigmatiser que les choix manifestement déraisonnables.

Civ. Anvers, 13 mai 1993, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 190, note : faute de l'ORL qui exécute une décompression chez un patient souffrant d'une paralysie totale du nerf facial gauche.

Corr. Marche-en-Famenne, 10 juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1997, 1173 : « Le médecin doit s'abstenir d'intervenir lorsque les risques encourus pour la santé du patient sont supérieurs au bénéfice escompté ; le fait pour un médecin de pratiquer une ponction lombaire lorsque le patient présente des risques de complication hémorragique est fautif ».

Civ. Anvers, 12 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 148 : « Le médecin de famille qui administre une corticothérapie sur l'avis d'un ophtalmologue pour une affection telle qu'une uvéite de l'œil gauche, qui est en général temporaire, est fautif car le bénéfice de ce traitement n'est pas proportionnel au risque de traitement normal d'une nécrose osseuse vasculaire ».


57. Civ. Louvain, 10 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, 163 ; Anvers, 22 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, 544, note H. NYS, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 144, note Th. VANSWEEVELT ; Civ. Bruxelles, 9 octobre 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 174.

58. Voy. not. Anvers, 18 février 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 341.

Bruxelles, 22 décembre 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 232 : responsabilité suite à l'administration à une patiente, vraisemblablement victime de la maladie du sommeil, de Trimélaran, produit arsenical hautement toxique, en se fiant au seul avis d'un confrère non spécialisé ; le médecin a fait courir à sa patiente un risque grave et inutile compte tenu des circonstances et notamment de l'ignorance de l'évolution de la maladie, faute de ponction lombaire, d'autant plus qu'il n'a pas fait de recherches pour trouver d'autres produits moins à risques.

Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 282 : un chirurgien vasculaire a violé le devoir de diligence en opérant un syndrome de *thoracic outlet*, intervention à haut risque, sans indication suffisamment claire et sans recueillir une *second opinion*.

4. Exécution du traitement

 Le manquement au devoir de prudence et de prévoyance peut sur ce point consister en un oubli de procéder à certaines vérifications, un geste négligent sur le plan technique, etc., au gré des espèces soumises aux juridictions⁵⁹.

Il est souvent reproché au médecin un **retard de réaction** (décider trop tard de pratiquer telle intervention, de faire appel à un spécialiste ou de transférer le patient), ce qui peut causer la perte d'une chance de guérir ou d'éviter les séquelles ou l'atteinte à l'intégrité physique. Le rapport d'expertise sera ici une nouvelle fois crucial, avec la difficulté de retracer le cours des événements parfois longtemps après les faits et la nécessité de se replacer dans les circonstances précises où la décision aurait dû être prise, avec tous les paramètres dont le médecin devait alors tenir compte, mais seulement ceux-ci. La démarche n'est pas simple, et les solutions éminemment casuelles. Ajoutons qu'il importe de bien délimiter la *sphère de compétence* de chacun des intervenants.

Liège, 19 mai 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 160 : « Un médecin commet une faute lorsqu'il n'a pas pris la précaution de réaliser l'ensemble des examens préopératoires qu'il préconise lui-même. Il est vain d'épiloguer longuement sur le fait de savoir si le médecin a bien

59. Sur la problématique des *extended operations*, voy. not. Bruxelles, 24 décembre 1992, R.G.D.C., 1995, 208, note Th. VANSWEEVELT ; Gand, 11 mars 1992, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, 54, note Th. VANSWEEVELT ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 81-84, nos 101-104 ; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruylant/Maklu, 1996, 168-183.

informé son patient des risques encourus lors de l'opération dès lors qu'il a été démontré que, dans la genèse du dommage, se trouve une faute du médecin et que *la survenance du dommage n'est pas que la réalisation d'un risque*. En filigrane, cet arrêt peut sembler indiquer que la réalisation d'un risque en l'absence de faute n'aurait pas suffi à engager la responsabilité⁶⁰.

Liège, 31 janvier 2001, *Rev. dr. santé*, 2000-01, 382 : responsabilité conjointe du généraliste, qui, au cours d'un accouchement, après avoir estimé qu'il y avait urgence et avoir en conséquence appliqué une ventouse sur une tête haute non engagée et à dilatation incomplète, a, après le premier échec, fait un deuxième essai avec la ventouse au lieu de faire appel à un spécialiste, et du gynécologue, qui a procédé à une troisième tentative à l'aide de la ventouse au lieu de Césariser d'emblée.

À propos du *retard mis à faire appel à un spécialiste*, la responsabilité d'un médecin généraliste a pu être retenue en cas d'accident lors de l'accouchement, non seulement pour mauvaise appréciation des risques et retard mis à solliciter l'aide d'un gynécologue mais aussi, implicitement, par application du standard de diligence supérieur imposé au médecin qui excède ses compétences et fait ainsi preuve d'imprudence, outre une faute dans les gestes pratiqués (Bruxelles, 8 février 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 264, note R. HEYLEN ; Civ. Anvers, 8 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 256).

Mons, 25 octobre 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 388 : *responsabilité conjointe de l'obstétricien et de l'anesthésiste*, travaillant en équipe et entre lesquels il doit exister « une étroite collaboration tant au stade de la préparation qu'au niveau de l'exécution et du suivi de l'opération ; l'obstétricien ne peut se décharger sur l'anesthésiste de leur commune responsabilité quant au choix des examens et/ou avis préparatoires requis par l'état de leur patiente ». La cour stigmatise le comportement d'un médecin stagiaire en rappelant que « si leurs connaissances personnelles en la matière étaient insuffisantes ou sortaient du cadre spécialisé de leurs compétences propres, il appartenait aux médecins de prendre l'avis d'un confrère spécialisé mieux informé qu'eux » (en l'espèce un spécialiste en médecine interne ou en pneumologie). L'arrêt ajoute que ce médecin stagiaire avait « l'obligation de s'informer de

60. Comp. Anvers, 27 novembre 2000, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 294 (technique chirurgicale inadaptée et traitement non adéquat d'une complication dont au demeurant le patient n'a pas été informé) ; Bruxelles, 16 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, 832, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13755 (responsabilité d'un chirurgien dentiste).

manière suffisante à l'effet de pouvoir apprécier le degré de gravité de l'état du patient ; il ne peut exciper de son ignorance lorsqu'il ne s'est pas mis en mesure d'apprécier correctement cet état »⁶¹.

À propos d'un *retard de transfert*, la cour d'appel de Bruxelles (24 mars 1999, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13154, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 305, note N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE) rappelle qu'en cas de pluralité de causes, il suffit, pour affirmer l'existence d'une relation certaine entre la faute et le dommage, de vérifier que l'omission fautive avait un réel pouvoir de causer un dommage du type de celui produit et qu'elle a joué un rôle réel dans la réalisation *de facto* du préjudice. Dans le cas d'espèce, il apparaît effectivement que *l'abstention de transférer en temps utile la patiente au service des soins intensifs* a réellement exercé une influence déterminante, fût-elle partielle, dans l'évolution concrète de l'œdème pulmonaire aigu qui a entraîné une détresse respiratoire aiguë et précipité la patiente vers une issue fatale⁶².

5. *Suivi post-opératoire*

19 La relation de soins ne s'arrête pas à l'issue du traitement ou de l'intervention. Donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science, c'est aussi veiller à accompagner le malade durant la phase post-opératoire, être à son écoute, le recevoir à nouveau si nécessaire et prendre en temps utile les mesures qui s'imposent. La responsabilité du médecin peut dès lors être recherchée pour d'éventuelles négligences postérieures à un traitement lui-même exempt de reproches⁶³.

61. *Adde* Corr. Anvers, 24 novembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, 1423, notes C. DESMET et H. NYS : responsabilité d'un gynécologue car il avait « la possibilité de s'assurer de l'état médical de sa patiente mais ne l'a pas fait », de sorte qu'il « a agi de façon extrêmement imprudente ; son ignorance à ce sujet ne peut dès lors le disculper », le tribunal ajoutant que « la menace de perdre son enfant à naître constitue une situation de péril grave pour la femme enceinte au sens de l'article 422bis du Code pénal » sur la base duquel il condamne le praticien. Dans un autre domaine, voy. Civ. Tongres, 10 septembre 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 232.

62. Le retard de transfert et les réactions inappropriées constatées à l'arrivée dans l'hôpital universitaire sont également à la base des responsabilités retenues dans l'affaire de la petite Margaux Genon (Trib. corr. Marche-en-Famenne, 28 juin 2002 ; Liège, 8^e ch. corr., 28 janvier 2003).

63. Gand, 23 avril 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 366 (absence de relation causale avec la lésion nerveuse découverte mais la négligence a entraîné des problèmes psychologiques chez le patient qui constituent un dommage moral).

Il s'en déduit de manière générale que « constitue une négligence fautive en relation causale avec le dommage subi par le patient, le manque de suivi médical adéquat après une intervention chirurgicale réalisée sans faute » (Civ. Nivelles, 5 septembre 1995, *R.R.D.*, 1995, 298).

Dans un arrêt du 12 mai 1997 (*R.G.A.R.*, 1998, n° 12937, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 216), la cour d'appel de Mons constate qu'il ressort du rapport d'expertise que le médecin chargé de l'opération tendant à extraire une compresse oubliée a omis de prendre toutes les mesures qui s'imposaient et notamment celle, en présence des difficultés rencontrées, de faire procéder à une radiographie pré-opératoire. Non seulement retient-elle dès lors une faute consistant à avoir oublié la compresse en question, mais également une négligence après l'intervention dans la mesure où « durant les quatre mois post-opératoires (le médecin) ne fit procéder à aucun examen approfondi malgré les symptômes que présentait la patiente et dont elle se plaignait ».

On évoquera également ici un arrêt de la cour d'appel d'Anvers (4 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 103) concernant la responsabilité d'un kinésithérapeute. La cour d'appel est d'avis qu'en l'espèce, *vu la rareté du risque*, on ne peut reprocher à ce dernier de ne pas avoir pris toutes les précautions pour éviter un tel effet secondaire ni de ne pas avoir surveillé de manière permanente cette sorte d'exercice, le kinésithérapeute ayant rempli son obligation de surveillance par le fait de se rendre disponible et de pouvoir intervenir lors de la manifestation de douleurs.

C. Obligations de moyens et de résultat

Il serait superflu de nous étendre sur le critère de distinction entre ces deux types d'obligations⁶⁴ ainsi que sur son intérêt probatoire, qui se marque sur le terrain de l'*exonération* du débiteur prétendument fautif⁶⁵. Le principal impact de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résul-

64. Sur la distinction des obligations de moyens et de résultat, parmi une abondante doctrine : A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *J.C.P.*, 1945, I, 449 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 7^e éd., 1999, 519-530, nos 552-560 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, Economica, 4^e éd., 1998, 597 et s. ; J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, Bibl. droit privé, 2001 ; comp. P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Études Georges Ripert*, t. II, 101.

65. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 520-529, nos 553-559.

tat concerne la problématique de la *charge de la preuve* : reconnaître qu'une obligation est de résultat équivaut à un allègement, mais non à un renversement, de cette charge ⁶⁶.

Si l'obligation principale de soins reste assurément de moyens (1), il paraît tout à fait possible et souhaitable de reconnaître, sans la moindre distorsion de la portée de l'engagement du médecin, des obligations de résultat accessoires qui se greffent sur ce devoir principal (2). DEMOGUE, père de la distinction, n'écrivait-il pas déjà, commentant le fameux arrêt *Mercier* du 20 mai 1936, que « quand le médecin est tenu par les règles établies de la science de faire une chose, il est tenu quant à cette chose d'un résultat et il doit dégager sa responsabilité s'il ne le fait pas » ⁶⁷ ?

1. *L'obligation de soins est de moyens*

21 Cela paraissait évident pour la Cour de cassation française dans l'arrêt *Mercier* : le médecin contracte « l'engagement, *sinon, bien évidemment, de guérir le malade* (...), du moins de lui donner des soins (...) consciencieux, attentifs et (...) conformes aux données acquises de la science » ⁶⁸. La tâche du médecin est d'affecter tous les moyens mis à sa disposition par la science médicale et sa formation personnelle pour obtenir la guérison ou l'amélioration de l'état de santé du patient, mais il ne peut garantir ou être certain d'y parvenir. Cela est tout à fait certain et constant.

Dès lors, le seul fait de ne pas obtenir la guérison du malade ne le rend pas fautif et responsable ; il ne l'est que s'il n'a pas fourni les efforts normaux attendus de lui. Voilà pourquoi il appartient en règle générale au patient, créancier d'une obligation qui n'est que de moyens, d'établir que le médecin a commis une *faute*. L'aléa inhérent à la relation de soins l'explique et l'exige et la jurisprudence est fréquemment amenée à le rappeler en réponse à des plaideurs qui croient pouvoir invoquer l'existence d'une obligation de résultat là où il ne peut en être question ⁶⁹. Cela est trop connu pour qu'il faille s'y attarder.

66. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 105, nos 128-129.

67. R. DEMOGUE, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 20 mai 1936, *R.T.D. civ.*, 1936, 691, n° 20.

68. En Belgique, voy. déjà Civ. Bruxelles, 6 février 1946, *J.T.*, 1946, 304.

69. Voy. not. Gand, 23 avril 1999, précité.

Mais si l'on dissèque le traitement médical en *plusieurs interventions*, en plusieurs composantes — ce que paraissent impliquer la théorie de *l'assentiment du patient* et le *respect de son intégrité physique* —, il sera possible d'y découvrir **certaines obligations de résultat** à charge du praticien⁷⁰. Il est en effet des aspects de la relation et des actes effectués dans le cadre du traitement qui l'obligent à un certain résultat, à une réussite ponctuelle, et s'il n'y satisfait pas, il lui incombera de faire la preuve d'une cause étrangère libératoire — pourvu bien entendu que cet échec ait causé un dommage au malade.

On observera d'ailleurs que les décisions qui inclinent à la reconnaissance d'une obligation de résultat prennent en règle très générale le soin de rappeler *d'abord* que l'obligation de soins est de moyens, avant d'expliquer pourquoi il n'en va pas forcément ainsi de certaines obligations *ponctuelles supplémentaires* qu'elles mettent en évidence.

2. Certaines obligations accessoires sont de résultat

22 Si le patient est en mesure d'établir 1° que certaines obligations du médecin avaient le caractère d'obligations de résultat, 2° que ce résultat n'a pas été atteint, 3° qu'il a subi un dommage et 4° que ce dommage découle de la non-obtention dudit résultat, le médecin sera *présumé fautif* et devra prouver que le dommage trouve en réalité sa source dans une cause étrangère⁷¹.

Une obligation peut être de résultat en raison d'une *prescription ou interdiction légale*, de la *volonté des parties* ou de *l'absence de caractère aléatoire*⁷².

Les *infractions pénales* peuvent ainsi être considérées comme sanctionnant l'inexécution d'obligations de résultat, à l'exception des infractions par défaut de prévoyance ou de précaution. L'interdiction de porter des coups ou d'administrer des blessures sans justification, l'omission de porter secours

70. Voy. not., en France, P. SARGOS, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », *J.C.P.*, 2000, I, 202.

71. Principes rappelés notamment par Mons, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 307 (somm.).

72. Pour une typologie des obligations de résultat en matière médicale, Th. VANSWEEVELT, *o.c.*, 61-86, sp. n° 94-116 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *o.c.*, 533-535, n° 564 ; Ch. LARROUMET, *o.c.*, 607 et 618, n°s 612 et 618.

à une personne en danger ou le respect du secret professionnel constituent des obligations de résultat. Il en va de même des prescriptions administratives relatives aux hôpitaux (autorisation de pratiquer tel ou tel examen, matériel dont l'hôpital doit disposer, organisation du service...) ou aux pharmacies, par exemple.

23 Ainsi en est-il également, pensons-nous, des diverses obligations mises à la charge du médecin par la *loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient* (fournir l'information, recueillir le consentement, consigner tel élément dans le dossier médical, consulter la personne de confiance, laisser au patient le droit d'accès et de consultation à son dossier, etc.). À cet égard, ce texte — qui consacre pour l'essentiel les solutions précédemment dégagées par la jurisprudence — constitue une avancée puisqu'il en transforme la valeur et la portée. La loi tend par là à confirmer et à asseoir la nécessaire dualité d'analyse du droit médical moderne.

Ainsi, désormais, ne pas informer ou obtenir le consentement du patient constitue *a priori* une faute, à charge du praticien d'établir que les circonstances (urgence, nécessité médicale impérieuse, patient hors d'état de recevoir l'information ou de consentir, souci de ne pas trop lui en dire dans son intérêt...) l'ont empêché de satisfaire au prescrit légal. Qu'on ne se leurre toutefois pas : comme on l'a pertinemment observé, il ne suffira pas au patient de prouver l'existence et le caractère de cette obligation pour qu'aussitôt il incombe au médecin d'établir qu'il l'a exécutée ; encore faut-il que le créancier qui se plaint de l'inexécution de pareille obligation de résultat *prouve que le résultat en question n'a pas été atteint*⁷³, de sorte que jusqu'à nouvel ordre, la charge de prouver l'absence d'information ou de consentement repose toujours sur le patient.

24 Dans quelles hypothèses la jurisprudence actuelle reconnaît-elle l'existence d'une obligation de résultat⁷⁴ ?

73. Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 25 février 1997, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. I, n° 13, n° 8, qui soulignent que dans l'espèce tranchée par cet arrêt, l'inexécution n'est pas démontrée mais présumée d'une manière qu'ils jugent contestable : « *Le fait qu'un risque s'est réalisé ne rend, en effet, nullement vraisemblable que la victime avait été tenue dans l'ignorance de ce risque* ».

74. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 108-111, n°s 133-135.

Nous laissons provisoirement de côté l'évolution constatée quant aux produits fournis ou au matériel utilisé, dont nous reparlerons en ce qui concerne l'obligation de sécurité (*infra*, nos 38-39), tout en observant déjà que selon la cour d'appel d'Anvers, « l'usage du matériel médical n'a pas en soi un caractère aléatoire. Il peut donc difficilement être question dans ce cas d'obligation de moyens. Le patient doit pouvoir avoir confiance dans le fait que les choses employées par le médecin présentent la sécurité nécessaire, en telle sorte que le médecin ou l'hôpital a à cet égard une obligation de résultat » (Anvers, 22 février 1999, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13257, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 285, *A.J.T.*, 1999-2000, 481).

Placement d'une prothèse dentaire : le chirurgien-dentiste doit livrer un appareil sans défaut. La solution est la même pour d'autres types de prothèses⁷⁵. On est fort proches de la responsabilité objective du fait des produits défectueux (*infra*, n° 35). On en revient parfois à la constatation de l'existence d'une faute : « un dentiste qui place une sous-prothèse déficiente commet une faute qui est la cause du dommage. Le prothésiste et le chirurgien maxillo-facial sont également responsables du dommage dès lors qu'ils n'ont pas pris connaissance des problèmes de la sous-prothèse » (Anvers, 5 avril 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 192, note Y. VERMYLEN ; voy. aussi Civ. Louvain, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 45).

Examens et analyses de laboratoire simples ou injections cutanées : les analyses de laboratoire sont détachables de l'art médical proprement dit et l'aléa y est bien maîtrisé⁷⁶.

Selon la cour d'appel d'Anvers (2 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 146), un ophtalmologue qui procède à une extraction de cataracte et implante une lentille artificielle est responsable du résultat insatisfaisant qui est une conséquence du calcul incorrect de la lentille artificielle par le médecin, sans égard à la circonstance que l'appareillage utilisé peut mener à des calculs ou interprétations erronés.

75. Telle est depuis longtemps la position de la Cour de cassation française : Cass. fr., 1^e civ., 22 novembre 1994, *R.T.D. civ.*, 1995, 375, obs. P. JOURDAIN, et déjà Cass. fr., 1^e civ., 9 octobre 1985, *Gaz. Pal.*, 1986, 150, note Ph. BERTIN ; G. MÉMETEAU, « Utilisation du matériel médical et dentaire : vers l'obligation de résultat ? », *Gaz. Pal.*, 1987, 154. S'appuyant sur la Convention nationale entre orthopédistes et assureurs, le tribunal de première instance d'Anvers met à la charge de l'orthopédiste « une obligation de résultat concernant la livraison d'une prothèse adéquate » (Civ. Anvers, 29 janvier 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 352, note A. BAEYENS).

76. Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr., 20 mai 1936 et Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *Grands arrêts*, précité, t. II, nos 161-162, n° 5.

S'agissant des injections cutanées, on sera attentif au stade exact où survient le problème : « le médecin a satisfait à son obligation de résultat en administrant techniquement l'injection à l'endroit et de la manière appropriés ; il n'est pas responsable des complications qui peuvent accompagner cette injection » (Gand, 5 avril 2000, *Bull. ass.*, 2001, 810).

Oubli d'instruments ou de matériel dans le corps du patient : présomption de faute difficilement réfragable, par référence au critère du cours normal des choses, ou carrément obligation de résultat ⁷⁷.

La reconnaissance d'une obligation de résultat à cet égard n'est toutefois pas générale et il arrive que la jurisprudence raisonne en termes d'obligation de moyens et examine dès lors les circonstances concrètes de l'intervention. Dans une affaire où des compresses avaient été oubliées lors d'une opération en 1983 et enlevées des cavités pulmonaires du patient en 1995 seulement, le tribunal d'Audenarde avait décidé (14 février 2000, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 287) que « la procédure normale implique que le nombre de compresses soit compté après l'intervention chirurgicale ; comme cela n'a pas été le cas en l'espèce, la faute du chirurgien est établie. Il devient dès lors *indifférent* de savoir si l'obligation du chirurgien d'enlever du corps humain les objets utilisés au cours de l'intervention est une obligation de résultat ou de moyens ». Cette décision est réformée en appel (Gand, 8 novembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 290) aux motifs que s'agissant d'une opération urgente postérieure à une blessure par balle, l'on se trouvait dans une « circonstance exceptionnelle » où « le comptage des compresses et le temps perdu à celui-ci auraient impliqué un risque pour la vie du patient ».

Il semble parfois que la jurisprudence aille trop loin. L'arrêt précité de la cour d'appel de Mons du 29 juin 1998 considère ainsi à juste titre que « si la plupart des obligations professionnelles des médecins sont des obligations de moyens, certains devoirs doivent toutefois être considérés



77. Voy. not. Anvers, 19 mai 1980, *Vl.T.Gez.*, 1981, 39, note R. KRUIHOF ; Civ. Charleroi, 20 février 1990, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12074 ; Anvers, 29 juin 1992, *Vl.T.Gez.*, 1994-1995, 20, note D. FRERIKS ; Anvers, 15 mars 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 223 ; Civ. Bruxelles, 17 novembre 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12751. Par un arrêt du 28 septembre 1995 (*Bull.*, 1995, n° 404, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, 359, note S. CALLENS), la Cour de cassation a décidé que « la constatation qu'un médecin n'a pas respecté son obligation contractuelle de résultat de ne laisser dans le corps humain aucun corps étranger n'implique pas la constatation d'un défaut de prévoyance ou de précaution qui est un élément constitutif nécessaire du délit visé aux articles 418 et 420 du Code pénal ». On ne peut y voir une approbation de cette tendance jurisprudentielle dès lors que la Cour ne se prononce que sur un problème de prescription.

comme étant des obligations de résultat du fait qu'ils ne comportent aucun aléa ou un aléa très faible. Tel est normalement le cas de l'obligation de discrétion ou de fournir certains appareils en bon état de fonctionnement » mais retient ensuite qu'« il en est également ainsi des tâches professionnelles qui apparaissent être de la pratique usuelle et courante du médecin et ne comportent pas le moindre risque, *comme la réalisation des examens prénataux* ». Le gynécologue, qui ne pouvait établir la réalité des examens prénataux qu'il prétendait avoir effectués, est de ce fait tenu pour responsable des graves complications qui sont survenues à la naissance du fait que l'enfant s'est révélé, contre l'attente du médecin, être macrosome, alors que ces complications eussent pu être évitées si la décision de pratiquer une césarienne avait été prise, ce qui se serait imposé si la situation avait été correctement évaluée — autrement dit, c'est bien en définitive une faute qui lui est reprochée.

25 L'obligation est intrinsèquement de résultat lorsque le résultat à atteindre ne présente *aucun caractère aléatoire*. La première de ces obligations est de **traiter le bon patient**⁷⁸.

Une affaire dramatique l'a mis en lumière en France : suite à une méprise entre deux patientes vietnamiennes aux patronymes fort proches, l'une venue pour l'enlèvement d'un stérilet et l'autre pour un contrôle de grossesse, la première opération est pratiquée sur la seconde patiente, ce qui entraîne une rupture de la poche des eaux rendant nécessaire un avortement thérapeutique. Le débat nourri que cette affaire a généré a porté sur la possibilité de qualifier, sur le plan pénal, cette atteinte à la vie du fœtus en homicide involontaire⁷⁹.

78. Voy. déjà Corr. Bruxelles, 11 décembre 1963, *J.T.*, 1964, 110, *R.G.A.R.*, 1964, n° 7273.

79. La cour d'appel retient cette qualification (Lyon, 13 mars 1997, *D.*, 1997, jur., 557, note E. SERVERIN, *Defr.*, 1997, art. 36578, note Ph. MALAURIE, *J.C.P.*, 1997, II, 22955, note G. FAURÉ, *Dr. fam.*, sept. 1997, 8, comm. P. MURAT) mais est censurée (Cass. fr. crim., 30 juin 1999, *Gaz. Pal.*, 29-30 oct. 1999, 19, note J. BONNEAU, *Petites Aff.*, 17 nov. 1999, n° 229, 15, note F. DEBOVE, *D.*, 1999, jur., 710, note D. VIGNEAU, *J.C.P.*, 2000, II, 10231, note G. FAURÉ, *D.*, 2000, somm., 169, obs. Ch. DESNOYER et L. DUMAINE). La Cour européenne des droits de l'Homme conclut à l'absence de violation de l'article 2 de la C.E.D.H. (Cour eur. D.H., 8 juillet 2004, *J.C.P.*, 2004, II, 10158, note M. LEVINET, *D.*, 2004, 2456, note J. PRADEL, *R.T.D. civ.*, 2004, 714, obs. J. HAUSER, 799, obs. J.-P. MARGUENAUD, *Dr. fam.*, 2004, 43, note P. MURAT). Par un arrêt du 25 juin 2002, la Cour de cassation française rappelle que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant (Cass. fr. crim., 25 juin 2002, *R.G.A.R.*, 2002,

Le même raisonnement trouve plus fréquemment à s'appliquer lorsqu'il y a **erreur sur l'organe soigné**⁸⁰.

Une espèce liégeoise récente l'illustre. Une femme souffre d'une arthrose évoluée au genou *gauche* et fait procéder, à la demande de son médecin traitant, à des examens afin d'apprécier l'évolution de l'état de son genou. La patiente consulte alors un chirurgien-orthopédiste qui envisage une opération au genou. Plus tard le médecin procédera à une opération de placement d'une prothèse au genou *droit*. L'opération n'est pas un franc succès mais ne révèle pour autant aucune faute. La patiente se plaint en revanche que la bonne jambe n'ait pas été soignée.

Selon la cour d'appel de Liège (4 janvier 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 330)⁸¹, le chirurgien a fait preuve d'un manque de prudence et d'une légèreté coupable dans son intervention, en se basant sur des propos rapportés par autrui, exprimés par une patiente âgée en état de pré-narcose et sous l'influence de médicaments sédatifs, pour prendre sa décision de changer l'objet de l'opération, sans mettre en œuvre toutes les précautions utiles qu'un praticien normalement diligent se devait d'observer. Le fait que le médecin traitant, arrivé en cours d'opération, n'ait fait aucune observation en constatant le changement d'objet de l'intervention est indifférent pour l'appréciation du litige. En effet, chaque médecin intervient et prend ses responsabilités dans la sphère de sa compétence et il n'appartient pas à un médecin généraliste de prendre la responsabilité de faire arrêter une intervention chirurgicale en cours, effectuée sous la responsabilité exclusive du spécialiste.



n° 13625, *J.C.P.*, 2002, II, 10155, note M.-L. RASSAT, *D.*, 2003, somm., 243, obs. S. MIRABAIL, 660, obs. F. PLANCKEEL, *J.C.P.*, 2003, I, 132, note Ch. BYK ; *adde* le commentaire de D. VIGNEAU in *Dr. fam.*, 2002, n° 25). Rappelons à ce propos l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 1987 (*Pas.*, 1987, I, 694, concl. JANSSENS DE BISTHOVEN, *J.L.M.B.*, 1987, 630, note M. PREUMONT, *J.T.*, 1987, 738, note F. KEFER).

80. Corr. Bruxelles, 5 mai 1951, *J.T.*, 1951, 369 (opération à l'index au lieu de l'annulaire) ; Civ. Hasselt, 3 avril 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nos 9218 et 9268 (opération de l'appendice au lieu de l'enlèvement d'une tumeur à l'orteil...) ; Corr. Bruges, 15 janvier 1990, *VI.T.Gez.*, 1989, 292 (amputation de la jambe erronée).

81. L'arrêt, après avoir rappelé qu'une intervention chirurgicale constitue un acte illégitime si le médecin n'a pas obtenu au préalable le consentement éclairé du patient, sauf à supposer les conditions de l'urgence réunies, *quod non* en l'espèce, décide que « le médecin, qui est légalement et contractuellement tenu de l'obligation d'informer, puis d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient, a la charge de prouver l'exécution de cette obligation », suivant exactement en cela la formulation de la Cour de cassation française dans son arrêt *Hédreul* du 25 février 1997.

La jurisprudence reste controversée dans les premiers domaines où elle a eu tendance à décréter l'existence d'une obligation de résultat, sans doute influencée par la relativement faible utilité thérapeutique de l'intervention, à savoir la **stérilisation**⁸² et la **chirurgie plastique esthétique**.

Dans le premier cas, on pourrait raisonnablement admettre l'absence d'aléa⁸³, sous réserve d'un examen de la manière dont le médecin aura présenté les choses, du degré de certitude qu'il aura affirmé, ce qui ramène à l'obligation d'information⁸⁴.

Dans le second, la jurisprudence a tendance à retenir une *obligation de moyens renforcée*, appréciée avec davantage de rigueur, précisément en raison de l'absence apparente de véritable but thérapeutique⁸⁵. Il nous semble en tout cas qu'il n'y a pas lieu de faire dépendre la portée de l'obligation pesant sur le médecin des *motifs* (chirurgie réparatrice ou de convenance) pour lesquels le patient se soumet à l'intervention — d'autant que, comme dans tout acte chirurgical, l'aléa est bien présent⁸⁶. Une chose est sûre : dans ce domaine, l'exigence d'une information *exhaustive*, notamment sur les ris-

82. S'agissant d'un accouchement par césarienne, on ne retient — à juste titre — pas d'obligation de résultat : Liège, 29 septembre 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13234, *R.R.D.*, 1998, 445, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 31.

83. Ce n'est toutefois pas l'avis de la cour d'appel d'Anvers : Anvers, 8 septembre 2003, *N.J.W.*, 2004, 558, note I. BOONE, *N.J.W.*, 2004, 558, note E. DE KEZEL : « l'obligation du gynécologue de stériliser une femme n'est pas une obligation de résultat. Le fait qu'une femme soit enceinte après une opération de stérilisation ne prouve pas en soi une faute dans le chef du gynécologue » ; déjà en ce sens, Anvers, 17 janvier 1996, *R.W.*, 1996-1997, 325 ; Anvers, 8 avril 2002, *N.J.W.*, 2002, 246.

84. Liège, 11 février 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13691 : « le gynécologue avait une obligation très précise d'information sur la technique qu'il préconisait pour procéder à la ligature des trompes. En n'informant pas sa patiente sur les risques d'échec de l'opération, le médecin l'a induite en erreur, celle-ci se croyant à l'abri d'une nouvelle grossesse de manière absolue, et a ainsi commis une faute en relation causale nécessaire avec la naissance non désirée de l'enfant ».

85. « L'obligation d'un chirurgien esthétique doit être appréciée avec une grande rigueur à raison de l'aspect non thérapeutique de son obligation de moyens. S'agissant d'améliorer l'aspect du visage de sa cliente, la faute du chirurgien esthétique est démontrée lorsque aucune amélioration esthétique n'a été obtenue. Si le chirurgien ne s'engage pas à un résultat déterminé, il promet cependant que la disgrâce sera moindre ; tel (n'est) pas le cas en l'espèce » (Nîmes, 14 décembre 1998, *J.C.P.*, 2000, IV, 1436).

86. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 110-111, n° 135.

ques même exceptionnels, sera de mise, car il est certain que l'acuité de cette exigence dépend du caractère plus ou moins nécessaire de l'intervention projetée⁸⁷.

D. Responsabilité pour faute d'autrui

Le traitement médical fait en général appel à plusieurs intervenants, dont la jurisprudence est fréquemment appelée à jauger la responsabilité respective en cas d'incident. Plus particulièrement, on relève plusieurs occurrences où elle fut amenée à faire application des règles régissant la responsabilité du fait d'autrui, notamment à l'égard de l'hôpital⁸⁸, soit dans le cadre contractuel (1) soit, le plus souvent, en matière extra-contractuelle (2), où les règles sont plus fermes mais où d'autres questions émergent.

1. Responsabilité contractuelle du fait des agents d'exécution

26 Pour rappel, ce principe général fut dégagé par la jurisprudence et la doctrine au départ des dispositions relatives au bail, au mandat et au contrat d'entreprise. L'on est responsable, vis-à-vis de son cocontractant, des agents d'exécution à qui on a fait appel pour exécuter son obligation : « Lorsque la personne qu'un contractant s'est substituée pour exécuter une obligation contractuelle commet une faute dans l'exécution de cette obligation, le contractant est lui-même contractuellement responsable du dommage causé par cette faute au cocontractant » (Cass., 21 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1226, obs.).

Dans un arrêt du 28 mai 1998 (*J.L.M.B.*, 1999, 268), la cour d'appel de Liège retient que le malade qui se confie à un établissement de soins sans faire personnellement le choix du médecin qui le soignera, en telle sorte qu'il se remet implicitement entre les mains des médecins attachés à cet établissement, ne contracte qu'avec l'établissement hospitalier, ce contrat portant à la fois sur l'obligation de garde et celle de soins. L'établisse-

87. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *o.c.*, 64-65, n° 79 ; Civ. Bruxelles, 1^{er} avril 1993, *R.G.D.C.*, 1993, 483 ; Paris, 9 avril 1999, *Gaz. Pal.*, 2-4 mai 1999, somm., 21 ; Cass. fr., 1^{er} civ., 17 février 1998, *J.C.P.*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY (obligation de moyens renforcée et non obligation de résultat).

88. Tant il est vrai que « le lien juridique unissant l'établissement hospitalier au médecin reste encore environné d'un certain flou » (S. DAVID-CONSTANT, « Rapport de synthèse », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, éd. Jeune Barreau de Liège, 1993, 188). Le constat reste d'actualité, bien que doctrine et jurisprudence s'emploient progressivement à l'atténuer.

ment est alors contractuellement responsable à l'égard du patient des fautes commises par ses agents d'exécution⁸⁹.

Le médecin chef du service de radiologie est responsable de ceux à qui il a confié ou délégué tout ou partie de ses responsabilités (Liège, 19 janvier 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 38). Mais selon la cour d'appel, en l'espèce, ce médecin chef a commis une faute personnelle grave en pratiquant un examen sans vérifier auparavant le bien-fondé du protocole rédigé par un autre radiologue.

21 Les tribunaux sont fréquemment appelés à se pencher sur la **responsabilité respective de l'anesthésiste et du chirurgien** en cas d'accident opératoire. Il est parfois, dans ce cadre, fait référence à la responsabilité contractuelle du fait des agents d'exécution — un peu rapidement peut-être, s'agissant de médecins en principe indépendants l'un de l'autre.

Une première tendance est de se montrer sévère envers le chirurgien, comme l'illustre un jugement du tribunal correctionnel de Louvain (Corr. Louvain, 30 juin 1992, *Vl.T.Gez.*, 1992-1993, 109, note F. DEWALLENS) qui estime que sur la base des règles générales de la responsabilité contractuelle pour des fautes commises par des aides-soignants, le chirurgien doit répondre des personnes qui *collaborent* à l'exécution de ses engagements. L'optique du tribunal est que les fautes des autres membres de l'équipe, comme l'anesthésiste, relèvent de la responsabilité du chirurgien car le patient peut se fier à ce dernier pour organiser efficacement toute l'opération et l'organisation pratique (sur la base soit de la théorie de la confiance légitime, soit de l'article 1135 du Code civil). Dès lors, nonobstant les tâches et compétences propres à l'anesthésiste et au chirurgien, ce dernier a un *devoir général de surveillance* dans les phases pré-, per- et postopératoires.

En l'espèce, le chirurgien est déclaré responsable car il ne peut entreprendre aucune opération si toutes les conditions de sécurité en matière d'anesthésie ne sont pas réunies et il lui appartient de convaincre l'anesthésiste de modifier son comportement négligent qui met le patient en danger ; si aucune suite n'est donnée, le chirurgien doit refuser d'effectuer l'opération et commet une faute s'il l'effectue quand même — on

89. Dans le même sens : Civ. Verviers, 16 octobre 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 293. Sur la responsabilité du médecin et de l'hôpital pour le fait d'autrui, selon les diverses hypothèses envisageables, voy. Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant, 1996, 339-478.

peut voir là une sorte d'application du principe de précaution. Le tribunal considère même que le chirurgien qui n'avertit pas à temps l'Ordre des médecins des manquements de l'anesthésiste est négligent et commet une négligence fautive.

Le tribunal de première instance de Liège retient quant à lui la seule responsabilité de l'anesthésiste (Civ. Liège, 20 octobre 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 405, note Th. VANSWEEVELT, confirmé par Liège, 18 septembre 2000, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 303) : « Un anesthésiste manque à ses obligations professionnelles en ne vérifiant pas lui-même, avant l'induction de l'anesthésie, le branchement du respirateur et des alarmes du monitoring ». Le tribunal souligne que les normes belges pour la sécurité du patient en anesthésie imposent à l'anesthésiologiste les vérifications fondamentales avant de commencer toute anesthésie. Dès l'induction de celle-ci, l'anesthésiologiste doit surveiller continuellement le patient en restant à proximité immédiate de celui-ci⁹⁰.

Dans une espèce où l'incident est survenu au stade post-opératoire, la cour d'appel de Liège retient la responsabilité conjointe des deux médecins (Liège, 30 juin 1995, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 49) en posant que « la charge des soins post-opératoires incombe conjointement à l'anesthésiste et au chirurgien. Si certaines complications peuvent être davantage de la compétence de l'un ou de l'autre, il n'existe pas de ligne de partage précise, l'un et l'autre devant, en collaboration, veiller à la sécurité de leur patient ». La cour d'appel ajoute « qu'en l'espèce, la collaboration entre les deux médecins devait être d'autant plus étroite qu'ils connaissaient les défaillances de l'organisation hospitalière », ce qui laisse songeur : le fonctionnement défaillant d'un hôpital doit-il servir d'argument en faveur d'un durcissement de la responsabilité des médecins qui y pratiquent, au détriment de celle de l'institution elle-même ?

Enfin, on relèvera une espèce où la cour d'appel de Mons (28 juin 1994, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, 291) ne fait pas le détail et retient la faute de l'anesthésiste (pratiquer une anesthésie simultanément dans une autre salle d'opération en laissant le soin de la surveillance du patient à une infirmière sans prévenir le chirurgien), du chirurgien (ne pas s'assurer de la présence de l'anesthésiste... et ne pas l'informer de la seconde inter-

90. Citons à cet égard un arrêt du 23 janvier 1991 (*Bull.*, 1991, n° 275, concl. DU JARDIN, R.C.A.R., 1992, n° 11938, note Ch. HENNAU-HUBLET) par lequel la Cour de cassation décide que « le défaut pour le médecin anesthésiste de satisfaire aux obligations spécifiques de sa profession, en omettant de prendre les mesures qui s'imposaient, peut constituer la cause extérieure d'une atteinte à la santé ».

vention projetée) et de l'infirmière (imprudence consistant à quitter la salle d'opération sans veiller à son remplacement). La cour y ajoute la responsabilité de l'hôpital en sa qualité de commettant de l'infirmière, mais également parce que le dommage est la suite d'un manque de personnel (anesthésistes) et d'un manque d'appareillage (monitoring), et enfin en tant que gardien d'une chose viciée (l'appareil respiratoire).

2. Responsabilité extra-contractuelle du fait d'autrui

Comme on le sait, la principale condition d'application de la responsabilité des maîtres et commettants portée par l'article 1384, alinéa 3 du Code civil est l'existence d'un *lien de préposition*, caractérisé par une situation de *subordination*.

À cet égard, on relève que « celui qui entreprend un travail pour le compte d'autrui n'est pas nécessairement un préposé. Tout dépend de l'indépendance dont il pourra faire preuve dans l'accomplissement de son travail. Pour qu'il y ait préposition, il faut que le maître puisse s'immiscer dans les fonctions et les contrôler. C'est ainsi que ne sont pas habituellement des préposés les médecins d'hôpitaux et, en général, toutes personnes dont la nature des fonctions répugne à toute subordination, sans qu'il faille distinguer entre certaines fonctions d'une personne » (*R.P.D.B.*, v° Responsabilité, t. 11, Bruylant, 1951, n° 743).

La Cour d'appel d'Anvers (2 mai 1989, *R.W.*, 1989-1990, 260, note H. Nys) rappelle ainsi que pour apprécier l'existence d'un contrat de travail entre un anesthésiste et une clinique, le juge n'est pas lié par la qualification que les parties ont donnée à la convention mais doit rechercher s'il ressort des éléments de fait que le médecin, dans l'exécution de son travail, est soumis à l'autorité, à la direction et à la surveillance de la clinique, le rapport d'autorité existant dès qu'une personne peut en fait exercer une autorité sur les actes d'autres personnes. La cour d'appel insiste toutefois sur le caractère personnel et exclusif du lien existant entre le patient et le médecin en décidant que, même s'il existe un contrat de travail entre le médecin et la clinique, le médecin ne peut opposer cette relation contractuelle aux héritiers d'un patient décédé : puisqu'il n'existe qu'un engagement contractuel *entre le patient et le médecin* et non entre le patient et la clinique, il n'y a pas de fondement juridique sur la base duquel le praticien pourrait se décharger de sa responsabilité vis-à-vis du patient en faisant appel à son (éventuelle) relation contractuelle avec la clinique.

L'hôpital est responsable du dommage résultant de la faute de l'infirmière qu'il a préposée pour l'exécution de la mission de surveillance et de sa propre faute dans l'organisation de cette surveillance (Anvers, 14 septembre 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, 225, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 218), ou de la faute de l'infirmière qui ne surveille pas en permanence les patients dans la salle de réveil ainsi que de l'organisation défectueuse de celle-ci (Liège, 8 octobre 1991, *VI.T.Gez.*, 1992-1993, 35, note R. HEYLEN).

L'arrêt précité, longuement motivé, de la cour d'appel de Liège du 28 mai 1998 (*J.L.M.B.*, 1999, 268) considère que le médecin qui exerce son art au sein d'une institution de soins peut agir soit en qualité de préposé, soit en qualité d'indépendant, le lien de subordination propre à la relation de commettant à préposé n'étant *pas incompatible*, selon la cour, avec l'exigence d'indépendance professionnelle qui découle du monopole de l'art de guérir. Elle retient qu'en l'espèce, le médecin stagiaire mis en cause est bien le préposé de la clinique au sens de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil et que la notion de médecin maître de stage correspond à celle d'« instituteur » au sens de l'article 1384, alinéa 4 puisqu'il doit veiller à assurer la formation spécialisée du stagiaire et exercer une mission de contrôle de ses activités. L'arrêt limite cependant la responsabilité de ce médecin maître de stage aux actes relevant de la spécialité qui fait l'objet du stage et ajoute que le médecin chef de service n'est pas le commettant des médecins indépendants qui y travaillent ni des stagiaires qui y suivent leur formation.

29 En lien avec la reconnaissance d'un lien de préposition ou de subordination se pose la question de l'applicabilité, au bénéfice du médecin préposé, de **l'exonération pour faute légère occasionnelle** contenue dans l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail⁹¹. Cette question reste controversée. Elle revient à savoir si la reconnaissance du statut de médecin préposé, donc pratiquant dans un lien de subordination, est compatible avec l'indépendance médicale dont il jouit.

Toujours dans l'arrêt précité du 28 mai 1998, la cour d'appel de Liège répond négativement à cette question en considérant que la limitation de responsabilité organisée par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail ne peut s'appliquer aux médecins employés lorsqu'ils

91. Voy. J.-L. FAGNART, « Aspects actuels de la responsabilité médicale », in *Droit et médecine*, C.U.P., 1996, vol. XI, 300-303.

commettent une faute dans l'exercice de l'art de guérir *sensu stricto*. Selon la cour, la responsabilité du médecin est en effet liée à l'essence même de l'activité médicale, de sorte qu'il n'est pas concevable qu'un médecin qui jouit d'une *liberté absolue dans l'exercice de l'acte thérapeutique* puisse opposer au malade qu'il n'assume aucune responsabilité à son égard pour des fautes médicales légères inhabituelles.

Faisant primer le lien contractuel, l'arrêt applique les règles régissant le concours des responsabilités en décidant que la responsabilité quasi-délictuelle du préposé ne peut être engagée que si sa faute constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. L'arrêt conclut que le préposé peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel lorsque sa faute, génératrice du dommage, constitue une infraction pénale et retient également la responsabilité de la clinique en tant que commettant du médecin stagiaire (art. 1384, al. 3 C. civ.).

Contra, exonérant le médecin préposé qui a commis une faute légère occasionnelle : Mons, 13 janvier 2000, R.G.A.R., 2001, n° 13428, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 379 (le médecin de garde aux urgences a commis une erreur de lecture d'une radiographie en ne décelant pas une fracture ; mais cette faute ne peut être qualifiée de lourde « dès lors que les prestations imposées dans le cadre d'un service d'urgence sont extrêmement longues, diverses, absorbantes, contraignantes et éprouvantes, surtout en période de week-end » — c'est le moins que l'on puisse dire).

Dans le même sens, à propos d'une sage-femme : Anvers, 5 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 102 (qui déboute au surplus le patient car il ne démontre pas que la sage-femme a placé la perfusion à l'origine d'un neurinome car aucune faute n'est établie à la charge de l'anesthésiste ou de l'infirmière).

Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, 716 : le médecin peut travailler dans un lien de subordination, y compris dans le cadre de l'exercice de l'art de guérir ; l'indépendance dont il dispose n'est pas incompatible avec un lien de subordination (le jugement se réfère à Cass., 22 février 1968, *Pas.*, 1968, I, 777 ; Cass., 16 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, 165).

Notons qu'en France, la jurisprudence est ferme pour décider que la responsabilité civile du préposé salarié à l'égard du tiers victime n'est pas engagée lorsqu'il agit *dans les limites de ses fonctions* — le critère est du reste plus large. La Cour de cassation vient de le rappeler en censurant un arrêt qui avait retenu la responsabilité *in solidum* d'une sage-femme, du gynécologue obstétricien et d'une clinique alors qu'il constatait que

cette sage-femme salariée avait agi sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par l'établissement de santé, de sorte qu'elle n'engageait pas sa responsabilité à l'égard de la patiente⁹².



92. Cass. fr., 1^e civ., 9 novembre 2004, *Gaz. Pal.*, 9-11 janvier 2005, 16, note N. BANGOURA. La haute juridiction confirme par là son arrêt de principe *Costedoat* du 25 février 2000, abondamment commenté, qui posait en règle que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par le commettant ».

L'évolution : responsabilité dépassant l'existence d'une faute

30 On l'a déjà vu en identifiant les secteurs où la jurisprudence admet l'existence d'obligations de résultat : si la démarche largement dominante consiste à déceler une faute dans le décours du traitement, il est possible de se passer de cette exigence dans certains cas particuliers. C'est que l'on perçoit d'emblée ce qui fait l'irréductible *singularité* de la relation de soins : le malade, profane, fragilisé et affaibli, se remet tout entier à l'homme de science en qui il place toute sa confiance. Cette relation est ainsi marquée par un *pouvoir exorbitant* exercé sur un sujet éminemment *vulnérable*⁹³, auquel elle peut tout à la fois apporter d'incalculables bienfaits et causer d'innombrables souffrances.

Comment, dans pareil contexte, s'en tenir à une approche purement technique, fondée sur la mécanique bien huilée de la responsabilité à base de faute ? Comment ne pas voir que sont en jeu des valeurs qui *transcendent* le processus juridique de sanction d'une faute et de réparation d'un préjudice ? Par-delà l'indispensable stigmatisation des négligences se profile la légitime prise en compte d'une souffrance physique et morale. En l'absence d'impulsion législative, l'enjeu consiste à déterminer si le droit est

93. Voy. déjà R. SAVATIER, « Impérialisme médical sur le terrain du droit », *D.*, 1952, chr., 157 ; du même auteur, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui », *D.*, 1964, chr., 64.

à même de relever ce défi et, dans l'affirmative, la mesure dans laquelle il peut à cette fin faire l'économie de la faute.

Nous nous inscrivons dans une tendance naissante consistant à *encadrer* et à *contrôler*, au moyen du droit, cet indéniable **pouvoir** dont le médecin jouit et use légitimement dans les faits. Que l'on n'y voie nulle défiance, mais simplement la prise de conscience que, dans ce domaine de l'activité humaine où de multiples facteurs imposent une prudence accrue, la fonction du droit ne peut se cantonner à la sanction d'un abus plus ou moins manifeste ou au constat qu'un aléa s'est produit. Il s'agit, en amont, d'exiger une *justification* des décisions qui relèvent d'un *pouvoir* qu'il convient nécessairement de combiner, plus que tout autre, avec les droits fondamentaux de la personne sur laquelle il s'exerce⁹⁴.

Il est possible d'aller dans ce sens, sans distordre les principes et les concepts, en s'appuyant sur la **nature particulière du contrat de soins** : primauté du droit au respect de l'intégrité physique ; importance cruciale de l'information et du consentement pour que le patient accepte *en toute connaissance de cause* de courir un risque ou de mettre en jeu sa sécurité ; nécessité de contrôler le pouvoir médical ; immixtion du principe de précaution en droit privé⁹⁵. Le contrôle des décisions n'est du reste en rien inconnu du droit moderne : il encadre l'action administrative, les sanctions en droit du travail, les décisions des organes sociaux en droit commercial, etc. La relation médicale nous paraît offrir le terreau le plus propice à l'utilisation de ce mécanisme dans la sphère du « pur » droit privé⁹⁶.

Le contrat oblige aux « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135 C. civ.). Ce bout de texte fonda-

94. En ce sens : P. LOKIEC, « La décision médicale », *R.T.D. civ.*, 2004, 649 s. ; cet auteur a précisément consacré sa thèse de doctorat à l'élaboration d'un régime juridique du pouvoir se distinguant du schéma contractuel (*Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGD), coll. Bibl. droit privé, 2004).

95. M. HARICHAUX, « Relativité des données de la science et responsabilité médicale », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, 1603, sp. 1612 et s.

96. Certaines décisions le laissent déjà penser : voy. not. Gand, 4 mai 2000, *Juristenkrant*, 2000/15, 5, qui décide qu'en fonction des circonstances, « la décision du médecin n'était ni fautive ni imprudente ». Comp. I. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *R.G.A.R.*, 1990, 11682.

mental, signe parmi tant d'autres de la précision, du soin et de l'intelligence avec lesquels est rédigé le Code⁹⁷, pourrait permettre bien des avancées, voire des audaces. Il suffirait de prendre la peine de se pencher sur la *nature* de l'obligation du médecin, sur l'évolution actuelle de la *loi* en la matière et sur les impératifs découlant de l'*équité* ou des *usages* pour discerner qu'intégrité physique, dignité humaine, autonomie du patient, respect de sa volonté et légitime souci de ne pas abandonner les victimes à leur sort peuvent conduire à dépasser le critère de faute parfois trop étroit tel qu'on l'a exposé plus haut.

3 Le ferment de cette réflexion devrait être cherché dans la place renouvelée des **droits fondamentaux** en matière médicale. Si la *sécurité* du patient est exigée et s'il faut user de *précaution* à son égard, c'est en vertu de son droit intangible au respect de son intégrité corporelle. S'il est admissible qu'il coure un *risque*, pourvu qu'il en soit pleinement informé, c'est parce que seul lui peut décider des atteintes apportées à celle-ci, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation dans un important arrêt⁹⁸. Si l'on ne tolère plus que des accidents médicaux ne soient pas réparés, dans ou en dehors du droit de la responsabilité, c'est qu'il paraît inadmissible qu'une atteinte, fautive ou non, soit portée sans justification ni compensation à cette intégrité corporelle. Si la relation médicale appelle une régulation juridique particulière, c'est précisément en raison de la *spécificité* que lui confère la place centrale qu'y occupent les droits fondamentaux du malade.

Il est à peine besoin de souligner la place prépondérante qu'occupent désormais les droits fondamentaux dans l'ordre juridique en général et dans l'approche renouvelée du droit médical en particulier⁹⁹. C'est ainsi que le droit fondamental à la protection de la santé semble peu à peu suppléer la traditionnelle obligation de soins, pierre angulaire de l'analyse contractuelle

97. Constat admiratif qui traverse un ouvrage passionnant que nous ne pouvons que conseiller : 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004.

98. Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT.

99. Parmi une très abondante bibliographie, mentionnons *Libertés et droits fondamentaux*, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), Dalloz, 10^e éd., 2004 (not. R. CABRILLAC, « Le corps humain », 157); adde J.-Ch. GALLOUX, « Le corps humain dans le Code civil », in 1804-2004. *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, précité, 381.

de la relation médicale¹⁰⁰. C'est ainsi également que le droit belge a fait un grand bond en avant, dont l'ampleur n'a peut-être pas encore été suffisamment mesurée, en concevant la fin de vie sous l'angle du droit fondamental et intime du malade plutôt qu'à l'aune de l'obligation du médecin¹⁰¹.

L'analyse en termes de droits fondamentaux elle-même paraît évoluer, dépendante qu'elle est par nature de la mise en regard de principes parfois contradictoires et tout autant dignes de protection. Le droit au respect de l'intégrité physique tend désormais à être perçu davantage comme une prérogative de *disposition* que d'opposition, rôle dans lequel il était autrefois confiné, comme l'illustre le célèbre adage *noli me tangere* — corollaire du *primum non nocere* du serment d'Hippocrate.

Autant la référence aux droits fondamentaux peut parfois sembler galvaudée, autant elle trouve ici toute sa pertinence. Elle permet en effet d'expliquer pourquoi un comportement, en soi non fautif, sera néanmoins sanctionné et pourquoi on attend parfois du praticien plus qu'un geste respectueux et irréprochable mais la garantie d'une absence de suites néfastes de son intervention. Dans cette optique, le traitement médical ne serait plus perçu comme un simple acte d'exécution d'un *contrat*, mais comme un geste qui saisit la personne tout entière, dans son universalité, et consiste en un rapport extra-patrimonial mettant en jeu ses droits fondamentaux¹⁰².

Il n'y a nulle distorsion d'un contrat si l'on veut bien admettre que c'est l'analyse en termes contractuels elle-même qu'il convient de dépasser pour garantir au droit sa pleine vocation protectrice. Placer la réflexion sur ce terrain y contribue.

Le dépassement de la notion de faute passe d'abord par les hypothèses traditionnelles de responsabilité objective **(A)** mais devrait, pensons-nous, de plus en plus s'illustrer par l'intervention des notions de sécurité **(B)** et de risque **(C)**. On ne peut toutefois aller jusqu'à l'indemnisation de l'aléa **(D)**. Tous ces aspects sont bien entendu intrinsèquement liés ; que la part d'arbi-

100. Rappr. l'article 23 de la Constitution qui garantit le droit aux soins en tant qu'élément de la dignité humaine.

101. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas. Variations sur le thème de l'autodétermination », *R.T.D.H.*, 2004, 5.

102. P. LOKIEC, *o.c.*, 654.

traire de la structure n'empêche pas les rapprochements, notamment quant aux produits fournis ou au matériel utilisé.

A. Cas traditionnels de responsabilité sans faute

32 La possibilité de retenir la responsabilité en raison d'un vice de la chose utilisée ou d'un défaut du produit employé illustre déjà la prise en compte d'un risque et l'exigence corrélative de sécurité du patient, puisqu'on se passe alors de la constatation d'une faute. L'évolution de la responsabilité du fait des choses pourrait au demeurant traduire en filigrane un passage au premier plan de cette exigence de sécurité que nous aborderons plus loin (*infra*, n^{os} 36 et s.).

De la preuve de l'existence d'un vice — qui n'est, à bien des égards, guère éloignée de celle d'une faute —, l'on est en effet passé, souvent sous l'impulsion européenne, à un régime où seul le défaut est requis¹⁰³, régime couplé ensuite avec l'exigence de *sécurité des produits*¹⁰⁴ et désormais avec le nouveau système de *garantie des biens de consommation*¹⁰⁵. Il conviendrait bien entendu d'examiner précisément les conditions d'application de ces différents textes, mais la tendance mérite, nous semble-t-il, d'être ici soulignée.

Dans l'état actuel des choses, deux régimes peuvent être appliqués en matière médicale : la responsabilité du fait des choses viciées (1) et des produits défectueux (2).

1. Vice de la chose utilisée

33 Conformément à l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, le patient pourra être indemnisé s'il démontre que son dommage est dû à une chose affectée d'un vice dont le médecin ou — plus fréquemment — l'hôpital a la garde, à charge alors pour celui-ci d'établir que le dommage (et non le vice) est dû à

103. Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 mars 1991, transposant en droit belge la directive européenne du 25 juillet 1985.

104. Loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

105. Loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004, transposant en droit belge la directive européenne du 25 mai 1999.

une cause étrangère : cas fortuit, force majeure, fait d'un tiers ou de la victime elle-même¹⁰⁶. Le vice peut être prouvé de manière positive ou déduit de l'absence de toute autre cause. Il s'agit, selon la jurisprudence constante bien connue, d'une circonstance anormale qui rend la chose, en certaines circonstances, susceptible de causer un préjudice, le vice pouvant également être déduit du mauvais comportement de la chose incriminée.

Par-delà la réflexion portant sur le fondement contractuel ou quasi-délictuel de la responsabilité, il est un point certain : le contrat ne portant — sauf exception — que sur les soins à recevoir, il reste assurément une place pour la responsabilité délictuelle d'un établissement de soins lorsque le dommage dont le patient demande réparation est survenu *en dehors* du cadre des soins.

La Cour de cassation française a eu l'occasion de le rappeler à propos de la chute d'une patiente dans le hall d'accueil d'un centre médical où elle avait rendez-vous pour une consultation, après qu'elle ait heurté une marche. Par un arrêt du **10 janvier 1990**¹⁰⁷, elle rejette le pourvoi contre un arrêt n'ayant pas retenu la responsabilité du centre. Il n'y a pas lieu, selon la Cour, d'envisager l'existence d'une obligation de sécurité, puisqu'on se situe dans le domaine extra-contractuel¹⁰⁸ : la sécurité du consommateur dans les locaux du prestataire est *étrangère à l'objet du contrat*. Il en va autrement lorsque le patient s'en est remis à l'homme de l'art et que les examens médicaux ont commencé. En bref, si le dommage

106. Jurisprudence constante ; voy. not. Cass., 13 mai 1993, *Bull.*, 1993, n° 235 ; Cass., 14 mai 1999, *Bull.*, 1999, n° 283. Voy. Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu/Bruylant, 1996, 497-508 et, sur les règles gouvernant la responsabilité du fait des choses viciées, not. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extra-contractuelle*, vol. I, Bruylant/Maklu, 1991, 480-546 ; L. CORNELIS et I. VUILLARD, « La responsabilité du fait des choses », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, t. III, l. 30. Cette responsabilité peut le cas échéant être combinée avec une responsabilité pour faute : Bruxelles, 17 novembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 331, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11904 (faute de manipulation d'un matériel qui s'avère de surcroît défectueux).

107. Cass. fr., 2^e civ., 10 janvier 1990, *R.T.D. Civ.*, 1990, 481, obs. P. JOURDAIN.

108. Ainsi que le relève le professeur JOURDAIN dans ses observations précitées (482-483), cette solution n'allait pas de soi et ne se situe pas dans la lignée de la jurisprudence antérieure de la Cour : dès lors que la victime peut être considérée comme le cocontractant de l'établissement où a lieu l'accident, ce qui était le cas en l'espèce, la jurisprudence française, sévère, tend à appliquer les règles de la responsabilité contractuelle — et, partant, à étendre l'empire de l'obligation de sécurité de moyens — à tout accident survenant dans l'enceinte de cet établissement.

est *nécessairement lié au contrat*, la question de l'existence et de la nature de l'obligation de sécurité du débiteur se pose ; il en est ainsi lorsque l'exécution de la prestation contractuelle génère en elle-même des risques de dommages corporels, ce qui est évidemment le cas en matière médicale. Dans cette espèce, le dommage aurait pu se produire dans n'importe quelle autre occasion ; il n'est dès lors pas lié à l'objet du contrat et ne doit pas être soumis aux règles de la responsabilité contractuelle.

D'autre part, rappelle à juste titre la Cour de cassation française dans cette décision, la victime qui invoque l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil doit établir le *lien de causalité* entre la marche dont le centre était gardien et son dommage. La Cour approuve l'arrêt déféré en ce qu'il avait retenu qu'elle n'apportait pas cette preuve dont la charge lui incombait, en d'autres termes qu'elle n'établissait pas que la chose inerte qu'elle incriminait avait été l'instrument actif de son dommage.

34 Il apparaît que la jurisprudence faisant application de l'article 1384, alinéa 1^{er} n'est pas très abondante.

Matériel insuffisamment désinfecté : dans ce qui reste à notre connaissance la seule décision publiée spécifiquement relative à une infection nosocomiale, le tribunal de première instance de Liège, après avoir rappelé que « le caractère aléatoire des obligations médicales implique que les obligations de moyens constituent la règle et les obligations de résultat l'exception », retient « qu'une distinction doit être faite entre l'exécution d'un acte médical, prestation manuelle ou intellectuelle dont le résultat est incertain, et l'utilisation de choses qui, bien qu'elles doivent aider à la réalisation de l'acte médical, n'impliquent aucun aléa. Aussi, à défaut d'aléa, l'utilisation d'un matériel dont il est prouvé qu'il n'était pas ou était insuffisamment désinfecté suffit, en cas de réalisation du dommage, à entraîner la responsabilité du gardien du matériel sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil » (Civ. Liège, 7 janvier 2002, R.G.A.R., 2002, n° 13573).


Appareils défectueux : pour écarter la responsabilité du médecin, la cour d'appel de Gand constate qu'il a contrôlé les appareils litigieux avant l'opération et ne les a pas utilisés de manière fautive. Mais l'hôpital est jugé responsable en tant que gardien desdits appareils défectueux, dont il est propriétaire, sur la base de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil ; le vice de l'appareil peut être déduit de manière indirecte du comportement anormal de la chose, puisque toute autre cause fait défaut

(Gand, 4 mai 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 53 ; dans le même sens, Civ. Mons, 8 décembre 1999, *Bull. ass.*, 1992, 281).

Toujours à Gand, le tribunal de première instance estime (Civ. Gand, 27 novembre 2000, *Intercontact*, 2001, 6, reflet H. FELIX) que la clinique a comme devoir de mettre du matériel convenable à la disposition du médecin/chirurgien. Une clinique qui prend un risque car elle sait qu'un appareil n'offre pas assez de sécurité en matière de prévention d'accidents de brûlures et qu'entre-temps d'autres sécurités ont été développées, mais met néanmoins cet appareil à la disposition du chirurgien, doit assumer la responsabilité de ce risque et indemniser le dommage qui en résulte.

La cour d'appel de Liège a eu à deux reprises l'occasion de retenir la responsabilité de l'hôpital, propriétaire et gardien d'une installation défectueuse, à la suite de la brûlure du patient causée par une défaillance d'isolation d'un bistouri électrique (Liège, 3 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 346 ; Liège, 24 octobre 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, 42, qui absout le chirurgien car il n'a pu apercevoir la défectuosité de l'équipement et n'a pas eu connaissance de défaillances antérieures).

2. Défaut du produit employé

 La piste ouverte par la directive européenne n° 85/374 du 25 juillet 1985 et la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux semble curieusement délaissée par les plaideurs. On ne voit cependant pas pourquoi le régime de responsabilité objective qu'elles instaurent ne pourrait trouver à s'appliquer ici¹⁰⁹.

Rappelons que dans ce régime, le producteur (auquel peut être assimilé le fournisseur si le véritable producteur ou l'importateur ne peuvent

109. Sur ce régime, voy. not. L. CORNELIS, *o.c.*, 547-618 ; M. FALLON, « La loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *J.T.*, 1991, 464 ; Th. VANSWEEVELT, « De wet van 25 februari 1991 inzake produktaansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1992, 96 et 184 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des produits en Belgique », *E.I.P.R.*, 1994, 203 ; M. VON KUEGELGEN, « La loi du 25 février 1991 sur la responsabilité du fait des produits défectueux dans ses rapports avec le droit commun de la vente », *C.U.P.*, mars 1997, vol. XV, 59 ; E. MONTERO et J.-P. TRIAILLE, « La responsabilité du fait des produits en Belgique après l'adoption de la loi du 25 février 1991 », *D.C.C.R.*, 1991-1992, 678 ; B. DUBUISSON, « La notion de défaut dans la directive européenne du 25 juillet 1985 », *D.C.C.R.*, 1988-1989, 76 ; C. CAILLÉ, « Responsabilité du fait des produits défectueux », *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité civile, 1999.

être identifiés ; art. 3 et 4 de la loi) est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, lequel sera défectueux, au sens de l'article 5, s'il « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances et notamment : de la présentation du produit ; de l'usage normal ou raisonnablement prévisible du produit ; du moment auquel le produit a été mis en circulation »¹¹⁰.

Il appartient à la victime — cocontractant ou tiers — d'apporter la preuve du défaut, du dommage et du lien de causalité entre ce défaut et ce dommage (art. 7).

Le producteur trouve dans l'article 8 de la loi les causes d'exonération dont il peut se prévaloir, notamment s'il peut établir que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics ou que l'état des connaissances techniques et scientifiques au moment de la mise en circulation du produit ne lui permettait pas de déceler l'existence du défaut. Ces causes d'exonération sont plus étroites que dans le système de l'article 1384, alinéa 1^{er} ; il s'agit là de l'un des principaux avantages de ce régime spécifique de responsabilité *objective*, en ce sens que toute référence à une faute éventuelle en est absente.

La loi belge ne comporte aucune disposition spécifique concernant l'activité médicale, au contraire de la loi française du 19 mai 1998 transposant la directive et insérant les articles 1386-1 à 1386-18 dans le Code civil français¹¹¹. L'article 1386-12, alinéa 1^{er}, prévoit en effet que le producteur ne pourra invoquer la cause d'exonération constituée par ce que l'on appelle le « risque de développement »¹¹² lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci. Aux termes de

110. Une obligation de sécurité, de résultat, est ainsi mise à la charge du producteur (Ch. LARROUMET, « La notion de risque de développement, risque du XXI^e siècle », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, 1591-1592, n° 1613).

111. P. JOURDAIN, « Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *J.C.P.N.*, 1999, 1089 ; G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.*, 1998, chr., 291 ; Fr. CHABAS, « La loi du 19 mai 1998 et le droit commun », *Gaz. Pal.*, 1999, doct., 565.

112. Sur cette notion et sur la question de savoir si elle constitue une véritable cause d'exonération, voy. Ch. LARROUMET, art. précité, 1589.

l'article 15 de la directive, cette cause d'exonération était facultative, en ce sens que les États pouvaient décider de ne pas l'inclure dans leur législation.

Le législateur français a donc expressément intégré les éléments et produits du corps humain parmi ceux pouvant être qualifiés de défectueux en précisant, à leur propos, que l'exonération pour risque de développement n'est pas admise. Cela est conforme à la jurisprudence française relative aux transfusions sanguines, qui retenait déjà que les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée. Le vice interne du sang, *même indécélable*, ne constitue pas pour l'organisme fournisseur pareille cause étrangère, pourvu que l'on vérifie si la clinique, tenue d'une obligation de prudence et de diligence dans la fourniture des produits sanguins livrés par un centre de transfusion, avait la possibilité de contrôler la qualité du sang transfusé¹¹³.

Ce faisant, le législateur français s'est montré nuancé et, du reste, n'a pas veillé à respecter scrupuleusement le prescrit européen — au contraire de son homologue belge qui s'est contenté de recopier fidèlement le texte de la directive —, ce qui a entraîné la condamnation de la France¹¹⁴. Il ne nous

113. Cass. fr., 1^e civ., 12 avril 1995, *J.C.P.*, 1995, II, 22467, note P. JOURDAIN ; Cass. fr., 1^e civ., 9 juillet 1996, *D.*, 1996, jur., 610, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; Cass. fr., 1^e civ., 27 mai 1997, *Contrats Conc. Consom.*, 1997, n° 145, obs. L. LEVENEUR ; du même auteur, « SIDA post-transfusionnel et responsabilité : obligation de résultat ou de moyens pour les fournisseurs de sang ? », *Contrats Conc. Consom.*, 1995, chr. n° 9. Comp., exigeant la preuve par le centre que les produits fournis étaient exempts de tout vice : Cass. fr., 1^e civ., 9 mai 2001, *D.*, 2001, 2149, rapport SARGOS, plusieurs fois répété depuis lors. Le Conseil d'État retient également une responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine pour les conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis (C.E. fr., 26 mai 1995, *A.J.D.A.*, 1995, 577). Voy. Ch. DALCQ et Fr. TULKENS, « La transmission du virus du sida à l'occasion de transfusions sanguines et la responsabilité civile : enseignements de la jurisprudence française », in *Mélanges R.O. Dalcq*, Larcier, 1994, 67 ; R. SAVATIER, *De sanguine jus*, *D.*, 1954, chr., 141 ; M.-A. HERMITTE, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996, sp. 226 et s. ; adde A.-M. CASTERET, *L'affaire du sang*, La Découverte, 1992.

114. C.J.C.E., 25 avril 2002, Commission c. République française, n° C-52/00, *D.*, 2003, somm., 463, obs. D. MAZEAUD, *D.*, 2002, 2462, note Ch. LARROUMET, « Les transpositions française et espagnole de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux devant la C.J.C.E. » ; J. CALAIS-AULOY, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.*, 2002, 2458 ; G. VINEY, « L'interprétation par la C.J.C.E. de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *J.C.P.*, 2002, I, 177.

est pas possible d'entrer en détail dans ces questions à la fois techniques et bioéthiques qui ont fait couler beaucoup d'encre chez nos voisins. Relevons simplement que la responsabilité objective du fait des produits de santé défectueux s'y installe peu à peu ¹¹⁵. L'insertion de ce régime dans la matière examinée reste à faire en Belgique.

La jurisprudence concernant les prothèses offre un terrain propice à l'irruption de ce régime en matière médicale, où elle n'a quasiment pas encore fait son apparition, à l'exception d'une affaire ayant donné lieu à un **arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2003** ¹¹⁶.

Une enfant est soignée par le port d'un appareil dentaire composé d'un arc facial extra-oral relié par des élastiques à un casque muni de crochets. L'enfant retire l'appareil de sa bouche sans détacher préalablement les élastiques qui le maintenaient sous tension ; l'appareil lui glisse des mains et l'une des tiges lui perfore l'œil. Les parents assignent le dentiste et le fournisseur de l'appareil en invoquant notamment la loi du 25 février 1991. Conformément au système de la loi, le fournisseur appelle à la cause l'importateur et le fabricant, société italienne. Le tribunal décide que la preuve d'un défaut du produit n'est pas rapportée. La cour d'appel de Liège, par un arrêt du 4 avril 2001, fait partiellement droit à la demande en tant que dirigée contre la société fabricante, condamne celle-ci à réparer la moitié du dommage, l'autre moitié étant délaissée aux demandeurs en conséquence de la faute commise par l'enfant, et ordonne une expertise ¹¹⁷.

115. A. LAUDE, « La responsabilité des produits de santé », *D.*, 1999, chr., 189 ; E. FOUASSIER et H. VAN DEN BRINK, « Produits de santé défectueux : premières applications des articles 1386-1 et s. du Code civil », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, 11 ; N. JONQUET, A.-C. MAILLOLS et F. VIALLA, « Les victimes de produits de santé épargnées par la C.J.C.E. Réflexion sur la portée des arrêts du 25 avril 2002 sur la responsabilité du fait des produits de santé », *D.*, 2003, 1299.

116. Cass., 26 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, 260, *N.J.W.*, 2004, 271, obs. I.B. Notons qu'il s'agit là du seul arrêt rendu par la Cour à propos de la responsabilité du fait des produits défectueux, toutes matières confondues.

117. Pour qualifier l'appareil de défectueux et condamner la société fabricante, la cour d'appel retient que, par le fait qu'il nécessitait « l'utilisation d'élastiques dont le système de fixation présentait un danger essentiellement pour les jeunes enfants », l'arc facial était affecté d'un défaut à l'origine du dommage et que « l'usage du produit était susceptible de causer un dommage raisonnablement prévisible dans la mesure où il était destiné notamment à de jeunes enfants qui ne sont généralement pas en mesure d'apprécier les risques d'utilisation ; que si (l'enfant) a commis une imprudence en voulant retirer l'appareil litigieux de sa bouche sans avoir préalablement détaché les élastiques qui le maintenaient sous tension, cette circonstance n'est pas évasive de responsabilité dans le chef du producteur qui ne pouvait ignorer le risque que présentait pareil appareil, nonobstant les conseils de prudence normalement prodigués aux jeunes utilisateurs ».

La société fabricante forme un pourvoi pris, en substance, de la méconnaissance de la notion de défaut au sens de l'article 5 de la loi, l'arrêt ayant à ses yeux confondu le défaut et le *risque* ou le *danger* que présentait l'appareil litigieux, lequel avait été dûment porté à la connaissance de l'enfant et de ses parents qui avaient reçu toutes les instructions nécessaires quant aux précautions à adopter. La Cour rejette le pourvoi en se bornant à considérer que par les considérations précitées, la cour d'appel a légalement justifié sa décision que l'appareil n'offrait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre. Cet arrêt n'est donc pas d'un grand enseignement puisque, si la Cour se réserve de contrôler la notion légale de produit défectueux, elle renvoie en quelque sorte à la motivation du juge du fond qui, en l'espèce, n'était pas exempte de reproches puisqu'elle semblait verser dans la confusion dénoncée.

Quoiqu'il en soit, il n'existe à notre estime aucune raison d'exclure les appareils et instruments médicaux du régime de responsabilité objective du fait des produits défectueux¹¹⁸. Il serait bon d'y penser, vu son caractère favorable pour la victime.

Le tribunal de première instance de Bruxelles vient d'être invité à appliquer la loi du 25 février 1991 dans une espèce où la victime établissait, par plusieurs documents médicaux, que la prise d'un certain médicament avait entraîné chez elle une surdité complète et divers troubles annexes ; le tribunal se déclare convaincu par la certitude de ce lien causal. Par un **jugement du 10 février 2005** encore inédit (*J.L.M.B.*, 2005, à paraître), le tribunal constate que la notice du médicament en question mentionnait la possibilité de troubles auditifs *réversibles* tandis que le *compendium* destiné aux professionnels relevait que lesdits troubles s'étaient avérés réversibles *dans la majorité des cas*. Ceci conduit le tribunal à décider que les consommateurs n'ont « manifestement pas été correctement informés du risque de troubles irréversibles de l'ouïe pouvant être consécutifs à la prise du médicament litigieux, dont (la société pharmaceutique) avait pourtant connaissance », de sorte que ce médicament était défectueux au sens de l'article 5 de la loi du 25 février 1991 — qui, pour

118. En ce sens : Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruylant/Maklu, 1996, 527-531 ; du même auteur, sur tout ce qui précède, « La responsabilité du médecin et de l'hôpital pour les dommages causés par le fait de choses défectueuses », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, précité, dossier 25bis, 30 ; P.-H. DELVAUX et L. VANDENHOUTEN, « La responsabilité du fait des produits de santé », in *Actualités du droit de la santé*, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1999, 199.

rappel, prévoit que la présentation inadéquate, incomplète ou erronée d'un produit, notamment dans les notices destinées au consommateur, peut être constitutive d'un défaut.

B. Exigence de sécurité

La notion de sécurité est de plus en plus fréquemment mise en avant à l'heure actuelle, non seulement en droit médical mais également dans d'autres matières dominées par une même approche consumériste. Cette notion a un contenu et une portée certains et pourrait nettement contribuer à une évolution de la responsabilité, comme on le constate en France. Il importe pourtant de la cerner correctement et de ne pas y recourir inconsidérément.

Il est acquis depuis longtemps que la sécurité physique du patient doit être protégée (1) ; il est plus nouveau d'appliquer cette exigence aux choses utilisées par le médecin (2).

1. Sécurité physique du patient

C'est en général la responsabilité de l'hôpital qui est ici en cause. Le domaine — restreint — de la sécurité physique du patient fut le premier où la jurisprudence n'hésita pas à franchir le pas vers la reconnaissance d'une obligation de sécurité, toutefois qualifiée en règle d'obligation de moyens. Il importe en effet de préciser qu'obligation de sécurité et obligation de résultat ne sont pas synonymes : la qualification de sécurité vise le contenu de l'obligation, celle de résultat concerne son intensité¹¹⁹.

On distinguera, en évoquant la jurisprudence, les exigences applicables dans toute institution hospitalière généralement quelconque et les mesures de protection particulières à prendre à l'égard d'internés psychiatriques.

56 En milieu hospitalier traditionnel, les premières hypothèses où l'obligation de sécurité a émergé avaient trait à des chutes de patients, notamment

119. S. HOCQUET-BERG, « Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité de résultat », *Gaz. Pal.*, 7-8 mai 1999, 20.

de tables d'examens ou de radiographies ¹²⁰. Si, dans pareil contexte, la maladresse ou l'inconscience du malade constituent pour l'hôpital une cause étrangère libératoire, on exigera de celui-ci qu'il adopte les mesures de précaution nécessaires en fonction de l'état, tant physique que psychologique, du destinataire des examens.

Un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 21 novembre 1996 (*J.L.M.B.*, 1997, 1530, *R.G.A.R.*, 1998, n° 12980, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 42) pose clairement que « les établissements hospitaliers assument une *obligation de sécurité* à l'égard de leurs patients. Cette obligation implique d'éviter que des accidents ne leur surviennent. Il s'agit d'une obligation de moyens qui ne crée aucune présomption de faute dans le chef de l'établissement hospitalier en cas d'accident. Il incombe au demandeur de démontrer le défaut de surveillance appropriée de la part du personnel de l'hôpital ». Toutefois, selon cette décision, « la responsabilité de l'institution hospitalière doit être appréciée *plus sévèrement* lorsque celle-ci a sous sa garde des patients incapables de se gérer eux-mêmes. Ceci est valable pour les malades mentaux et pour tous les malades dont l'état rend la survenance d'un acte dangereux pour leur sécurité davantage prévisible que pour un patient ordinaire » (il s'agissait en l'espèce d'un patient « atteint de tabagisme et d'éthylisme » qui mit le feu à son matelas et à sa literie en fumant une cigarette au lit ; 2/3 de la responsabilité sont mis à sa charge et 1/3 à celle de l'hôpital).

Bruxelles, 16 mars 1995, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12750, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, 105, note R. VERMEIREN : « on ne peut exiger d'une personne malade qui vient passer un examen radiographique le même comportement de prudence qu'une personne normale devrait adopter lorsqu'elle descend de la table où a lieu l'examen. L'angoisse de l'examen, la position adoptée durant celui-ci et l'état de santé de la personne peuvent créer des troubles vasomoteurs susceptibles d'altérer son équilibre physique ou nerveux. Le médecin a commis une imprudence en *s'abstenant d'informer la malade* du risque éventuel de malaise ou de chute ».

Deux décisions de la cour d'appel d'Anvers méritent également d'être citées. La première (Anvers, 16 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 221) concerne des exercices de kinésithérapie. La cour d'appel retient qu'en termes de sécurité, aucune obligation de résultat relative aux exercices effectués avec les patients ne pèse sur le personnel hospitalier et

120. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, précité, 144-145, n° 174 ; voy. *infra*, n° 39, l'évolution en France vers la reconnaissance à cet égard d'une obligation de sécurité de résultat.

notamment sur les kinésithérapeutes. Une chute d'un patient n'apporte pas en soi la preuve d'une faute. L'on peut toutefois attendre de ces paramédicaux qu'ils prennent les mesures indispensables pour que les exercices puissent se dérouler en toute sécurité. Il y a lieu dans ce cadre de tenir compte tant de la nature des exercices que des possibilités des patients concernés (étant jugé en l'espèce que le thérapeute a agi à la légère en soumettant les patients à des exercices au-dessus d'une corde tendue à une hauteur de 80 cm sur un sol inégal et sans tapis).

Dans la seconde (Anvers, 14 septembre 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, 225, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 218), c'est l'infirmière qui était mise en cause. L'arrêt pose que l'hôpital est responsable du dommage résultant de la faute de l'infirmière qu'il a préposée pour l'exécution de la mission de surveillance et de sa propre faute dans l'organisation de la surveillance. L'obligation de garde d'un hôpital vis-à-vis de ses patients, à savoir l'obligation de veiller à leur sécurité, est une obligation de moyens. La surveillance doit correspondre à celle d'un hôpital consciencieux et prudent, placé dans les mêmes circonstances. Vis-à-vis de patients d'un service de soins intensifs cependant, une vigilance plus qu'habituelle est de mise. Une infirmière qui, dans sa mission de surveillance, ne remarque pas la fuite par la fenêtre d'une personne de 73 ans, patient « assez confus » ayant subi une grave intervention chirurgicale, n'a pas agi comme une infirmière normalement prudente et consciencieuse placée dans les mêmes circonstances.

On renverra encore vers Anvers, 22 mai 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 386 (responsabilité de l'hôpital pour chute d'un brancard) ; Bruxelles, 18 janvier 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 347 (pas de responsabilité du médecin pour une glissade du patient dans son cabinet).

37 En milieu **psychiatrique**, la surveillance doit être renforcée et la reconnaissance d'une obligation de sécurité est intrinsèquement fonction du *risque particulier* que les internés peuvent faire courir à eux-mêmes ou à autrui — on voit donc apparaître en filigrane les notions de risque et de précaution. On attend de l'institution qu'elle réduise ce risque au maximum¹²¹. Si cette

121. Ce ne sont pas les seuls cas de responsabilité envisageables concernant cette patientèle particulière : Anvers, 24 novembre 1993 (*Limb. Rechtsl.*, 1994, 12) retient une faute dans l'organisation générale de l'hôpital déduite de ce qu'il ne disposait pas de l'infrastructure et de l'aménagement requis pour assurer en toute sécurité les soins et le traitement d'un patient psychiatrique.

obligation de sécurité reste de moyens, elle est appréciée avec *rigueur*¹²², notamment en fonction des antécédents spécifiques du malade considéré ; elle nécessite l'adoption de mesures de précaution particulières.

Gand, 10 septembre 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 128 : l'hôpital et le personnel soignant devaient savoir qu'héberger au premier étage une patiente instable et agressive, avec une fenêtre facile à ouvrir juste à côté de son lit, *comportait un risque*. Après avoir constaté que la patiente avait su se défaire de ses attaches, il était fautif, dans le chef du personnel soignant, de se contenter d'une seule attache identique et de laisser la patiente seule dans cette chambre. Vu l'état psychique de la patiente, des *mesures de précaution particulières en matière de surveillance* devaient être prises. Son placement au premier étage dans un lit contigu à une fenêtre qu'elle n'avait qu'à ouvrir pour céder à son désir de fuite était irresponsable¹²³.

Mons, 28 avril 1998, *Bull. ass.*, 2003, 152, note V. DE SMET : la patiente qui, de nuit, parvient à se jeter par la fenêtre de sa chambre ne prouve *aucune faute* en relation causale avec le dommage, ni du médecin psychiatre qui a prescrit les soins à donner, ni du personnel du C.P.A.S. chargé d'exécuter les instructions du psychiatre. Le psychiatre, résident de garde dans un établissement du C.P.A.S., peut légitimement supposer que le traitement qu'il a prescrit sera normalement administré par le personnel de l'établissement. L'obligation de moyens de la clinique psychiatrique, quant à la sécurité du malade, *doit être appréciée avec rigueur*. L'établissement de soins est responsable lorsque la défenestration est due à l'inefficacité et au placement incorrect de la ceinture de contention¹²⁴.

Au-delà de ces applications ponctuelles, l'exigence de sécurité ne pourrait-elle être appelée à *s'épanouir plus largement* ?

122. La Cour de cassation le confirme dans un arrêt du 8 octobre 1999 (*Bull. ass.*, 2003, 152, note V. DE SMET).

123. Voir aussi Anvers, 19 janvier 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 309 ; Anvers, 20 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 369 (*a contrario*) ; Civ. Tongres, 15 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, 362 ; Civ. Bruges, 10 juin 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 41 ; Civ. Tongres, 13 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, 313 ; Civ. Ypres, 7 avril 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 196 (obligation de sécurité de moyens « qui doit être appréciée avec la sévérité nécessaire »).

124. Pourvoi rejeté aux motifs « qu'est correctement motivé l'arrêt qui énonce que la défenestration trouve en premier lieu son origine dans le mauvais aménagement des lieux et la faiblesse des systèmes de fermeture des fenêtres. Indépendamment de la responsabilité éventuelle du médecin, la responsabilité de la clinique peut être recherchée sur la base d'une faute personnelle dans l'exécution de l'obligation contractuelle de faire donner convenablement les soins » (Cass., 8 octobre 1999, précité).

2. Sécurité des appareils, produits, médicaments et dispositifs médicaux

30 Cette revendication nous paraît intrinsèquement liée à la protection de la partie réputée faible, à la prise en compte du risque et à la garantie des droits fondamentaux. Elle est évidemment d'une grande importance dès lors qu'il n'y a guère de traitements ou d'interventions médicaux qui ne fassent intervenir semblables dispositifs. Il est banal d'observer l'émergence à l'heure actuelle d'une série de revendications sécuritaires qui sont autant d'illustrations de la tendance consumériste empruntée par le droit depuis une vingtaine d'années. La jurisprudence, notamment française, a ainsi eu l'occasion d'imposer une obligation de sécurité, en général sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, en matière de transport routier ou aérien, de compétitions sportives, d'hébergement hôtelier, etc.

En droit médical, cette orientation trouve un appui dans la *loi sur les droits du patient* dont on peut dire qu'elle saisit ce dernier comme *consommateur* d'un service médical et hospitalier autorisé à faire valoir certaines revendications à son égard. Encore faudra-t-il bien sûr que le patient démontre que ce sont bien les dispositifs incriminés qui sont à la source de son dommage.

La **jurisprudence française** s'est sur ce point fixée en adoptant un régime strict. Nous allons désormais nous y référer de manière plus systématique en vue de mettre en lumière les indéniables apports qu'elle est susceptible de fournir. Il convient toutefois de veiller à faire la part des choses et d'introduire d'emblée une précision importante.

Une distinction fondamentale domine la jurisprudence française en matière de responsabilité médicale : la responsabilité des hôpitaux *publics*, soumise aux juridictions administratives et donc au Conseil d'État, et celle des médecins libéraux et des cliniques privées, qui suit le même schéma que chez nous. Lorsqu'il se fait soigner dans un hôpital public, le patient n'est pas perçu comme un contractant mais comme *l'utilisateur d'un service public*. Il sera alors mieux protégé, parce que la responsabilité des institutions publiques de soins est, comme celle de toute collectivité publique, à la charge de l'État et donc financée collectivement. On comprend donc que le Conseil d'État soit moins réticent que la Cour de cassation, qui s'adresse à des parti-

culiers ou à leurs assureurs, lorsqu'il s'agit de durcir le régime de responsabilité. On le constatera à propos de l'aléa thérapeutique.

39 S'agissant toutefois de l'obligation de sécurité, l'appréciation est *la même* dans les deux ordres de juridictions et l'on aurait donc tout intérêt à s'en inspirer. Dans l'état actuel de la jurisprudence du **Conseil d'État français**, l'hôpital est responsable, *même en l'absence de faute de sa part*, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise¹²⁵. Le principe est donc l'obligation de résultat, sans toutefois que celle-ci soit expressément qualifiée d'obligation de sécurité, au rebours de la formulation retenue par la jurisprudence judiciaire.

Comme en matière d'infection nosocomiale (*infra*, nos 45 et s.), la **Cour de cassation** a affirmé que le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, *une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit*¹²⁶. Une telle obligation de sécurité de résultat existe également — et ici elle vise aussi le médecin lui-même — quant au *matériel utilisé pour l'exécution d'un acte d'investigation ou de soins* (en l'espèce une table d'opération)¹²⁷.

Dans ce second arrêt, la Cour confirme donc que l'utilisation d'un *matériel en bon état* peut être constitutive d'une obligation de sécurité qualifiée de résultat — pourvu, rappelle l'arrêt, que le patient démontre que le

125. C.E. fr., 9 juillet 2003, *D.*, 2003, 2341, *A.J.D.A.*, 2003, 1946, note M. DEGUERGUE, « La responsabilité du fait des produits et appareils de santé défectueux à l'hôpital ». La même règle avait déjà été formulée en matière de transfusion sanguine. En l'espèce, la défaillance d'un respirateur artificiel engage, sans préjudice d'un éventuel recours en garantie contre le fabricant de cet appareil, la responsabilité de l'hôpital, par ailleurs non fautif, à réparer le préjudice qui en résulte. La haute juridiction substitue ce motif, qu'elle qualifie d'ordre public, au motif retenu par l'arrêt attaqué qui avait relevé que la défaillance du matériel utilisé faisait *présumer une faute* dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier.

126. Cass. fr., 1^e civ., 7 novembre 2000, *D.*, 2001, somm., 3085, obs. J. PENNEAU, *Contr. Conc. Cons.*, janvier 2001, 13, n^o 4, note, *Defr.*, 2001, art. 37309, n^o 19, obs. E. SAVAUX.

127. Cass. fr., 1^e civ., 9 novembre 1999, *D.*, 2000, jur., 117, note P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2000, I, 199, obs. G. VINEY, *J.C.P.*, 2000, II, 10251, note Ph. BRUN, *Defr.*, 2000, 251, note D. MAZEAUD, *Rev. gén. dr. méd.*, 2000, 89, rapport SARGOS, note C. CAILLE.

matériel incriminé est à l'origine de son dommage. L'affaire concernait un accident consécutif à la chute d'une patiente d'une table de radiographie et se rapprochait en cela des hypothèses classiques examinées plus haut — mais la position est ici généralisée. La Cour ajoute, illustrant la nécessaire dualité du raisonnement, que « dans l'accomplissement de l'examen radiographique lui-même, le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyens » avant de conclure qu'en l'espèce, aucune négligence ne peut lui être imputée.

Dès lors qu'il est établi que les produits administrés au patient ou les matériels employés sur sa personne sont à l'origine du dommage qu'il subit, la responsabilité de l'institution de soins ou du médecin existe, même en l'absence de faute dans son chef.

En pur droit de la responsabilité civile, cette position de la haute juridiction française pourrait paraître manquer d'orthodoxie. En effet, *aucun vice ou défaut* du produit mis en cause (en l'espèce un désinfectant) n'était allégué¹²⁸. En l'absence d'erreur (de manipulation, de dosage, d'entretien du matériel, etc.), de défaut et de vice, comment expliquer autrement cette orientation que par l'affirmation d'une *revendication sécuritaire protectrice*, ici traduite par la consécration générale d'une obligation de sécurité de résultat relativement au matériel utilisé ?

On se rapproche certes de la réalisation d'un risque aléatoire. Mais un risque qui peut être *maîtrisé*, ou du moins que l'on impose au médecin ou à l'institution de maîtriser — en droit, sinon en fait. On n'accepte plus qu'un simple *objet*, même correctement manipulé, mette en péril l'intégrité physique du malade. La tendance semble identique en droit belge, même si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion ou l'audace de l'affirmer. À défaut d'intervention d'un produit ou matériel, la jurisprudence française confirme en revanche l'absence de garantie de l'aléa thérapeutique, ainsi qu'on le verra plus loin (*infra*, n^{os} 50 et s.).

128. Comp. Cass. fr., 1^e civ., 3 mars 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10049, rapport SARGOS ; Cass. fr., 1^e civ., 28 avril 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10088, rapport SARGOS, où la Cour, à propos de produits à finalité sanitaire, interprète le droit français à la lumière de la directive du 25 juillet 1985 et de la notion de défaut qu'elle contient ; P. SARGOS, « L'information sur les médicaments : vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités », *J.C.P.*, 1999, I, 144.

La cour d'appel de Paris a cru pouvoir aller plus loin en décidant que l'obligation de moyens, applicable en cas d'échec de l'acte de soins, compte tenu notamment de l'état du malade et de l'aléa inhérent à toute thérapie, n'est pas exclusive d'une obligation accessoire, qui en est la suite nécessaire, destinée à assurer la *sécurité* du patient. Selon la cour, le chirurgien a ainsi une obligation de sécurité qui l'oblige à réparer le dommage causé à son patient *par un acte chirurgical nécessaire au traitement, même en l'absence de faute*, lorsque le dommage est *sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état*¹²⁹. La position est plus générale puisqu'il n'est plus fait référence à un produit ou matériel. Elle est condamnée par la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation qui exclut très nettement l'indemnisation du dommage consécutif à la réalisation d'un « pur » aléa thérapeutique.

C. Prise en compte du risque

40 Nous entrons ici de plain pied dans un secteur aux contours encore incertains mais pétri de virtualités dont il reste à prendre la mesure. Dans maints domaines de la vie sociale, la gestion des risques par le droit apparaît comme l'un des défis des années à venir. D'une certaine manière, on perçoit ici comme un écho aux réflexions doctrinales du tournant du siècle dernier : dans un contexte industriel naissant où la prise en charge des dommages est apparue comme une nécessité, la *théorie du risque* fut élaborée en vue de déplacer le fait générateur de responsabilité de la faute vers le risque créé par une activité et donc d'objectiver cette responsabilité. Cette optique n'a cependant jamais été suivie par la jurisprudence car elle se heurtait à plusieurs reproches qui apparurent décisifs¹³⁰.

Il reste que l'idée d'une responsabilité *à base de risque* et non de faute n'est certainement pas nouvelle. Du reste, de nombreuses lois spéciales font application de la théorie du risque, en vertu de laquelle la responsabilité est

129. Paris, 15 janvier 1999, *J.C.P.*, 1999, II, 10068, note L. BOY, *J.C.P.*, 1999, I, 147, n° 12, chr. G. VINEY, *J.C.P.*, 2000, I, 255, n° 17, *Gaz. Pal.*, 16 juin 1999, concl. TERRIER-MAREUIL, *Petites Aff.*, 15 juin 1999, note S. HOCQUET-BERG, *J.T.*, 1999, 790, note R.O. DALCQ.

130. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, P.U. Bruxelles, 3^e éd., 1996-1997, vol. 2, 433-434.

engagée sans démonstration d'une faute¹³¹. S'agissant du droit médical, il y a là une réflexion que nous voudrions esquisser mais qui mériterait d'être approfondie, tant ses impacts pratiques potentiels paraissent évidents.

Il convient tout d'abord de se demander si le risque et son corollaire, l'exigence de précaution, peuvent fonder la responsabilité en cette matière (1) tout en constatant que l'on perçoit des signes en ce sens, notamment en ce qui concerne le diagnostic prénatal (2) ou les infections nosocomiales (3).



1. Risque et précaution comme faits générateurs de responsabilité en matière médicale ?

De pénétrantes réflexions, tant juridiques que philosophiques, se font jour depuis quelques années au sujet de la prise en compte du risque dans le débat politique et sociétal ainsi que dans la régulation juridique¹³². C'est dire l'importance de prendre conscience des changements que traversent nos sociétés et la nécessité d'approfondir les champs de réflexion qu'ils ont suscités, tant « les mutations accélérées que nous vivons sont sans issue rationnelle unitaire »¹³³.

131. R.O. DALCQ, « Une révision législative des articles 1382 à 1386 du Code civil : Est-elle souhaitable ? », in *Liber memorialis François Laurent*, Story-Scientia, 1989, 473. L'idée fait son chemin en droit médical, comme en témoigne l'article 29 de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine (M.B., 18 mai 2004) qui met à la charge du promoteur une responsabilité sans faute, impérative, pour les dommages causés au participant et « liés de manière directe ou indirecte à l'expérimentation ». Nous renvoyons au commentaire de E. LANGENAKEN, *J.T.*, 2005, à paraître.

132. Sur la mesure dans laquelle le droit de la responsabilité contribue « à une répartition plus équitable et plus conforme à l'intérêt général des risques inhérents à toute activité dangereuse » et sur l'apparente nécessité « de remettre en question un modèle (l'équivalence des conditions) qui n'a jamais été adéquat parce qu'il étend une méthode empruntée aux sciences naturelles à une discipline herméneutique dont le concept-clé, celui de faute, est emprunté à la morale », voy. F. RIGAUX, « Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité », in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Larcier, 1994, 507.

133. J. CLAM, « Droit et régulation d'une société de changement : perspectives sociologiques », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (éd.), LGD, coll. Droit et société, 1998 ; Ch. BYK, « Le monde du droit face aux sciences de la vie. Société du risque, droit et démocratie », *J.C.P.*, 2002, I, 164 ; F. EWALD et D. KESSLER, « Les noces du risque et de la politique », in *Risque et démocratie*, Le Débat, 2000, n° 109, 55.

C'est dire surtout l'intérêt très vif d'une *approche juridique renouvelée* de ces questions. L'enjeu est de déterminer pourquoi et comment le droit peut exercer son emprise sur le champ scientifique perçu dans sa globalité ; comment, en l'espèce, il peut permettre le *contrôle d'un pouvoir*, selon les termes en lesquels le débat nous semble devoir être posé (*supra*, n^{os} 30-31). Cela suppose *d'étendre au-delà de la seule faute*, prouvée ou présumée, le fait générateur de responsabilité médicale. Les armes disponibles le permettent, sans qu'une législation spécifique, pour souhaitable qu'elle soit peut-être, soit indispensable à cette fin.

Dans l'appréhension du *risque* comme fait générateur de responsabilité médicale distinct de la faute, cette approche renouvelée revêt toute sa valeur¹³⁴. Le médecin jouit d'une liberté thérapeutique dans l'exercice de son art mais n'en demeure pas moins comptable d'une *justification* des décisions qu'il prend. Il lui est notamment interdit de faire courir des risques inutiles au malade, de lui administrer un traitement dépourvu de nécessité médicale ou d'agir sans justification plausible d'ordre thérapeutique. En se référant à ces standards — plus souples que celui du médecin normalement prudent, compétent et diligent et permettant de ce fait d'embrasser un plus grand nombre de situations avec la finesse et la rigueur nécessaires —, le droit, tel qu'il peut être pensé et appliqué, déploie selon nous sa réelle valeur sociale.

Il s'agit alors d'aller plus loin que la stigmatisation d'une erreur de comportement et de s'orienter vers un contrôle de la *légitimité de la finalité poursuivie* par l'action entreprise (ce qui n'est pas sans évoquer un certain volet subjectif de la notion de détournement de pouvoir du droit administratif) et des *effets*, du moins prévisibles, de la décision prise — contrôle qui pourra être ici plus intense et plus objectif, avec la prise en compte du caractère *nécessaire* de la corrélation entre cette décision et les effets qu'elle induit.

Il s'agit peut-être surtout, par référence aux droits fondamentaux dont on a dit qu'ils devaient selon nous dominer l'analyse de la relation de soins

134. Voy. déjà N. FRASELLE, « La gestion du risque thérapeutique au centre de la relation médecin-patient », *Rev. b. séc. soc.*, 1996, 795 ; L. LEVENEUR, « Le risque thérapeutique devant la Cour de cassation : la recherche de l'équilibre », *Contrats Conc. Consom.*, 1997, chr. n° 5 ; Ch. RADÉ, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *Petites Aff.*, 7 juillet 1995. L'idée n'est pas nouvelle : MÉLÉNEC, « La responsabilité médicale doit être fondée sur la notion de risque », *R.T.D. sanit. soc.*, 1972, 271 ; adde A. TUNC, « Risques et sécurité », *J.T.*, 1972, 457.

(*supra*, n° 31), relation qu'ils singularisent par rapport à toute autre, de contrôler le *mode d'élaboration* de la décision en imposant le respect d'une procédure placée sous l'angle de *l'autonomie du patient*. Cette autonomie doit lui permettre de se soumettre à un risque ou de faire un pari sur la précaution ou la sécurité, pourvu qu'elle s'exprime avec les nécessaires garanties : d'où l'irruption du *principe du contradictoire* qui a plus sa place sur le terrain de la décision que dans une logique contractuelle¹³⁵.

42 De là émerge une piste nouvelle qui commence à peine à être explorée : dans quelle mesure le **principe de précaution**, auquel on se réfère notamment pour encadrer la liberté de décision des entreprises, collectivités ou pouvoirs publics, pourrait-il être intégré dans la régulation juridique d'une *activité privée* ? Les réflexions ne manquent pas à propos de la genèse, la portée ou la formulation en termes juridiques de cette règle d'origine plutôt éthique et politique¹³⁶. Sur le plan normatif, ce principe reste toutefois cantonné dans certaines matières *collectives* (droit de l'environnement, droit sanitaire, etc.) et surtout en droit international. Son insertion dans le contentieux de la responsabilité civile n'a pas encore été opérée, en dépit des efforts de la doctrine¹³⁷.

135. P. LOKIEC, « La décision médicale », *R.T.D. civ.*, 2004, 651-652.

136. N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, coll. Universités francophones, 1999 ; du même auteur, « Réflexions sur le statut juridique du principe de précaution », in *Le principe de précaution. Significations et conséquences*, E. ZACCAÏ et J.-N. MISSA (éd.), Université de Bruxelles, coll. Aménagement du territoire et environnement, 2000, 117-142 ; Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, Odile Jacob/La Documentation française, 2000 ; F. EWALD, C. GOLLIER et N. DE SADELEER, *Le principe de précaution*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, n° 3596, 2001 ; L. BOY, « La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation ? », *Petites Aff.*, 8 janvier 1997 ; P. RAMBAUD, « Un nouveau principe du droit communautaire : le principe de précaution », in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruylant, 2001, 311.

137. G. SCHAMPS, « Le principe de précaution, dans un contexte de droit communautaire et de droit administratif : vers un nouveau fondement de la responsabilité civile ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, 211 ; G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.*, 1995, chr., 299 ; L. BAGHESTANI-PERREY, « Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science », *D.*, 1999, chr., 457 ; J.-P. DESIDERI, « La précaution en droit privé », *D.*, 2000, chr., 238 ; du même auteur, « Le "principe de précaution" dans la recherche scientifique », *Dr. & Patr.*, 2000, n° 86, 88. Cette insertion introduirait un élément *préventif* dans un mécanisme à vocation traditionnellement *curative*, ce qui n'est pas sans poser certaines questions (C. THIBERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *R.T.D. civ.*, 1999, 561).

Pourtant, comme le note le professeur Dalcq, « on peut se demander si l'insertion de ce principe dans des normes de droit international ou de droit communautaire n'est pas de nature à influencer le droit de la responsabilité. Là où notre droit exige actuellement la prévisibilité d'un dommage certain, ne devrait-il pas accepter, au moins dans certains cas, de prendre en compte la probabilité de survenance d'un dommage incertain ? »¹³⁸.

Prévisibilité versus probabilité, dommage certain versus risque incertain ; tels sont les termes du débat. Si ce « nouveau dogme » recoupe en grande partie l'exigence classique de prudence et de diligence, il a également une dimension prospective de *prévention de l'incertain* qui doit être habilement combinée avec le risque de régression des connaissances que pourrait induire un comportement trop timoré : il faut toujours faire primer l'intérêt du malade et l'indispensable adéquation des soins à son état¹³⁹. En définitive, le principe de précaution « exprime la prise de conscience que nos pouvoirs excèdent nos savoirs (...). Alors que la prévention tend à éviter des risques connus, la précaution tend à ne pas créer de risques inconnus ; le principe de précaution est la sagesse du scientifique et du technicien qui mesure ses connaissances à l'aune de ses ignorances »¹⁴⁰.

Cela étant, le lieu n'est pas aux conjectures et force est de constater que *de lege lata*, la responsabilité n'est pas engagée du fait de l'omission d'une précaution *exceptionnelle* ou lorsque les prévisions *normales* du défendeur sont déjouées à la suite d'un fait qui lui est étranger et qu'il ne devait pas prévoir¹⁴¹, autre manière de rappeler que la prévisibilité au moins abs-

138. R.O. DALCQ, « À propos du principe de précaution », *R.G.A.R.*, 2000, n° 13229, 3, qui avance, parmi les hypothèses où le principe de précaution pourrait être appliqué, l'exemple des infections nosocomiales, dans la lignée des décisions françaises modifiant l'appréhension juridique qui en est faite (*infra*, nos 45 et s.) ; du même auteur, « À propos des infections nosocomiales », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 3.

139. Voy. not. la pertinente étude de P. SARGOS, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin/patient », *J.C.P.*, 2000, I, 226, qui examine ce principe en lien avec les notions de données acquises de la science et de « références médicales opposables » et sous l'angle de la médecine préventive et prédictive ; S. LIERMAN, « Het "voorzorgsbeginsel" en zijn invloed op gezondheidsbescherming en aansprakelijkheid », *R.W.*, 2001-2002, 865.

140. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 4^e éd., 2000, 793-798, sp. n° 650.

141. R.O. DALCQ, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 84.

traite du dommage est une condition de la faute et qu'il n'y a pas de faute en cas d'interposition d'une cause étrangère libératoire.

Il reste que la notion de précaution n'est pas, loin s'en faut, inconnue du droit de la responsabilité, tant civile que pénale. Elle se trouve à la base de bien des condamnations prononcées sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil ou 418 du Code pénal, où l'on reprochera au défendeur d'avoir été *imprudent* ou insuffisamment *prévoyant*. Qu'est-ce d'autre qu'imposer que l'on ne fasse pas courir de risque inconsidéré aux personnes avec qui l'on est en contact et sur lesquelles on exerce une certaine emprise ?

L'existence d'un risque important et mal maîtrisé peut au demeurant se trouver au centre de raisonnements même fondés sur la responsabilité pour faute¹⁴². La jurisprudence largement médiatisée relative au dépistage prénatal d'affections génétiques le confirme.

2. *Risque sur le plan de l'obligation d'information : le diagnostic prénatal*

45 Outre qu'elle intervient largement sur le plan de l'étendue de l'obligation d'information (*supra*, nos 13 et s.), la notion de risque est également appréhendée sous l'angle du **diagnostic**, lorsque celui-ci tend précisément à éclairer le patient sur le risque encouru ou sur l'éventualité de la survenance d'un risque génétique antérieur. La jurisprudence dite *Perruche*, en France, illustre bien cet aspect. La circonstance qu'en raison de la faute commise au cours du diagnostic prénatal, les parents courent un *risque* qu'en principe ils n'auraient pas dû assumer et qu'ils pouvaient éviter en recourant à un avortement thérapeutique, jointe évidemment à la constatation que ce risque s'est en l'espèce réalisé et a causé un dommage très important, explique en définitive pourquoi la responsabilité est retenue dans ces hypothèses.

Nous nous bornerons à rappeler cette jurisprudence sans entrer en détail dans ce qui constitue peut-être le débat le plus nourri que la doctrine française, toutes matières confondues, ait connu au cours des trente dernières années.

142. Voy. not., en matière de traitement par radiothérapie, Anvers, 30 juin 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 201, note S. LIERMAN ; comp. Anvers, 13 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 245.

Par deux **arrêts du 26 mars 1996**¹⁴³ (l'un d'eux étant rendu dans l'affaire *Perruche*), la **Cour de cassation** avait estimé que « la faute commise par un praticien en donnant à un couple, lors d'une consultation génétique, un conseil favorable excluant pour ce couple le *risque de réapparition dans sa descendance* des troubles dont le mari était atteint, est *en relation directe avec le désir de conception d'un enfant et la naissance de l'enfant atteint de la maladie de son père*. Dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a accueilli la demande d'indemnisation formée par les parents tant à titre personnel qu'au nom de leur enfant » (1^{er} arrêt) et que « les fautes commises par un laboratoire dans la recherche d'anticorps rubéoleux prescrite chez une femme enceinte et par le praticien qui a manqué à son obligation de soins attentifs et diligents et à son devoir d'information et de conseil, sont *en relation causale avec le dommage subi par l'enfant*, atteint de séquelles neurologiques consécutives à la rubéole contractée pendant la vie intra-utérine. Il s'ensuit que l'enfant doit être indemnisé de son préjudice » (2^e arrêt, dans l'affaire *Perruche*).

Par l'**arrêt Perruche du 17 novembre 2000**¹⁴⁴, rendu en assemblée plénière après « rébellion » de la cour de renvoi contre l'arrêt précité¹⁴⁵, la Cour affirme que « *dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec la femme enceinte, ayant pour objet la recherche d'anticorps de la rubéole, ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* ».

Précisant sa pensée, la Cour de cassation française a rappelé le **13 juillet 2001**¹⁴⁶ que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du pré-

143. Cass. fr., 1^e civ., 26 mars 1996, *D.*, 1997, 35, note J. ROCHE-DAHAN, *R.T.D. civ.*, 1996, 621, obs. P. JOURDAIN, 871, obs. J. HAUSER, *J.C.P.*, 1996, I, 3946, obs. P. MURAT, 3985, obs. G. VINEY, *J.C.P.*, 1997, I, 4045, n° 7, obs. P. MURAT, *Gaz. Pal.*, 1997, jur., 75, obs. M.-A. HERMITTE, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12857.

144. Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10438, concl. SAINTE-ROSE, rapport SARGOS, note Fr. CHABAS, *D.*, 2001, 332, notes D. MAZEAUD et P. JOURDAIN, *D.*, 2001, 2796, somm., obs. F. VASSEUR-LAMBRY, *RTDciv.*, 2001, 103, obs. J. HAUSER, 149, obs. P. JOURDAIN, 226, obs. R. LIBCHABER, *Dr. fam.*, 2001, n° 11, obs. P. MURAT, *Journ. Proc.*, 2000, n° 404, 8, obs. R.O. DALCQ et J. DALCQ.

145. Orléans, 5 février 1999, *R.T.D. civ.*, 2000, 80, obs. J. HAUSER.

146. Cass. fr., ass. plén., 13 juillet 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13467 et n° 13510, *D.*, 2001, 2325, note P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2001, II, 10601, concl. SAINTE-ROSE, note Fr. CHABAS, *Gaz. Pal.*, 7 sept. 2001, 26, note J. GUIGUE, *R.G.D.C.*, 2002, 208, note E. DIRIX ; précision reprise par Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, *R.G.D.C.*, 2002, 483.

judice résultant de son handicap *si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin* dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. En l'espèce, la Cour approuve l'arrêt déferé qui avait retenu que cela n'était pas le cas, au motif que les conditions médicales relatives à l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique n'étaient pas réunies.

Enfin, la Cour a mis l'accent, par deux arrêts du **28 novembre 2001**¹⁴⁷, sur la circonstance que dans pareilles espèces, le médecin contracte l'*obligation de communiquer l'existence d'un risque*, tout en précisant que « le préjudice de l'enfant né atteint de trisomie 21, alors que le gynécologue chargé de suivre l'évolution de la grossesse est resté en défaut d'informer sa mère des risques d'anomalie fœtale malgré les résultats anormaux d'un dosage de bêta HCG, n'est pas constitué par une perte de chance, mais par son handicap », de sorte que la réparation du préjudice doit être intégrale.

Par la loi du 4 mars 2002, le législateur français a mis un coup d'arrêt à la jurisprudence *Perruche* en interdisant, dans l'article 1^{er}, l'indemnisation du préjudice de l'enfant en cas de handicap *non décelé*, au contraire du handicap *provoqué* par une négligence médicale, et en excluant du préjudice des parents « les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap », dont la compensation est renvoyée à la « solidarité nationale »¹⁴⁸. Plusieurs propositions de lois ont été déposées en Belgique dans le même sens.

147. Cass. fr., ass. plén., 28 novembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13471, *J.C.P.*, 2002, 10018, concl. SAINTE-ROSE, note Fr. CHABAS, *J.T.*, 2001, 896, concl. SAINTE-ROSE, rapport BLONDET.

148. P. JOURDAIN, « La fin de la jurisprudence Perruche », in *Le nouveau droit des malades*, Litec, coll. Carré Droit, 2002, 21 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, I. « La solidarité envers les personnes handicapées », *D.*, 2002, 1217 ; C. RADÉ, « La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », *Resp. civ. et assur.*, 2002, chr., 5. Voy. aussi l'avis du Conseil d'État français du 6 décembre 2002, *Gaz. Pal.*, 11-12 déc. 2002, 25, note, *D.*, 2003, 108, note, *R.F.D. adm.*, 2003, 339, note J. PETIT. Pour une première application, réduisant le montant alloué à 10 % de ce qu'avait octroyé le premier juge : Cour adm. appel Paris, 13 juin 2002, *D.*, 2002, 2156, note M.-C. DE MONTECLER ; J. GUIGUE, « Solidarité envers les personnes handicapées. Première application jurisprudentielle du titre I de la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.*, 15-17 déc. 2002, 4.

L'applicabilité directe de cette disposition aux instances en cours est vigoureusement contestée dans le cadre des litiges pendants en France. Deux affaires ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette question ¹⁴⁹.

4.4 Bien qu'il n'éclipse évidemment pas la *faute* commise au cours du diagnostic (ne pas avoir informé la mère du risque encouru, que le médecin ou le laboratoire auraient pu ou dû déceler, ou ne pas avoir relativisé les résultats des examens), établie dans toutes les affaires en question, le *risque* est ici au cœur de la responsabilité. Le problème reste grand, car encore faut-il qualifier soigneusement le *dommage* qui se trouve en *lien causal* avec ce fait générateur et donc identifier le *créancier* de cette responsabilité ¹⁵⁰.

La jurisprudence belge en la matière est quasiment inexistante. Le **tribunal de première instance de Bruxelles** a toutefois eu récemment à connaître d'un litige de ce type et a rendu un jugement soigneusement motivé et abondamment référencé ¹⁵¹ recevant la demande d'indemnisation dirigée au nom d'un enfant trisomique contre les médecins n'ayant pas dépisté cette maladie lors de la grossesse. Le jugement consacre de longs et intéressants développements à la légitimité de cette revendication, qu'il serait fastidieux de commenter longuement au risque de nous paraphraser ¹⁵². Soulignons juste que partant du point de départ exact que la mère jouissait de la *liberté d'avorter*, le tribunal semble en déduire,

149. Décision de recevabilité dans l'une de ces affaires : Cour eur. D.H., 6 juillet 2004, *R.T.D. civ.*, 2004, 797, obs. J.-P. MARGUENAUD. Les deux dossiers ont été plaidés le 23 mars 2005. Les procédures en cours semblent assez peu nombreuses (*Le Monde*, 25 mars 2005).

150. G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, 79 ; comp., pour nous en tenir à la doctrine belge, Y.-H. LELEU, « Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence "Perruche" », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13466 ; A. GOSSE, « Faut-il couper les ailes à l'arrêt "Perruche" ? », *R.I.E.J.*, 2002, n° 48, 93 ; E. DE KEZEL, « Wrongful birth en wrongful life », *N.J.W.*, 2004, 546. La simple liste des articles français sur la question remplirait aisément une page entière.

151. Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, 716 ; voy. ég., recevant l'action tant des parents que de l'enfant dans un cas semblable et ordonnant une expertise, Civ. Bruxelles, 7 juin 2002, précité ; *adde* Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, 247, note J. TER HEERDT ; Mons, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 307, somm. (faute commise lors des examens prénataux, abusivement considérés comme engendrant une obligation de résultat, entraînant la responsabilité du gynécologue des complications survenues à la naissance du fait de la macrosomie de l'enfant).

152. G. GENICOT, *o.c.*, sp. 89-93.

erronément selon nous, que l'enfant une fois né peut en quelque sorte faire rétroagir sa personnalité juridique pour se plaindre *personnellement* que cette liberté n'ait pu être exercée par la faute des médecins. Vouloir admettre pareille prétention, c'est inévitablement s'exposer à tenir des raisonnements impossibles à justifier, au regard principalement du préjudice dont l'on est recevable à demander réparation en justice et du *droit subjectif* que l'on entend faire valoir à cette fin ¹⁵³.

Dans cette affaire, après avoir rappelé les principes applicables en cas d'erreur de diagnostic (*supra*, n° 16), le tribunal estime « que l'établissement d'un lien causal entre les fautes reprochées et le dommage postulé n'implique pas qu'il soit démontré, avec certitude, que la (mère) aurait eu recours à l'avortement thérapeutique si elle avait été complètement informée ; (...) à supposer les fautes établies de même que le défaut d'information en résultant, il serait simultanément établi, avec la certitude requise, que la (mère) a, à tout le moins, été privée de la possibilité de recourir à cet avortement *et, par voie de conséquence*, que (l'enfant) a, dans la même mesure, perdu une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé ».

Pour conclure sur cette question, nous rappellerons la position adoptée par le **Conseil d'État français** dans son arrêt *Quarez* du 14 février 1997 ¹⁵⁴, qui seule nous paraît à la fois juridiquement tenable et socialement souhaitable.

153. Toute souffrance, tout vécu dommageable, ne peut constituer un préjudice indemnisable. Epinglons un attendu dudit jugement à ce propos : « en l'espèce, (la) réparation en nature était possible au moment où les fautes reprochées, à les supposer établies, ont été commises, dès lors qu'une interruption de grossesse aurait pu être légalement pratiquée *et qu'elle aurait permis à (l'enfant) de ne pas exister* ; que la circonstance que des dommages et intérêts ne permettront pas de remettre l'enfant dans l'état de non-existence qui eût été ainsi le sien n'est pas davantage relevante (...) ». Ces considérations ont le mérite de la clarté. Jamais, pensons-nous, on ne parviendra à contourner dans ce type de litige l'obstacle que représente l'utilisation *a posteriori* de la personnalité juridique acquise du fait de la naissance à l'appui d'une demande de réparation d'un préjudice qui fut précisément révélé à l'occasion de cette naissance. Semblable droit subjectif n'existe pas dans le chef de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic prénatal (G. GENICOT, *o.c.*, 90-92).

154. C.E. fr., 14 février 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22828, note J. MOREAU, *J.C.P.*, 1997, I, 4045, n° 7, obs. P. MURAT, *Gaz. Pal.*, 1997, jur., 75, obs. M.-A. HERMITTE, *D.*, 1998, somm., 294, obs. S. HENNERON, *R.F.D. adm.*, 1997, 374, concl. PÉCRESSÉ, note B. MATHIEU.

Le Conseil d'État y retient que la faute était en l'espèce constituée par la circonstance que « le service de pathologie cellulaire et de génétique d'un centre hospitalier (s'était) borné à annoncer à une femme enceinte que l'examen d'amniocentèse auquel il avait procédé "n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels", l'intéressée n'ayant pas été informée du fait que les résultats de cet examen, compte tenu des conditions dans lesquelles il avait été conduit, pouvaient être affectés d'une marge d'erreur inhabituelle ». En effet, « en demandant qu'il fût procédé à une amniocentèse, l'intéressée avait clairement manifesté sa *volonté d'éviter le risque* d'un accident génétique chez l'enfant conçu, accident dont la probabilité était, compte tenu de son âge au moment des faits, relativement élevée. *Un diagnostic déterminant quant à l'absence du risque* était ainsi recherché auprès du service spécialisé ».

Dans ces conditions, décide la haute juridiction administrative, « la faute commise a fausement conduit les parents à la *certitude* que l'enfant conçu n'était pas porteur d'une trisomie et que la grossesse pouvait être normalement menée à son terme. Cette faute (...) doit être regardée comme la *cause directe des préjudices entraînés pour les parents* par l'infirmité dont est atteint leur enfant ». Le centre hospitalier est dès lors condamné au paiement de diverses indemnités aux parents, *en ce compris les sommes destinées à subvenir aux besoins particuliers de leur enfant*. En revanche, puisqu'il n'est pas établi que l'infirmité dont souffre ce dernier et qui est *inhérente à son patrimoine génétique* aurait été consécutive à l'amniocentèse, aucune indemnité ne lui est allouée en son nom personnel.

Le résultat est identique, mais les concepts sont saufs. Ni les conséquences de la jurisprudence *Perruche* et de ses avatars belges, ni les restrictions excessives instaurées par le législateur français ne nous semblent pouvoir être suivies.

3. *Risque lié à l'hospitalisation : les infections nosocomiales*

45 Soulignons d'emblée un élément qui peut paraître troublant : la jurisprudence belge en la matière est quasiment inexistante et la doctrine pratiquement muette¹⁵⁵. Le taux d'infections nosocomiales n'y est cependant pas

155. Voy. cependant les observations et suggestions de R.O. DALCO, « À propos des infections nosocomiales », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 3 ; *adde* M. VANDERWECKENE, « Les infections nosocomiales : une simple question d'hygiène hospitalière ? », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13568.

moindre qu'ailleurs. Nous ne nous avancerons pas à émettre une tentative d'explication intuitive de cet état de fait.

À vrai dire, l'on ne compte, sauf erreur, qu'une seule décision publiée ayant trait spécifiquement à la question, dans laquelle le tribunal de première instance de Liège définit l'infection nosocomiale comme étant « acquise à l'hôpital et donc absente à l'admission, en tenant compte d'un délai d'incubation généralement admis de 48 heures », tout en s'en tenant à la responsabilité pour faute : « s'il n'est pas établi que l'infection a été contractée avec du matériel médical défectueux, seule la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil pourra être recherchée s'il est établi que l'hôpital n'a pas pris toutes les mesures d'hygiène propres à lutter contre ce risque »¹⁵⁶.

Les développements qui suivent seront donc, une fois encore, tout entiers inspirés du droit français, étant observé qu'il s'agit là, pensons-nous, du secteur par excellence dans lequel son influence devrait se ressentir — ce qui a du reste commencé à se produire.

La matière des infections nosocomiales constitue sans doute le *terrain d'élection* de la responsabilité médicale à base de risque¹⁵⁷. Elle a fait l'objet, en France, d'une importante jurisprudence, nuancée et évolutive, assortie de commentaires doctrinaux nourris. La législation française comporte certes, depuis la loi du 4 mars 2002, des précisions absentes de la réglementation belge¹⁵⁸, mais cela ne remet nullement en cause le raisonnement de principe de la jurisprudence.

156. Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13573.

157. « Tout le monde sait qu'une asepsie parfaite est impossible à atteindre. Dès lors, la question était de savoir qui — du corps médical ou du patient — supporterait le risque de l'impondérable ou de la fatalité. La Cour de cassation (française) a choisi de ne pas le faire supporter au patient » (Fr. CHABAS, « Les infections nosocomiales : responsabilité en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.*, 21-23 avril 2002, 3).

158. Sur le régime mis en place par les lois françaises des 4 mars et 30 décembre 2002 quant aux infections nosocomiales et aux risques thérapeutiques : Y. LAMBERT-FAIVRE, « La responsabilité médicale et sa garantie d'assurance dans la législation française de 2002 », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Larcier, 2003, 808 et s. ; dans le même ouvrage, G. VINEY, « L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français », 851 ; P. SARGOS, « Le nouveau régime juridique des infections nosocomiales », *J.C.P.*, 2002, I, 276 ; P. JOURDAIN, « La réforme de l'indemnisation des dommages médicaux et la place de la responsabilité médicale », et A. LAUDE, « L'indemnisation collective des accidents thérapeutiques », in P. JOURDAIN, A. LAUDE, J. PENNEAU et S. PORCHY-SIMON, *Le nouveau droit des malades*, Litec, coll. Carré Droit, 2002, 83 et 97 ;

Il est, certes, souvent difficile de déterminer si l'on a bien affaire à une infection nosocomiale de type *exogène*, c'est-à-dire indépendante de l'état du patient et de son évolution prévisible. À cet égard, le rapport d'expertise sera d'une importance cruciale¹⁵⁹. Si tel est bien le cas — en particulier si l'infection a été contractée plus de 48 heures après l'admission et qu'aucune autre cause n'est établie —, il convient de s'interroger sur le raisonnement juridique à tenir. À notre estime, le droit médical moderne impose de ne pas se contenter d'examiner si l'hôpital ou l'un quelconque de ses préposés a commis une faute et, si pareille faute n'est pas établie, de conclure qu'on se situe dans le champ de l'aléa thérapeutique et qu'aucune indemnisation n'est envisageable.

La jurisprudence française l'a bien compris et a résolu le problème en plusieurs étapes successives. Là se trouve l'inspiration qui doit guider le juge belge appelé à connaître de semblables cas. Comme on l'a souligné, il est parfaitement envisageable à cette fin de se maintenir dans le cadre des obligations contractuelles de l'hôpital, avec l'extension que l'article 1135 du Code civil impose de leur reconnaître. Il s'agit simplement de constater que l'on ne se trouve pas dans le cadre de l'obligation de soins, qui est de moyens, mais en présence d'une *obligation de sécurité* indépendante des soins et qui présente tous les caractères d'une obligation de *résultat*.

46 Contrairement à ce qui prévaut en matière d'aléa thérapeutique, les solutions adoptées par le Conseil d'État et la Cour de cassation de France sont ici identiques ; il convient de le souligner.

Le Conseil d'État a le premier décidé, par **trois arrêts du 6 juin 1996**, que les infections nosocomiales entraînaient pour le médecin et l'hôpital

J. PENNEAU, « Présentation générale critique des dispositions relatives à la réparation des conséquences des risques sanitaires », in *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical ?*, G. FAURÉ (dir.), P.U.F., coll. Ceprisca, 2003, 19.

159. Depuis les arrêts de la Cour de cassation française du 29 juin 1999 dont il va être question, l'on observe que la défense des hôpitaux se situera désormais davantage sur le plan des conditions de mise en œuvre de la responsabilité médicale, l'hôpital tâchant de nier le caractère nosocomial de l'infection (S. HOCQUET-BERG, « Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale », *Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, 14 ; P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *R.T.D. Civ.*, 1999, 841).

une *obligation de sécurité de résultat* ¹⁶⁰. Il décide que le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. Le médecin lui-même est tenu, vis-à-vis de son patient, de la même obligation.

Cela conduit la haute juridiction à censurer, au visa de l'article 1147 du Code civil, l'arrêt qui, pour débouter le patient de sa demande formée contre la clinique à raison de la survenance d'une infection nosocomiale, énonce qu'aucune négligence ou défaillance fautive ne peut être reprochée à l'établissement de santé pendant la phase pré- et post-opératoire (1^{re} espèce) ou qui rejette l'action en réparation intentée par un patient qui a été victime d'une arthrite septique consécutive à l'action de staphylocoques dorés ayant pénétré dans son articulation lors de l'arthrographie d'un genou, au prétendu motif que « dès lors que le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non pas de résultat et que, de la sorte, sa faute ne peut se déduire de la seule apparition du préjudice, fût-il en relation de causalité avec l'acte médical pratiqué, le patient ne peut qu'être débouté de ses demandes à défaut de rapporter la preuve d'une faute commise par le médecin » (3^e espèce).

Déjà auparavant, la haute juridiction administrative avait posé le principe d'une *présomption de faute*, d'une faute déduite de l'existence même du dommage, de la circonstance que l'on s'écarte du *cours normal des choses* ¹⁶¹.

Par ces trois arrêts du 6 juin 1996, le Conseil d'État abandonne donc l'idée de faute présumée pour poser le principe d'une **obligation de sécurité de résultat** ne cédant que devant la preuve, non pas de l'absence de faute, mais d'une cause étrangère.

La jurisprudence de la Cour de cassation française a évolué de la même manière.

Après s'en être classiquement tenue à la preuve de l'existence d'une faute ¹⁶², elle a admis que dès que la relation de causalité était rapportée,

160. C.E. fr., 6 juin 1996, *D.*, 1999, somm., 395, obs. J. PENNEAU.

161. C.E. fr., 9 décembre 1988, *D.*, 1989, somm., 347, obs. MODERNE et BON ; C.E. fr., 8 décembre 1989, *D.*, 1990, somm., 298, obs. BON et TERNEYRE ; C.E. fr., 19 février 1992, *R.F.D. publ.*, 1993, 253 ; particulièrement net, C.E. fr., 31 mars 1995, *D.*, 1999, somm., 385, obs. PENNEAU.

162. Voy. not. Cass. fr., 1^{er} civ., 28 juin 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, 2, panor., 166, *D.*, 1990, jur., 413, note Y. DAGORNE-LABBÉ, s'en tenant alors à la qualification d'obligation de moyens.

la *présomption de responsabilité* jouait, mais que l'établissement de santé (ou le médecin) pouvait être déchargé s'il prouvait qu'il n'avait *commis aucune faute* dans la prise des mesures d'asepsie. Dans un **arrêt du 16 juin 1998**¹⁶³, elle approuve une cour d'appel d'avoir énoncé qu'une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par le patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à laquelle doit être assimilée une salle d'accouchement, à moins de prouver l'absence de faute de sa part, ajoutant que la cour d'appel n'avait pas à caractériser la faute de la clinique eu égard à la présomption de responsabilité pesant sur elle en matière d'infection nosocomiale. Les juges du fond, qui constatent que la clinique n'apporte aucun élément de nature à démontrer qu'elle n'a commis aucune faute dans le fonctionnement de son service, en déduisent justement qu'elle ne s'exonère pas de la présomption pesant sur elle.

Cette jurisprudence n'est plus d'application. Par **trois arrêts rendus le 29 juin 1999**, la Cour de cassation a durci l'appréhension juridique des infections nosocomiales en passant clairement du régime de la présomption de faute à celui de **l'obligation de sécurité de résultat**, rejoignant ainsi la jurisprudence précitée du Conseil d'État¹⁶⁴.

La formule est claire : « Le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, *une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère*. Un médecin est pareillement tenu, vis-à-vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ». Il n'est donc pas permis, pour débouter un patient de sa

163. Cass. fr., 1^e civ., 16 juin 1998, *D.*, 1999, jur., 653, note V. THOMAS, *J.C.P.*, 1999, II, 10122, note I. DENIS-CHAUBET. Dans le même sens, Cass. fr., 1^e civ., 21 mai 1996, *Gaz. Pal.*, 3-4 oct. 1997, 8, note S. HOCQUET-BERG, *J.C.P.*, 1996, I, 3985, n° 24, obs. G. VINEY, *R.T.D. Civ.*, 1996, 913, obs. P. JOURDAIN, *D.*, 1997, somm., 286, obs. D. MAZEAUD et 320, obs. J. PENNEAU, *Defr.*, 1997, art. 36526, 408, obs. A. BÉNABENT. La prudence de cette jurisprudence, qui n'allait pas jusqu'à qualifier l'obligation des cliniques d'obligation de résultat, a fait l'objet de critiques doctrinales.

164. Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *Gaz. Pal.*, 29-30 oct. 1999, 37, note J. GUIGUE, *J.C.P.*, 1999, II, 10138, rapport SARGOS, *D.*, 1999, jur., 559, note D. THOUVENIN, *D.*, 1999, somm., 395, obs. J. PENNEAU, *Defr.*, 1999, art. 37041, 994, obs. D. MAZEAUD, *Petites Aff.*, 1999, n° 227, 5, note I. DENIS-CHAUBET, *Méd. et Droit*, 1999, n° 37, 3, note P. SARGOS, *J.C.P.*, 2000, I, 199, n°s 15 et s., obs. G. VINEY, *R.T.D. Civ.*, 1999, 841, obs. P. JOURDAIN.

demande formée contre une clinique à raison de la survenance d'une infection nosocomiale, d'énoncer qu'aucune négligence ou défaillance fautive ne peut être reprochée à cet établissement de santé pendant la phase pré- et post-opératoire.

On notera que les trois affaires tranchées par ces arrêts concernaient des infections au staphylocoque doré, sans doute de loin le cas le plus fréquent, contractées lors d'une intervention chirurgicale au genou. Dans la première, la cour d'appel avait débouté le patient de son action contre la clinique en constatant que celle-ci n'avait commis aucune faute dans la prise des mesures de stérilisation et d'asepsie. Elle est censurée par la Cour suprême. Dans les deux autres, celle-ci approuve les cours d'appel pour avoir retenu l'existence d'une obligation de sécurité de résultat.

Par un arrêt du **13 février 2001**, la haute juridiction française a rappelé que la règle s'étend aux praticiens libéraux : « un médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale consécutive à un acte médical réalisé dans un établissement de santé ou dans son cabinet »¹⁶⁵. Enfin, un arrêt du **27 mars 2001** approuve les juges du fond d'avoir débouté le patient en considérant qu'il ne rapportait pas la preuve de l'origine de l'infection : « il appartient au patient de démontrer que l'infection dont il est atteint présente un caractère nosocomial, auquel cas le médecin est tenu d'une obligation de sécurité de résultat »¹⁶⁶.

Ce raisonnement est partagé par les juridictions de fond : en matière de contamination virale par apport transfusionnel, l'obligation de l'établissement de soins est, *contrairement aux contaminations nosocomiales*, une simple obligation de moyens mettant à la charge de celui ou celle qui l'invoque la preuve d'une faute¹⁶⁷.

47 Cette prise de position nette des deux ordres de juridictions a été largement souhaitée, commentée et approuvée par la doctrine qui appelait de ses vœux la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat¹⁶⁸. On y voit la

165. Cass. fr., 1^e civ., 13 février 2001, *D.*, 2001, 3083, obs. J. PENNEAU.

166. Cass. fr., 1^e civ., 27 mars 2001, *R.T.D. civ.*, 2001, 596, obs. critiques P. JOURDAIN.

167. Aix-en-Provence, 16 janvier 2001, *J.C.P.*, 2002, II, 10168, note V. DEPADT-SEBAG.

168. Deux articles fondateurs montrèrent les limites de l'obligation générale de moyens et la voie d'une possible distinction entre accident médical et échec des soins (P. SARGOS, « Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », *D.*, 1996, 365 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *J.C.P.*, 1997, I, 4016), ce qu'approuve le profes-

consécration de l'idée que nous avons exposée plus haut (*supra*, n^{os} 20 et s.) selon laquelle *coexistent*, au sein du contrat médical, une obligation principale de moyens concernant les *soins* donnés au malade et une obligation de *sécurité* accessoire et d'une nature différente. On ne peut qu'espérer que notre jurisprudence s'attachera bientôt à mettre cette distinction essentielle en lumière.

Pour l'y inciter, quelques réactions doctrinales émanant de spécialistes au raisonnement clairvoyant méritent d'être reproduites.

Pour le professeur Lambert-Faivre, « *L'affirmation d'une obligation déterminée de sécurité, sous le label d'une « obligation de sécurité de résultat », (...) signifie que, même si aucune faute n'est démontrée, l'existence d'un défaut de sécurité dans l'acte médical causal établit une imputabilité qui fonde la responsabilité (...). La Cour de cassation, sans énoncer de principe général en la matière, n'a cessé d'élargir le domaine d'une obligation déterminée de sécurité : la jurisprudence sur les infections nosocomiales est particulièrement explicite (...). Face à une jurisprudence aussi ferme que cohérente, l'obligation de sécurité (de résultat) en matière médicale est très largement acquise et repose notamment (...) sur une exigence de perfection, d'absence de tout défaut de tous les produits, médicaments, dispositifs médicaux et choses diverses, et de toute faille dans les mesures d'asepsie et de prophylaxie. Le mythique arrêt Mercier¹⁶⁹ conserve toute sa pertinence fondamentale à l'égard d'une fantasmagorique exigence de guérison ; mais il devrait aujourd'hui être complété par la mention d'une obligation de sécurité »¹⁷⁰.*

Le professeur Jourdain voit pour sa part dans les arrêts du 29 juin 1999 « *une avancée considérable dans la protection des patients contre les atteintes à leur sécurité corporelle subies à l'occasion d'actes médicaux* » et ajoute que « *si c'est la volonté d'indemniser les victimes de la réalisation de risques liés à une intervention médicale qui justifie l'obligation de sécurité, on*

seur Y. LAMBERT-FAIVRE (« L'exigence de sécurité et la prospective en matière médicale », *R.F. dom. corp.*, 1997/1, 7 ; du même auteur, « La réparation de l'accident médical », *D.*, 2001, 570). Voy. aussi D. THOUVENIN, note sous Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *D.*, 1999, jur., 560. Les auteurs ayant consacré leur thèse de doctorat — et donc leur particulière attention — à cette matière se prononcent également en ce sens : outre la thèse de Mme HOCQUET-BERG citée à la note 174, E. SAVATIER, *Les données de la responsabilité médicale à la fin du XXe siècle*, thèse Lyon III, 1998 ; D. JACOTOT, *La notion de sécurité sanitaire*, thèse Dijon, 1999 ; B. MANSART, *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, thèse Paris I, 1999.

169. Pour rappel, Cass. fr., 20 mai 1936, fondant la nature contractuelle de la relation médicale et posant que l'obligation du médecin n'est que de moyens.

170. Y. LAMBERT-FAIVRE, « La réparation de l'accident médical », *D.*, 2001, chr., 571-572.

n'aperçoit guère les raisons de s'arrêter en chemin et de refuser toute extension à d'autres types d'accidents médicaux »¹⁷¹.

Denis Mazeaud approuve également pleinement cette innovation qu'il qualifie de « spectaculaire » et qui constitue « l'une des étapes les plus marquantes » de l'évolution de la responsabilité médicale : « Il convient de saluer cette émergence d'un droit des accidents médicaux, lequel, par la grâce de la première Chambre civile, même cantonné à un type spécifique de dommages, sort du giron de la traditionnelle responsabilité pour faute (...) »¹⁷².

Le professeur Chabas se félicite lui aussi de ce « qu'on ne peut imaginer système plus favorable pour (les victimes) que celui inventé par la jurisprudence. Celle-ci a compris que l'opinion publique ne supporte plus qu'un patient puisse quitter un établissement de soins en étant porteur d'un germe qu'il n'avait pas en y arrivant. Nous sommes donc arrivés — progressivement — à un régime d'indemnisation quasi systématique »¹⁷³. Ce constat conduit l'auteur à préciser que l'intervention du législateur, imminente au moment où il écrit, « ne peut servir en rien les intérêts des victimes (...). La loi ne pourra innover utilement que si elle désigne celui qui devra supporter la charge de ces indemnisations » — ce qui est autre chose que de fixer un principe de responsabilité, un contenu au contrat.

Mentionnons encore, dans cette matière où nous sommes persuadé que la jurisprudence française montre le bon chemin, la pertinente analyse de Mme Hocquet-Berg qui a consacré sa thèse de doctorat à la distinction entre obligations de moyens et de résultat en droit de la responsabilité médicale¹⁷⁴. Elle explique parfaitement le raisonnement à tenir lorsqu'elle écrit :

« Si l'obligation de soins consiste à tout mettre en œuvre pour réussir l'intervention pour laquelle le patient a consulté le médecin, l'obligation de sécurité consiste à ne pas causer au patient des dommages s'ajoutant à son mal initial et qui sont sans rapport avec lui. Invoquer un manquement du médecin à son obligation de soins revient à lui reprocher de ne pas avoir guéri le malade. Or, le médecin n'est pas tenu de parvenir à la guérison du malade. Il n'est responsable de cette situation que si la guérison n'a pas été obtenue

171. P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *R.T.D. civ.*, 1999, 842-843.

172. D. MAZEAUD, note sous Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *Defr.*, 1999, 995, n° 72.

173. Fr. CHABAS, « Les infections nosocomiales : responsabilité en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.*, 21-23 avril 2002, 2.

174. S. HOCQUET-BERG, *Obligation de moyens ou obligation de résultat ? À propos de la responsabilité médicale*, thèse Paris XII, 1995, dir. Fr. CHABAS, P.U. Septentrion, n° 20674.

par sa faute. Mais, si le médecin n'est pas tenu de guérir, il est néanmoins tenu de ne pas causer à son patient des maux supplémentaires : primum non nocere, tel est le premier précepte du serment d'Hippocrate. La Cour de cassation l'a aujourd'hui admis ouvertement, même si le domaine de cette obligation de sécurité reste encore limité notamment à la fourniture de produits sanguins ou de prothèses et aux infections nosocomiales (...) »¹⁷⁵.

Le doute n'est en effet plus permis depuis les arrêts du 29 juin 1999, qui consacrent « l'existence d'une obligation de sécurité dans le contrat médical, obligation accessoire qui, sans s'y substituer, coexiste avec l'obligation de soins (...). L'obligation de soins reste de moyens. Simplement, son domaine ne comprend plus l'aseptisation et la stérilisation requises pour éviter les infections nosocomiales »¹⁷⁶. Ces arrêts instaurent donc à cet égard une responsabilité objective générale¹⁷⁷.

Il ne suffit donc plus au médecin ou à l'hôpital, pour échapper à leur responsabilité, d'établir qu'ils ont respecté la réglementation en matière d'asepsie et de stérilisation, ni même qu'il ont pris toutes précautions généralement quelconques. Ils devront prouver que l'infection est due à une cause étrangère, soit un cas de force majeure, événement tout à la fois extérieur, imprévisible et irrésistible¹⁷⁸. C'est qu'il s'agit ici non pas des soins, mais de

175. S. HOCQUET-BERG, « Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat », *Gaz. Pal.*, 7-8 mai 1999, 21, qui commente un jugement du tribunal de grande instance de Metz du 12 août 1998 ayant décidé, sur le modèle proposé par les premiers auteurs cités note 168, que « si la nature du contrat qui se forme entre le médecin et son client met en principe à la charge du praticien une obligation de moyens, il est néanmoins tenu, sur le fondement d'une obligation de résultat, de réparer le dommage causé au patient par un acte médical nécessaire au traitement, dès lors que ce dommage est sans rapport avec l'état initial de celui-ci comme avec l'évolution prévisible de cet état ». Voy. aussi en ce sens T.G.I. Paris, 30 juin 1997, *Petites Aff.*, 24 juin 1998, 26, note S. PRIEUR ; T.G.I. Paris, 20 octobre 1997, *Gaz. Pal.*, 8-10 mars 1998, 40, note J. BONNEAU, *D.*, 1998, jur., 558, note L. BOY.

176. S. HOCQUET-BERG, « Commentaire des arrêts du 29 juin 1999 », *Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, 14-15.

177. Obligation très étendue quant au lieu de la contamination (toute partie quelconque de l'hôpital ou du cabinet médical), quant aux circonstances dans lesquelles celle-ci survient (il n'est pas requis que l'infection ait été communiquée à l'occasion d'un acte médical ou de soins) et quant aux personnes responsables (l'hôpital, le médecin ou les deux *in solidum*).

178. Preuve quasiment impossible à rapporter dès lors que le lien de causalité entre l'hospitalisation et l'infection est établi par le rapport d'expertise (Y. LACHAUD, « Responsabilité médicale : l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'infection nosocomiale », *Gaz. Pal.*, 29-30 oct. 1999, 4) ou au moyen d'une souhaitable présomption de fait de causalité (P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 27 mars 2001, *R.T.D. civ.*, 2001, 597).

la sécurité du patient, chose toute différente. Observons du reste que cette obligation de sécurité de résultat vise également le médecin libéral qui accomplit à son cabinet un acte pouvant être à l'origine d'une infection, comme par exemple un chirurgien-dentiste¹⁷⁹.

On voit donc que « *Le fondement de la responsabilité civile en matière d'infection nosocomiale ne repose pas sur la faute, présumée ou prouvée. Le médecin comme la clinique répondent de la sécurité du patient en matière d'infection nosocomiale. Ils promettent que l'intervention médicale ne sera pas pour celui-ci l'occasion de contracter une infection, même si celle-ci peut survenir en dehors de toute faute. Il y a une promesse et une attente sécuritaire en matière d'infection nosocomiale* »¹⁸⁰.

48 La position de la Cour de cassation française reprend exactement la proposition formulée par son conseiller Sargos, rapporteur dans la plupart des litiges de responsabilité médicale qui lui sont soumis et auteur de nombreuses contributions doctrinales sur la question¹⁸¹. L'évolution a montré (*infra*, nos 51-52) que la Cour a pris soin d'affiner sa jurisprudence en fixant les bornes de cette obligation de sécurité, dont elle exclut le domaine de l'aléa thérapeutique. Ceci illustre clairement qu'il est possible de déceler, dans le contrat médical, à la fois une *obligation principale de moyens* et une *obligation accessoire de sécurité de résultat* — et donc que le droit peut, sans remettre en cause les concepts fondateurs, prendre en compte le risque consubstantiel à l'activité médicale.

Qu'est-ce qui empêcherait la jurisprudence belge de s'engager dans la même voie ?

Le droit belge, on l'a souligné, tend à considérer à juste titre le patient comme un consommateur de services médicaux. L'attente de ce consommateur en matière de sécurité est de plus en plus forte et doit être rencontrée. La victime est en droit d'obtenir l'indemnisation de tout dommage constitutif d'une atteinte à sa sécurité corporelle et qui est indépendant du résultat

179. P. JOURDAIN, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *R.T.D. civ.*, 1999, 842.

180. S. HOCQUET-BERG, *o.c.*, 13 et s.

181. P. SARGOS, « Réflexions sur les accidents médicaux... », précité, *D.*, 1996, chr., 365.

aléatoire des soins reçus¹⁸². S'il est normal que le médecin ne puisse promettre la guérison ou le résultat thérapeutique visé, il ne se conçoit pas qu'une intervention ou une hospitalisation entraîne un dommage sans rapport avec le mal initial.

On a dit que dans ce secteur, l'influence du droit français avait pu se ressentir concrètement. Le **17 janvier 2005**, le tribunal de première instance de Liège (J.L.M.B., 2005, à paraître) a en effet rendu sur cette question un jugement novateur et abondamment motivé. Le tribunal considère, également au sujet d'une infection aux staphylocoques dorés ayant entraîné de très lourdes séquelles et étant clairement qualifiée d'infection nosocomiale exogène par le collègue d'expertise, d'abord « *que l'ensemble des éléments du dossier constituent des présomptions graves, précises et concordantes permettant d'établir que l'infection nosocomiale litigieuse ne peut avoir pour origine qu'un défaut, et partant une faute, dans l'application des règles d'hygiène communément connues et reconnues comme nécessaires à l'époque* ».

Mais surtout, le jugement ajoute que « *en outre, et de toute façon, si l'on considère qu'il y a une obligation de moyens quant aux soins donnés (mettre tout en œuvre pour réussir l'intervention pour laquelle le patient a consulté), par contre, le tribunal estime que le patient est en droit d'attendre une exigence d'absence de tout défaut des produits, médicaments, dispositifs médicaux et mesures d'asepsie et de prophylaxie (...) et de ne pas subir de maux supplémentaires sans rapport avec son état ou son comportement. C'est ainsi que l'hôpital a une obligation de sécurité de résultat quant aux infections nosocomiales exogènes et ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, ce qu'il ne fait pas dans le cas d'espèce* » (nous soulignons).

Voici enfin reconnu un principe limpide, essentiel et aux importantes conséquences potentielles. On ignore s'il y aura appel et, peut-être, intervention de la Cour de cassation — ce qui serait assurément souhaitable. Mais l'étape est en tout cas franchie et l'on voudrait avoir démontré qu'elle pouvait l'être *dans l'état actuel du droit*.

49 C'est qu'en effet l'aléa médical, qui justifie que l'obligation principale du médecin soit de moyens, n'est pas de mise lorsqu'il ne s'agit pas de la mise en œuvre de l'art médical. Il n'est alors pas question d'insuffisances médicales ou

182. Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.*, 1994, chr., 81 ; du même auteur, « L'éthique de la responsabilité », *R.T.D. Civ.*, 1998/1.

de réactions imprévisibles du patient, mais d'un *risque* commun à toutes les activités humaines et qui doit peser sur celui qui le fait courir à autrui ¹⁸³.

L'évolution jurisprudentielle qu'a connue la France en matière d'infections nosocomiales n'a pas ouvert la porte à une extension irraisonnée de l'obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les accidents médicaux consécutifs à la réalisation de risques qui s'apparentent à un *aléa*. C'est qu'il convient de maintenir un délicat équilibre entre deux exigences légitimes et nécessaires : l'indemnisation des victimes et la préservation des intérêts du corps médical — qui va au demeurant aussi dans le sens des patients, puisqu'elle permet d'éviter la pusillanimité du praticien par crainte de conséquences trop sévères ¹⁸⁴.

Infections nosocomiales et accidents médicaux ne sont pas synonymes et n'appellent pas le même raisonnement. Si l'on peut comprendre les réserves qu'est susceptible de susciter l'extension de l'obligation de sécurité de résultat aux médecins libéraux, il nous paraît en revanche difficilement admissible que le séjour d'un patient en clinique ou en hôpital lui fasse courir le risque d'en sortir affecté d'une grave infection qu'il n'avait pas — par définition — en y entrant et qui est *sans aucun rapport* avec les raisons de ce séjour. Il se conçoit que la réalisation d'un tel risque entraîne la responsabilité de l'institution de soins pour méconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat.

Mais si le résultat attendu par le patient est *par nature* affecté d'un aléa, il faut s'en tenir à l'obligation de moyens et exiger donc la preuve d'une négligence fautive dans le chef du débiteur. Car le patient *espère* sortir guéri du traitement qu'il entreprend, sans en être *certain*.

Il y a là une frontière à tracer, tâche délicate mais pas insurmontable. Il n'est pas question d'une totale résurrection de la théorie du risque en matière médicale : le risque pur n'est pas indemnisable au moyen des règles de la responsabilité civile.

183. Un parallèle intéressant peut être fait avec le contrat de transport : le voyageur admet que le train n'arrive pas à l'heure ou que le voyage soit perturbé (obligation principale de moyens) mais pas que le transport soit l'occasion de subir un dommage corporel sans rapport avec lui (obligation accessoire de sécurité de résultat).

184. M. GOBERT, « L'aléa thérapeutique en droit civil », in *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, D. TRUCHET (dir.), Sirey, coll. Droit sanitaire et social, 1995, 16.

D. Limite : maintien de l'exclusion de l'aléa

50 L'aléa, dans le langage courant, est défini comme « l'événement imprévisible, le tour imprévisible que peuvent prendre les événements ». Sur le plan juridique, on sait toute l'importance de la notion dans la matière des assurances. Elle est également centrale en droit médical, où l'aléa sert depuis longtemps à expliquer pourquoi, n'exerçant pas une science exacte, l'obligation du médecin n'est que de moyens. Il faut pourtant savoir exactement ce dont on parle et ne pas galvauder ce concept d'aléa thérapeutique. Il ne peut constituer un refuge confortable empêchant toute réflexion sur un renouvellement de la responsabilité.

Il reste que l'*incidence fortuite* qui survient au cours d'un traitement et qui est *indépendante*, non seulement de l'état du malade et de l'évolution prévisible de cet état, mais également de toutes les circonstances que nous avons envisagées plus haut, ne peut être une source de responsabilité. On ne vise en effet par là — et on ne saurait viser — que la réalisation d'un dommage par l'effet d'un *pur aléa* ¹⁸⁵.

Il importe d'être clair dans le propos et notamment de ne pas confondre les notions d'accidents médicaux et d'aléa thérapeutique ¹⁸⁶. Les premiers ne sont pas forcément imputables à un risque inhérent à l'intervention, donc à un aléa ; il s'agit d'une notion *générique* englobant toutes les survenances de problèmes. Il s'agit alors de distinguer selon les diverses hypothèses que nous avons envisagées. D'autre part, on l'a dit, il ne faut pas confondre l'aléa thérapeutique et les infections nosocomiales qui appellent des raisonnements juridiques différents. Définir l'aléa comme « la survenance, à l'occasion d'un acte médical, d'un événement soudain qui n'est pas la conséquence directe de cet acte et ne correspond pas à une évolution du

185. Sur la notion et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, outre l'ouvrage précité, voy. not. Ch. LARROUMET, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », *D.*, 1999, chr., 33 ; P. SARGOS, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », *J.C.P.*, 2000, I, 202 ; E. GOUESSE, « Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation », *Petites Aff.*, 25 janvier 2000, 10 ; J. GUIGUE, « Aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État ? », *Gaz. Pal.*, 22-23 mars 2000, 2 ; D. MAZEAUD, « Indemnisation de l'aléa thérapeutique (interview) », *D.*, 2001, 1550 ; F. EWALD, « Philosophies de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique », in *Responsabilité et accidents médicaux*, Gand, Mys & Breesch, 1996, 119.

186. Ch. LARROUMET, *o.c.*, 34, n° 7.

mal qui atteint le patient »¹⁸⁷ semble ainsi un peu trop large ; la formule utilisée par la Cour de cassation française (*infra*, n° 52) nous paraît meilleure.

On a pu relever à juste titre que le droit de la responsabilité s'emploie en général à éliminer le hasard dans la chaîne des événements causals — sauf s'il s'assimile à un cas fortuit ou de force majeure, ces notions étant interprétées strictement — « grâce à un renforcement du concept de faute : l'acteur diligent est tenu de dominer l'effet de hasard par la prudence de son comportement »¹⁸⁸. Il n'en va pas exactement de même en matière de responsabilité médicale où le hasard, ici qualifié d'aléa, conserve une place certaine.

51 Peut-on indemniser l'aléa thérapeutique ? En France, le Conseil d'État opte pour l'affirmative, la Cour de cassation pour la négative. Cette différence est explicable¹⁸⁹.

Dans son célèbre **arrêt Bianchi du 9 avril 1993**, le Conseil d'État français décide qu'en l'absence de toute faute, « la responsabilité du service public hospitalier est engagée lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle, et lorsque l'exécution de cet acte est la cause directe d'un dommage sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état et présente un caractère d'extrême gravité »¹⁹⁰ — manière de faire intervenir le critère du cours normal des choses dans une responsabilité basée sur le risque. Cette solution fut ensuite étendue au cas où « l'acte médical a été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique »¹⁹¹.

187. Ch. LARROUMET, *o.c.*, 35, n° 8.

188. F. RIGAUD, « Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité », in *Mélanges Roger O. Dalq*, Larcier, 1994, 512.

189. Ch. LARROUMET, *o.c.*, 33-34, qui examine l'opportunité et la possibilité d'indemniser cet aléa en droit privé et conclut — à juste titre selon nous — que cela ne paraît pas possible, en tout cas par le biais de la responsabilité du médecin.

190. C.E. fr., 9 avril 1993, *A.J.D.A.*, 1993, 344 et 383, chr. MAUGUÉ et TOUVET, *J.C.P.*, 1993, II, 22061, note MOREAU, *D.*, 1994, somm., 65, obs. BON et TERNEYRE, *R.F.D. adm.*, 1993, 573, concl. DAËL, *Petites Aff.*, 19 mai 1993, note THIRIEZ, *R.D. publ.*, 1993, 1099, note PAILLET ; C.E. fr., 27 octobre 2000 (2 arrêts), *D.*, 2001, jur., 196, concl. CHAUVAUX.

191. C.E. fr., 3 novembre 1997, *J.C.P.*, 1998, II, 10016, note MOREAU, *D.*, 1998, jur., 146, note CHRESTIA, *D.*, 1999, somm., 45, obs. BON et TERNEYRE, *Petites Aff.*, 9 janvier 1998, note LECOCQ et 28 janvier 1998, note ALLOITEAU.

La jurisprudence administrative française admet ainsi la réparation de l'aléa thérapeutique, mais avec d'importantes limitations qui restreignent drastiquement les cas d'application (réalisation exceptionnelle, dommage d'extrême gravité, cause directe, dommage sans rapport avec l'état du patient). Il a été suggéré à la haute juridiction judiciaire d'aller dans le même sens sur la base du constat que la responsabilité à base de faute n'est pas adaptée « à l'indemnisation de l'accident qui se caractérise par un dommage nouveau apparu à l'occasion de l'acte médical lui-même et qui ne doit rien à la maladie que cet acte était destiné à soigner (...). Il serait plus rationnel de fonder sur une obligation de sécurité distincte de l'obligation de moyens la nécessaire indemnisation des accidents médicaux (...). Bien entendu, cette obligation serait de résultat »¹⁹².

En droit privé, ce serait, pensons-nous, aller trop loin. En cas de dommage consécutif à un *pur aléa*, il ne peut y avoir de place pour la responsabilité du médecin, d'une part car il n'y a *pas de faute* et que son obligation de principe n'est que de *moyens*, d'autre part car il ne saurait prémunir son patient contre *tous* les risques. La résurgence de l'aléa que l'on constate actuellement illustre donc, en contrepoint, un *regain de la faute* comme base première de la responsabilité médicale, puisque cette référence à l'aléa sert à expliquer pourquoi, alors qu'il y a dommage, parfois gravissime, la responsabilité ne peut être retenue. Il ne faudrait pas que les patients puissent se contenter d'invoquer qu'un dommage s'est réalisé à l'occasion d'un acte médical, car ce serait ôter tout sens à la notion même de responsabilité. Prouver le dommage ne suffit pas, ainsi qu'on l'a rappelé.

En définitive, dans l'hypothèse d'un échec médical constitué par un accident survenant au cours même de l'intervention, on invoquera l'aléa thérapeutique lorsqu'il n'y a pas place pour la responsabilité en l'absence de critère sur laquelle appuyer celle-ci¹⁹³. Cet aléa est *irréductible* et se *distingue* de l'indispensable sécurité du malade¹⁹⁴.

192. G. VINEY et P. JOURDAIN, « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *J.C.P.*, 1997, I, 4016, qui proposent une distinction générale entre *l'accident médical* et *l'échec des soins*.

193. Dans ses arrêts relatifs aux infections nosocomiales, la Cour de cassation a tracé, avec l'appui de la doctrine, une première esquisse de frontière entre le droit de la responsabilité médicale proprement dit et le droit des accidents médicaux (D. MAZEAUD, obs. sous Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *Defr.*, 1999, 996, n° 72).

194. Le professeur Lambert-Faivre évoque à ce propos « une question de frontière, délicate à tra-

La Cour de cassation française a en effet très clairement posé que la reconnaissance d'une obligation déterminée de sécurité *laisse intacte la nature essentielle de l'engagement du médecin, qui n'est que de moyens*. Le domaine de l'aléa thérapeutique est dès lors bien réel : il concerne tous les accidents médicaux découlant de la *réalisation d'un risque au cours de l'intervention ou du traitement*¹⁹⁵. Il ne peut être question de rendre le médecin ou l'hôpital responsable de ces risques qui ne s'apparentent pas à des infections nosocomiales et ne concernent pas la fourniture d'un produit. Il n'y a pas de responsabilité *générale* à base de risque.

52 Sur ce point, Belgique et France se rejoignent. Aucune décision belge n'offre cependant, à notre connaissance, de point d'appui. La Cour de cassation française ne suit pas la voie tracée par le Conseil d'État et n'accepte pas que soit indemnisé, selon sa formule, le « *risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne peut être maîtrisé* » — lequel ne relève pas du domaine de l'obligation contractuelle de sécurité, pour autant bien entendu que le patient en ait été dûment informé. La Cour forge ainsi une jurisprudence nuancée et cohérente en confirmant la nécessaire distinction des infections nosocomiales et des accidents médicaux imputables à un aléa¹⁹⁶, car les premières peuvent donner lieu à une indemnisation dans l'état actuel du droit tandis que les seconds ne le peuvent pas.

cer, entre l'accident médical indemnisable et celui qui ne l'est pas au regard des règles de la responsabilité civile (...). La Cour de cassation établit une frontière que l'on peut synthétiser en une formule : oui à l'obligation déterminée de sécurité, non à l'aléa thérapeutique » (Y. LAMBERT-FAIVRE, « La réparation de l'accident médical », *D.*, 2001, chr., 570 et 572, qui rappelle qu'elle a personnellement « *toujours défendu l'exigence d'une obligation déterminée de sécurité dans le contrat médical, même sans faute prouvée* » ; du même auteur, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 4^e éd., 2000, 661 et s.).

195. Voy. not. l'étude de P. SARGOS, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », *J.C.P.*, 2000, I, 202.

196. Dans son rapport précédant les arrêts précités du 29 juin 1999 (*J.C.P.*, 1999, II, 10.138, n° 28), le conseiller Sargos soulignait lui-même que le choix d'une obligation de sécurité en matière d'infection nosocomiale « *n'impliquerait pas nécessairement que la Cour de cassation retienne également une obligation de résultat sur la question, tout à fait différente, (...) de la réparation de l'aléa thérapeutique. L'obligation de sécurité de résultat serait strictement cantonnée, en l'état, aux seules infections nosocomiales* » (nous soulignons), de sorte que seule la faute du médecin resterait de nature à engager sa responsabilité en cas d'échec des soins dispensés.

La Cour recourt à cette formule dans un arrêt explicite du **8 novembre 2000**¹⁹⁷ : « *La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient* ».

En l'espèce, le patient, atteint d'une hydrocéphalie, avait fait l'objet d'une intervention chirurgicale réalisée par un neurochirurgien et, immédiatement après l'intervention, avait présenté une paralysie irréversible des membres inférieurs. La cour d'appel de Bordeaux, dans l'arrêt entrepris du 14 décembre 1998¹⁹⁸, *exclut toute faute* commise par le praticien et constate que l'état du patient résulte d'un infarctus spontané du cône médullaire directement imputable à l'opération. Elle condamne néanmoins le médecin à réparer le préjudice résultant de la survenance de cet aléa thérapeutique au motif qu'il était tenu d'une « obligation contractuelle de sécurité », comme le fera un mois plus tard la cour d'appel de Paris dans l'arrêt précité du 15 janvier 1999 (*supra*, n° 39). La décision bordelaise est censurée pour avoir excédé les bornes de cette notion, dès lors qu'elle avait constaté *la survenance, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé*.

L'enseignement de cette décision est textuellement répété un an plus tard jour pour jour¹⁹⁹.

On constate donc sur ce point, en France, un hiatus entre les deux hautes juridictions qui a pour effet que les patients sont différemment protégés par le droit selon qu'ils se font soigner dans un hôpital public ou une

197. Cass. fr., 1^e civ., 8 novembre 2000, *Gaz. Pal.*, 17-19 déc. 2000, 48, note J. BONNEAU, *J.C.P.*, 2001, II, 10493, rapport SARGOS, note Fr. CHABAS, *D.*, 2001, 3083, obs. J. PENNEAU, *Defr.*, 2001, art. 37309, n° 18, obs. J.-L. AUBERT, *Petites Aff.*, 4 décembre 2000, 14, note S. PRIEUR.

198. Cité par R.O. DALCO, « L'évolution récente de la responsabilité médicale », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Die Keure, 2001, 726.

199. Cass. fr., 1^e civ., 8 novembre 2001, *D.*, 2001, 3083, obs. J. PENNEAU. L'arrêt entrepris avait ici exclu toute faute commise par le praticien et constaté que la cécité du patient résultait d'un accident vasculaire, mais néanmoins condamné le médecin au motif qu'il était tenu d'une « obligation de sécurité qui l'oblige à réparer le dommage causé à son patient par un acte chirurgical nécessaire au traitement, même en l'absence de faute, lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état ». Il est pareillement cassé au motif que la cour d'appel avait constaté la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé.

clinique privée²⁰⁰. Certains auteurs plaident dès lors pour une extension semblable de la responsabilité lorsqu'un accident médical dû à la réalisation d'un aléa thérapeutique survient dans une clinique ou dans le cabinet d'un praticien²⁰¹ tandis que d'autres soutiennent, à juste titre selon nous, que le législateur doit ici intervenir pour « *organiser la prise en charge de l'accident médical qui ne relève ni de la faute, ni du risque (obligation de sécurité), mais de cette frange de malheur qui, hors des mécanismes de responsabilité, ne peut relever que de la solidarité* »²⁰².

53 En Belgique, plusieurs voix se font entendre pour souhaiter l'avènement d'une législation spécifique relative aux accidents médicaux consécutifs à la réalisation d'un aléa, qu'il est impossible de réparer par le jeu de la responsabilité civile individuelle²⁰³. Plusieurs propositions de lois furent déposées, notamment en 2003, mais sans aboutir. Il s'agirait d'instaurer un mécanisme de *collectivisation* du risque qu'illustrent ces accidents par la mise sur pied d'un système d'indemnisation *no-fault* et même entièrement détaché des mécanismes de responsabilité. L'activité parlementaire a récemment rebondi²⁰⁴.

De la comparaison entre les infections nosocomiales et les accidents médicaux consécutifs à un aléa, il ressort que le critère de démarcation semble devoir être trouvé dans le *lien* existant entre l'affection dommageable et le traitement entrepris : la survenance d'un « risque accidentel *inhérent* à

200. La doctrine le déplore : Ch. LARROUMET, art. précité.

201. Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE, obs. sous Cass. fr., 20 mai 1936 et Cass. fr., 1^e civ., 29 juin 1999, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11^e éd., 2000, t. II, nos 161-162, n° 7.

202. Y. LAMBERT-FAIVRE, *o.c.*, 573.

203. *Responsabilité et accidents médicaux*, Gand, Mys & Breesch, 1996 ; J.-L. FAGNART, « La réparation des accidents médicaux. Perspectives d'avenir », in *Actualités du droit de la santé*, J. CRUY-PLANTS et J.-L. FAGNART (dir.), Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1999, 361 ; R.O. DALCQ, « L'évolution récente de la responsabilité médicale », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, Die Keure, 2001, 734 et s.

204. Voy. le rapport de H. DIERICKX, « Auditions sur les aléas thérapeutiques et la responsabilité médicale ». Rapport fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société, *Doc. parl.*, Ch., S.O. 2003-2004, 27 avril 2004, n° 51-1052/001, ainsi que l'étude très complète de C. DELFORGE, « Vers un nouveau régime d'indemnisation des accidents médicaux ? », *Rev. dr. santé*, 2004-2005, 86, qui examine les propositions de lois belges à la lumière des solutions retenues en droit comparé.

l'acte médical » n'entraîne pas la responsabilité ; l'apparition d'une infection nosocomiale *sans aucun rapport* avec le traitement doit être mise à la charge du praticien et/ou de l'institution de soins.

Conclusion



54 Notre ambition était, outre d'exposer l'état de la jurisprudence relative à la responsabilité médicale, de contribuer à démontrer qu'une évolution de cette matière est possible au moyen d'une analyse renouvelée des enjeux qu'elle comporte et du rôle que le droit peut et doit y jouer. Les pistes ici esquissées peuvent à bien des égards être empruntées sans qu'il soit besoin d'un texte nouveau, pourvu qu'existent une certaine audace et une réflexion affinée.

Il n'est pas besoin d'attendre que le législateur s'attaque à la matière pour la faire avancer. Il y a certainement lieu de s'orienter vers la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat accessoire à l'obligation principale de moyens et aux contours bien définis. Il ne saurait en revanche être question d'instaurer une responsabilité objective *générale* pour les accidents médicaux sans relation avec l'échec des soins. À l'égard de ces derniers, une intervention législative serait nécessaire, à tout le moins pour prévoir l'indemnisation des préjudices irrémédiablement liés à la réalisation d'un aléa sans que l'on puisse convoquer les notions de risque ou de sécurité. Nous ajoutons sur ce point notre voix à l'édifice doctrinal existant.

Pareille intervention permettrait la prise en charge, en dehors du système de la responsabilité civile, de ces accidents médicaux qui ne peuvent s'insérer dans le schéma classique « élargi » que nous avons présenté. C'est qu'il ne s'agit alors pas de responsabilité, quel qu'en soit le fondement, mais d'une prise en charge collective de malheurs exceptionnels. Ce n'est pas nouveau : la responsabilité civile n'a nulle vocation à soulager l'intégralité des souffrances, malheurs, dommages ou préjudices généralement quelconques. Le législateur l'a compris en instituant divers Fonds (accidents du tra-

vail, garantie automobile, aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, etc.)²⁰⁵.

Nous voudrions également, en conclusion, insister sur ce qu'un dialogue attentif entre patient et médecin, tant avant qu'après le traitement, peut désamorcer bien des litiges dans une matière où, plus encore que dans d'autres, la confiance réciproque est une vertu cardinale. À l'heure où la médiation est portée sur les fonts baptismaux des modes alternatifs de règlement des différends, il est incontestable que les avocats ont un grand rôle à jouer dans la mise en place de ce dialogue. Peut-être est-ce d'ailleurs la fameuse « culture du compromis » qui explique en partie que la jurisprudence soit moins abondante en la matière en Belgique qu'en France et, par tant, moins sévère.

Cela étant, il n'est guère novateur de considérer, en droit médical comme ailleurs mais peut-être surtout en cette matière, « que l'objectif à atteindre est l'indemnisation rapide et équitable de tous les dommages encourus par les victimes d'accidents »²⁰⁶. Il reste à découvrir — par la voie jurisprudentielle — ou à atteindre — par l'action législative — cette noble ambition. La tâche n'est pas impossible, d'autant que n'est impossible que ce en quoi l'on ne croit pas ou qui n'est pas digne d'être tenté.

205. On consultera à cet égard avec profit les travaux de Mme DAVID-CONSTANT rassemblés in *Textes choisis*, Fac. dr. Liège, 1984, sp. les cinq articles réunis aux pp. 51-111.

206. F. RIGAUX, « Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité », in *Mélanges Roger O. Dalq*, Larcier, 1994, 522. Nous nous rallions pleinement aux conclusions de cette belle étude (522-523).