

Le tribunal ne partage pas cette vue des choses. Même si les infections nosocomiales peuvent être significativement réduites par l'adoption de mesures rigoureuses en matière d'hygiène et de prévention, il n'en reste pas moins qu'elles constituent un risque inévitable.

En effet, il est admis que, même en cas d'adoption de règles d'hygiène strictes, le risque d'infections nosocomiales n'est réduit que de trente à quarante pour cent (*in X, La responsabilité médicale, Actualité du dommage corporel*, volume n°8.2003, p. 87).

Le risque de contracter une telle infection est connu par tout patient appelé à séjourner au sein d'un établissement hospitalier. Il s'agit d'un aléa thérapeutique comme un autre ; il n'y a pas de motif juridique de traiter cet aléa différemment des autres et de placer systématiquement la charge de cet aléa sur le médecin plutôt que sur le patient. Une expertise médicale n'est pas de nature à apporter davantage d'éclaircissements en ce litige.

La demande sera, en conséquence, déclarée recevable mais non fondée.

Par ces motifs,

Déclare la demande principale recevable et mais non fondée

Siège: Mme **Coirbay** Greffier: Mme **Denolf**

Plaid.: Mes **E. Hannosset** et **I. Lutte**

J.L.M.B.10/185

Observations

Infections nosocomiales : la responsabilité médicale au milieu du gué

La problématique des infections nosocomiales est, depuis longtemps déjà, aussi irritante pour les théoriciens et praticiens du droit médical qu'elle est douloureuse et souvent injuste pour les patients qui en sont victimes. Il s'agit, comme l'on sait, d'infections acquises au cours du séjour à l'hôpital, en tenant compte d'un délai d'incubation généralement admis de 48 heures¹; elles sont donc, d'une part, absentes à l'admission et, d'autre part et surtout, *indépendantes des soins prodigués et de l'affection pour le traitement de laquelle l'hospitalisation a eu lieu*. On sait aussi que, quelles que soient l'ampleur et la rigueur des mesures d'asepsie et de désinfection mises en place, le taux d'infections nosocomiales est pour ainsi dire incompressible et constant : elles existent de manière universelle dans toute institution hospitalière et il paraît impossible de les éradiquer, ne fût-ce qu'en raison de leur genèse très certainement multi-factorielle et quasiment toujours impossible à déterminer avec précision. Il est dès lors hardi de déduire en soi de la survenance d'une telle infection l'existence d'une *faute* dans le chef de l'hôpital ou de son personnel; il importe pourtant d'indemniser les victimes, car c'est l'une des fonctions du droit de la responsabilité civile².

La problématique ici examinée sera appréhendée différemment à l'avenir. En effet, alors que le présent commentaire était déjà rédigé, la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé a été promulguée et publiée (*M.B.*, 2 avril 2010). Ce texte – qui n'est pas encore en vigueur, mais est destiné à s'appliquer à tout accident médical postérieur au 2 avril 2010 – remplace les lois mort-nées du 15 mai 2007 ayant le même objet. Il crée un droit à l'indemnisation des

1. Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.573; M. VANDERWECKENE, Les infections nosocomiales : une simple question d'hygiène hospitalière?, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.568.

2. Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, à paraître en juin 2010, 266-272 et, sur les infections nosocomiales, 422-433.

accidents médicaux d'origine non fautive et instaure une procédure amiable de résolution des litiges, par l'intermédiaire du Fonds des accidents médicaux, *sans toutefois supprimer le recours au juge*, ce qui constitue l'inflexion majeure et bienvenue par rapport à la loi de 2007. Le droit commun est *maintenu en matière de responsabilité*, tandis que la solidarité nationale prend le relais en cas d'accident médical *sans responsabilité*, en vue de permettre l'indemnisation des seuls dommages *graves* consécutifs à un accident thérapeutique³

La jurisprudence belge est sur ce point suffisamment rare pour que chacune de ses étapes mérite d'être épinglée; les décisions rapportées témoignent de l'irréductible controverse qui la parcourt. Creusant plus profondément un sillage qu'elles avaient déjà entrepris de dessiner, les juridictions liégeoises font à cet égard œuvre progressiste (*I*). Le tribunal de première instance de Bruxelles s'en tient pour sa part à une approche plus classique, dont on peut risquer le pari qu'elle trouverait grâce aux yeux de la Cour de cassation, compte tenu de sa jurisprudence récente (*II*).

I. A Liège : une obligation de sécurité de résultat

Les deux décisions liégeoises rapportées ci-dessus, l'une en degré d'appel et l'autre en première instance, autorisent à penser que les juridictions principautaires se prononcent désormais nettement en faveur de la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat, accessoire à l'obligation principale de soins qui demeure évidemment de moyens, lorsqu'elles sont confrontées à une infection dont le caractère nosocomial et exogène est *clairement établi* (que ce soit au moyen d'un rapport d'expertise ou de documents médicaux produits par la victime, ou encore parce que ce caractère n'est pas contesté par l'hôpital ou son assureur).

Une fois que le dommage dont l'indemnisation est réclamée est ainsi identifié comme procédant d'une infection nosocomiale "pure", donc *exogène* – autrement dit indépendante de l'état du patient et de son évolution prévisible –, quel raisonnement juridique tenir? Quelle réponse le droit peut-il apporter à la revendication légitime d'un patient injustement et arbitrairement frappé par un mal totalement *distinct* des soins qu'il a reçus? Au sein d'une jurisprudence belge peu fournie en la matière – la doctrine "prospective" étant quant à elle relativement peu prolixe⁴ –, les juridictions liégeoises optent pour une analyse novatrice en consacrant, à au moins quatre reprises à ce jour, la direction empruntée par la jurisprudence française⁵.

3. Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010. Travaux parlementaires : *Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 2009-2010, n° 52-2240/001, 52-2240/006 et 52-2241/001. Pour une description du contenu et des implications de ce texte, voy. G. GENICOT, *op. cit.*, 438 et suivantes.

4. Sur la question, voy., outre les références déjà citées, S. CALLENS, *Gezondheidsrechtelijke bedenkingen bij ziekenhuisinfecties, in Recht in beweging*, Maklu, 2006, 237; R.O. DALCO, *A propos des infections nosocomiales*, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 3; W. DIJKHOFFZ, *Ziekenhuisinfecties : de (h)oord van het beestje? Een actuele stand op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht met rechtsvergelijkende kanttekeningen*, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, 276; C. LEMMENS, *Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties : een inspannings- dan wel een resultaatverbintenis?*, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, 375; I. LUTTE, *Aspect médico-légal des infections nosocomiales*, in *Actualités du dommage corporel. La responsabilité médicale*, P. LUCAS et M. STEHMAN (éd.), Juridoc, 2003, 65.

5. Solutions jurisprudentielles ensuite intégrées, chez nos voisins, dans les lois n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale et à l'assurance de la responsabilité médicale. Voy. notamment sur le régime mis en place par ces textes quant aux infections nosocomiales et aux risques thérapeutiques au sens large directement inspirateur du système « à deux voies » instauré par la loi du 31 mars 2010. 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; dans le même ouvrage, G. VINEY, *L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français*, 851; C. BOU, *Les apports de la loi du 4 mars 2002 concernant l'indemnisation des accidents médicaux*, et D. DENDONCKER, *Les infections nosocomiales, la jurisprudence et la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002*, *Gaz. Pal.*, 4-5 avril 2003; 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 acci-*

La première occasion fut offerte au tribunal de première instance de Liège dans une espèce où il s'agissait, comme dans le jugement rapporté du 30 novembre 2009, d'une infection au staphylocoque doré qui avait été clairement qualifiée d'infection nosocomiale exogène par le collège d'experts – ce qui n'est pas si souvent le cas – et avait entraîné de très lourdes séquelles. Dans un jugement du 17 janvier 2005, longuement motivé, le tribunal considère 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 il ne s'en tient pas à ce fondement classique puisqu'il ajoute surtout qu'"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"⁶.

Un an plus tard, dans un arrêt du 15 mai 2006 – relatif à la contamination par le virus de l'hépatite C d'un patient soigné à la suite d'un accident de la route –, la cour d'appel de Liège répète ce message : "le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé met à 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 ou le sang qu'il fournit. Une telle obligation de résultat existe également quant au *matériel utilisé* pour l'exécution d'un acte d'investigation ou de soins. *Elle existe également en matière d'infections nosocomiales*, le contrat d'hospitalisation et de soins mettant à charge de l'établissement de santé une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. En conséquence, dès que la relation de causalité est établie, il doit être admis que l'obligation de sécurité de l'établissement ne cède que devant la preuve d'une *cause étrangère* et non pas de l'absence de faute. Il est inadmissible 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 en y entrant et qui est sans rapport avec les raisons de ce séjour"⁷.

Les deux décisions liégeoises commentées s'inscrivent dans la même voie. Le jugement du 30 novembre 2009 concerne une infection nosocomiale non contestée (infection cutanée au staphylocoque doré consécutive au placement d'un cathéter lombaire destiné à l'extraction du liquide céphalo-rachidien) et l'arrêt du 18 juin 2008 est relatif à un abcès hépatique induit par l'injection d'un produit de contraste par intraveineuse lors d'un scanner; son caractère nosocomial et exogène était plus incertain, mais a

(suite de la note 5, p. 756)

dents thérapeutiques, in P. JOURDAIN, A. LAUDE, J. PENNEAU et S. PORCHY-SIMON, Le nouveau droit des malades, Litec, Carré Droit, 2002, 83 et 97; 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. FAURE (dir.), P.U.F., Ceprisca, 2003, 19. *Adde* les articles de J. PENNEAU, S. PORCHY-SIMON et P. SARGOS in *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Dalloz, 2002, 335, 361 et 375.

6. Civ. Liège, 17 janvier 2005, *cette revue*, 2006, 1185 (nous mettons en évidence).

7. Liège, 15 novembre 2006, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.352, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, 362. La cour d'appel relève que le test pour l'hépatite C n'a été rendu obligatoire que le 1^{er} juillet 1990, mais que le risque de transmission du virus par les transfusions était bien connu avant cette date, et que l'hôpital ne prouve pas qu'il a effectué le moindre test préalable à cet effet. Elle ajoute que la raison ayant poussé le législateur à rendre les tests obligatoires résidait précisément dans les risques connus et fréquents de contamination.

convaincu la cour d'appel sur la base – il convient de le souligner – non d'une expertise judiciaire, mais des documents et rapports médicaux produits par la victime.

Ces décisions reproduisent textuellement l'enseignement de la Cour de cassation française et la suggestion que nous avons pu émettre⁸. Il s'agit, en synthèse, d'admettre l'existence d'une obligation de sécurité *accessoire* à l'obligation principale de soins et qui, elle, est de résultat. Nous ne reviendrons pas ici sur les justifications de cette évolution, et sur la distinction qu'il convient à notre sens d'opérer entre les infections nosocomiales et l'aléa thérapeutique; on comprendra sans mal que nous nous réjouissons de cette double confirmation d'une approche liégeoise audacieuse, tout en souhaitant bien entendu, qu'elle demeure cantonnée à un objet précis – les infections nosocomiales établies, mais aussi la sécurité des appareils, produits, médicaments et autres dispositifs médicaux – et ne contamine pas l'aléa thérapeutique "pur", qu'il paraît impossible d'intégrer dans le droit de la responsabilité civile, fût-il "renouvelé"⁹. Dès lors que cette obligation de sécurité est de résultat, l'hôpital doit, pour être exonéré, rapporter la preuve d'une cause étrangère libératoire, ce qu'il restera, comme dans les deux espèces commentées, quasiment toujours en défaut de faire.

Le jugement du 30 novembre 2009 met encore en exergue un point important lorsqu'il ajoute que, "pour obtenir une indemnisation, il faut que la *relation causale* entre l'infection nosocomiale et le dommage dont se plaint le patient soit établie". Cette constante du droit de la responsabilité, stricte et rigoureuse, a été réaffirmée avec fermeté par la Cour de cassation au fil de plusieurs arrêts récents¹⁰. Il y a tout lieu de penser qu'en soi, cette preuve ne sera pas trop difficile à administrer dans pareil contexte, l'obstacle consistant plus souvent à convaincre le juge du caractère *nosocomial exogène* de l'infection contractée. L'intérêt de la précision tient dans cette petite phrase : déduisant une certitude judiciaire du rapport d'expertise, le tribunal rappelle que sa conviction "peut découler d'une très haute vraisemblance non contredite" et ajoute que "la preuve du lien causal ne doit pas être absolue, une certitude judiciaire suffit, pour autant qu'elle ne se heurte pas à des incertitudes scientifiques établies par des pièces probantes". On peut y apercevoir, en filigrane, une allusion à un enjeu souvent crucial des responsabilités professionnelles : le lien subtil et nécessaire entre (in)certitudes scientifiques et convictions humaines, ou la traduction de relativités expérimentales en affirmations judiciaires¹¹...

8. Sur la jurisprudence française, son évolution et sa réception par la doctrine, et sur ce qu'il est "inadmissible que le séjour d'un patient en clinique lui fasse courir le risque d'en sortir affecté d'une grave infection qu'il n'avait pas en y entrant et qui est sans rapport avec les raisons de ce séjour. L'aléa médical, qui justifie que l'obligation 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 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", voy. G. GENICOT, Faute, risque, aléa, sécurité, in *Droit médical*, Y.-H. LELEU (dir.), Larcier, CUP, vol. 79, 2005, 141-151, et désormais notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, Larcier, précité, 425-429.

9. Sur la prise en compte, en droit de la responsabilité médicale, du risque, de la précaution et de la sécurité, et sur l'exclusion de l'aléa thérapeutique, voy. notre ouvrage précité, 409-438.

10. Sur la constatation de l'existence d'un lien causal certain, la rupture de ce lien par interposition d'une cause étrangère et l'incidence d'une faute du patient, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, 484-504.

11. Sur la certitude judiciaire, et spécialement en ce sens que "le pouvoir d'appréciation du juge ne lui permet pas de décréter une certitude là où les savants reconnaissent leur ignorance", voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, 162-167, n° 321-331, ici 165, n° 328. Pour une étude approfondie de la façon dont les savoirs extérieurs au droit sont intégrés et pris en considération par les juges, voy. O. LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 2005; A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, L.G.D.J., Droit et économie, 2008. Voy. aussi sur ce point les pertinentes analyses de F. RIGAUX (Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité, in *Responsabilités et assurances. Mélanges Roger O. Dalcq*, Larcier, 1994, 507) et M. HARICHAUX (Relativité des données de la science et responsabilité médicale, in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, 1603). *Adde* l'ouvrage collectif *Science, éthique et droit*, N.M. LE DOUARIN et C. PUIGELIER (dir.), Odile Jacob, 2007.

II. A Bruxelles : un aléa thérapeutique "comme un autre" ... appelant dès lors une indemnisation en dehors de la responsabilité civile

Par contraste avec les décisions liégeoises qui précèdent, le jugement bruxellois rapporté s'en tient à une analyse plus classique. Il s'agissait ici d'une infection du système pulmonaire due à la légionellose. Le juge commence par relever que le patient n'apporte pas la preuve de l'existence d'un risque accru de légionellose au sein de l'hôpital considéré à l'époque où il y a séjourné, de sorte qu'il n'établit pas que l'hôpital a manqué à son devoir d'information ou qu'il n'aurait pas pris les mesures adéquates en présence d'un tel risque prétendument accru d'infection, puisque celui-ci n'est pas démontré. Il ajoute que, "même si les infections nosocomiales peuvent être significativement réduites par l'adoption de mesures rigoureuses en matière d'hygiène et de prévention, il n'en reste pas moins qu'elles constituent un risque inévitable. En effet, il est admis que, même en cas d'adoption de règles d'hygiène strictes, le risque d'infections nosocomiales n'est réduit que de trente à quarante pour cent. Le risque de contracter une telle infection est connu par tout patient appelé à séjourner au sein d'un établissement hospitalier. *Il s'agit d'un aléa thérapeutique comme un autre*; il n'y a pas de motif juridique de traiter cet aléa différemment des autres et de placer systématiquement la charge de cet aléa sur le médecin plutôt que sur le patient".

Cette décision s'inscrit dans une tendance traditionnelle, qui reste dominante, selon laquelle la problématique des infections nosocomiales ne peut être appréhendée que par le prisme des règles classiques de responsabilité civile, qui supposent que la victime apporte la preuve d'une *faute* et d'un *lien de causalité* entre celle-ci et son dommage. Le jugement liégeois précité du 7 janvier 2002 était déjà en ce sens : s'agissant d'une infection nosocomiale dont il n'était pas établi qu'elle avait été contractée avec du matériel médical vicié ou défectueux, le tribunal s'en tenait au constat que "seule la responsabilité sur la base de 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"¹². L'habitude des juridictions belges, confrontées à semblables dommages, les amène à ne pas distinguer ceux-ci des autres accidents médicaux et de suivre les rails bien huilés des articles 1382 ou 1384, alinéa 1^{er}, du code civil, voire de débouter le patient sur le terrain de la causalité¹³.

On constate que le rejet de la demande d'indemnisation se fait parfois au prix de curieuses torsions. Ainsi, dans un arrêt du 26 janvier 2004, la cour d'appel d'Anvers s'interroge-t-elle sur la cause *du fait générateur lui-même*; en toute logique, cette question n'a pas lieu de se poser dans un système dominé – à juste titre selon nous – par la théorie de l'équivalence des conditions, qui ne requiert pas que soit précisée "la cause de la cause du dommage"¹⁴. Il demeure que, selon le contexte, la responsabilité pourra être retenue sur l'un et/ou l'autre de ces fondements classiques, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la même cour d'appel, plus orthodoxe, du 21 décembre 2001¹⁵.

12. Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.573.

13. Voy. par exemple. Bruxelles, 29 septembre 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 55 (le seul fait qu'un patient a été contaminé par un staphylocoque doré multirésistant après qu'il a quitté l'hôpital ne prouve pas le lien causal entre son séjour à l'hôpital et l'infection, et ne peut donc engager la responsabilité de l'institution en tant que gardienne d'une chose viciée).

14. Anvers 26 janvier 2004, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, 293 (décès du patient dû à une endocardite par infection aux staphylocoques; si *l'infection n'est par conséquent pas contestée*, la cause exacte de l'endocardite aiguë *due aux staphylocoques* ne peut pas être prouvée – improbabilité scientifique qu'un staphylocoque doré résulte d'un cathéter non stérile; procédure très sûre et éprouvée de stérilisation du cathéter –; elle peut être due à différentes causes et *la cause exacte est obscure et impossible à prouver*).

15. Anvers, 12 décembre 2001, *Rev. dr. Santé*, 2005-2006, 295 (lésion au genou après un accident du travail, traitée par une arthroscopie du genou; une infection postopératoire de la plaie se déclare). L'arrêt constate que cette infection est due à un matériel insuffisamment désinfecté; la procédure de désinfection inadéquate, de

On peut ici épingler un autre arrêt de la cour d'appel de Liège du 24 mai 2004, concernant la responsabilité d'un chirurgien, qui met en exergue son obligation contractuelle "d'utiliser tous les moyens en vue d'obtenir une sécurité absolue, de sorte que l'intervention chirurgicale ne présente aucun danger pour le patient", qualifiée d'obligation de moyens et non de résultat : "les connaissances du médecin doivent (...) être consacrées à veiller à ce qu'aucun dommage ne puisse être encouru par le patient (*primum non nocere* ou *first do no harm*)". Selon la cour d'appel, cette obligation de sécurité consiste "à ne pas compromettre le bien du patient" en lui causant des "dommages sérieux qui dépassent les limites de ce qui est normalement prévisible dans une maladie ou affection définie (...). Le principe *primum non nocere* s'étend aux dommages qui n'ont rien à voir avec l'évolution initiale ou prévisible – sans intervention médicale – de l'état de santé du patient". Elle poursuit d'une manière originale, en plaçant le débat sur le plan de l'obligation d'information : "le chirurgien peut s'exonérer de l'obligation contractuelle de sécurité en en faisant part expressément au patient. Une telle clause d'exonération doit se faire de préférence par écrit et doit énumérer de manière limitative les conséquences dommageables que le patient doit, en consentant à l'examen (ou à) l'intervention, se déclarer disposé à accepter". En l'espèce, "il ne semble pas que le patient ait reçu une information préalable concernant les conséquences dommageables telles qu'elles se sont produites *in casu*. Le médecin doit par conséquent indemniser les dommages constatés qui dépassent les limites de ce qui est normalement prévisible"¹⁶.

Il reste qu'il semble aujourd'hui acquis que la Cour de cassation n'est guère encline à valider les approches "audacieuses" en droit de la responsabilité civile, qu'il s'agisse d'une faute "technique" ou d'un manquement au devoir d'information. Dans deux arrêts importants du 16 décembre 2004, elle a – prenant l'exact contre-pied de son homologue française – posé en règle qu'en vertu des articles 1315, alinéa 1^{er}, du code civil et 870 du code judiciaire, "lors d'une contestation civile portant sur un dommage à indemniser, la charge de la preuve relative à la faute, au dommage et au lien de causalité incombe à celui qui demande l'indemnisation du dommage qu'il a subi; il n'y est pas dérogé par la disposition selon laquelle celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Le patient, qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage, a la charge de le prouver"¹⁷.

(suite de la note 15, p. 759)

même que le défaut de contrôle microbiologique du désinfectant et de l'eau de rinçage, sont épinglés comme négligences. La responsabilité extracontractuelle de l'hôpital est retenue (dans une situation préexistante et préoccupante, une série d'infections semblables s'étant déjà produites); celle des employés concernés l'est également (art. 1384, al. 3, c. civ.). Le chirurgien est lui aussi déclaré contractuellement responsable (défaut de surveillance : il avait la possibilité de constater les négligences et pouvait exercer un pouvoir de contrôle). L'arrêt retient qu'en dépit d'une série alarmante d'infections, la procédure de désinfection a été utilisée sans modification sur le patient chez qui l'infection en question s'est déclarée, alors qu'au moment de l'intervention, ce risque aurait dû être considéré comme très important.

16. Liège, 24 mai 2004, *R.G.A.R.*, 2005, n° 13.999, *Rev. dr. santé* 2005-2006, 301 (nous mettons en évidence). Cette approche centrée sur une atteinte à l'autonomie décisionnelle du malade nous paraît devoir être approuvée et approfondie. A l'occasion des trois arrêts cités, un point doctrinal complet de la question a été dressé (W. DIJKHOFFZ, *Ziekenhuisinfecties : de (h)oord van het bestje? Een actuele stand op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht met rechtsvergelijkende kanttekeningen*, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, 276-292). Pour une autre analyse approfondie, voy. I. LUTTE, *Aspect médico-légal des infections nosocomiales*, in *Actualités du dommage corporel. La responsabilité médicale*, P. LUCAS et M. STEHMANN (éd.), *Juridoc*, 2003, 65-91. La doctrine majoritaire approuve l'approche traditionnelle (voy. note R.O. DALCO, *A propos des infections nosocomiales*, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 3). *Adde* les articles précités de S. CALLENS et C. LEMMENS.
17. Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 616, *J.L.M.B.*, 2006, 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, 298, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, 1553, note H. NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161 (nous mettons en évidence). Voy. J.-L. FAGNART, *Information du patient et responsabilité du médecin*, in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, 84-87; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, *L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises*, in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. SCHAMPS (dir.), Bruylant / L.G.D.J., 2008, 66-77.

Sans doute la Cour rappelle-t-elle, conformément à une jurisprudence bien établie, que, si le patient se voit ainsi imposer la charge de la preuve d'un fait négatif, le juge peut considérer que la preuve d'un tel fait ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, mais elle lui interdit de dispenser de cette preuve la partie demanderesse et d'imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire, car cela équivaut à renverser la charge de la preuve¹⁸. Rappelons que la preuve de l'absence d'information et/ou de consentement peut, s'agissant d'un fait, être apportée par toutes voies de droit, en ce compris les présomptions et les témoignages¹⁹, à l'égard desquels le juge du fond jouit d'une grande latitude pour en apprécier la valeur probante²⁰.

Ainsi remodelé avec fermeté par notre Cour suprême, le paysage de la responsabilité civile ne paraît pas autoriser les excursions en dehors des canevas bien établis, dans le but d'indemniser des dommages exceptionnels dont il n'est pas possible d'identifier avec précision ni la cause génératrice, ni *a fortiori* son caractère fautif. Ce constat a, comme l'on sait, été brandi depuis longtemps par plusieurs auteurs ou groupes de travail mettant en avant la fonction "réparatrice" de la responsabilité civile, face à une atteinte grave et non consentie à l'intégrité physique du patient. Le législateur a tenté de régler ce réel problème de société au moyen de deux lois du 15 mai 2007 portant sur l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, que la doctrine fut prompte à critiquer, en raison notamment de l'exclusion inacceptable de tout recours au juge dans ce cadre et de l'opacité, des imperfections et des incohérences du système ainsi mis en place²¹. Ces lois viennent d'être abrogées et remplacées par celle du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, qui met en place un régime plus équilibré et satisfaisant, calqué sur la réglementation française.

La juxtaposition des solutions judiciaires ici rapportées témoigne, si besoin en était, de l'urgence qu'il y avait à faire aboutir ce chantier crucial.

Gilles GENICOT
Maître de conférences à l'U.Lg
Avocat au barreau de Liège

18. Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 712, *R.C.J.B.*, 1959, 46, note J. KIRKPATRICK, L'article 1315 du code civil et la preuve des faits négatifs; Cass., 6 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, 880; J. KIRKPATRICK, Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge, in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, 105.

19. Cass., 28 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, 12, conclusions G. DUBRULLE (implicite); Mons, 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.353, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, 278, note T. VANSWEEVELT. En France : Cass. fr., 1^e civ., 14 octobre 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22942, rapport P. SARGOS, *J.C.P.*, 1997, I, 4068, obs. G. VINEY, *RTDciv.*, 1998, 100, obs. J. MESTRE; 17 février 1998, *J.C.P.*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY; 27 mai 1998, *D.*, 1998, jur., 530, note F. LAROCHE-GISSEROT, *Gaz. Pal.*, 1998, panor., 294.

20. Sur la preuve du défaut d'information et de consentement, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, précité, 175-183, et plus généralement, sur la preuve en droit de la responsabilité, 281-300.

21. Voy. G. GENICOT, *op. cit.*, 438 et suivantes; E. LANGENAKEN, La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé : révolution ou régression?, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.312 et in *Droit de la responsabilité*, B. KOHL (dir.), Anthémis, CUP, vol. 107, 2008, 281; du même auteur, Droits du patient, droits de la personnalité, indemnisation : quelle cohérence?, in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruylant, Famille & Droit, 2009, 93; J.-L. FAGNART, La réparation des dommages résultant de soins de santé. Belles idées et vilaine loi, in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, précité, 407; et, dans le même ouvrage, les "points de vue d'acteurs de terrain" à propos du "nouveau système belge d'indemnisation des dommages liés aux soins de santé", 497-584.