

# DOCTRINE - RECHTSLEER

## L'INFORMATION DU PATIENT QUANT À L'ASPECT FINANCIER D'UNE INTERVENTION MÉDICALE

Gilles GENICOT,

Avocat au barreau de Liège, maître de conférences à l'Université de Liège (1)

### Introduction

1. La présente livraison de la revue publie deux jugements contrastés des juges de paix de Gand, d'une part, et de Bastogne, d'autre part, qui donnent l'occasion de faire le point sur une question rarement abordée: quelle est l'étendue de l'information due au patient en ce qui concerne les aspects financiers de l'intervention qui lui est proposée?

Les faits ayant donné lieu à ces décisions, de même que la teneur de celles-ci, sont d'une grande simplicité.

Le juge de paix de Gand, dans un jugement du 14 juillet 2008 (2), avait à statuer sur la réclamation par un hôpital gantois d'une facture de 1.064,91 euros à une dame qui, dans le courant de l'année 2006, a consulté deux médecins de cet hôpital en vue de subir une double mammoplastie. L'opération est pratiquée sans que, préalablement, le médecin-conseil de sa mutuelle ait rendu un avis écrit favorable; en conséquence, celle-ci décline sa couverture. Le juge de paix dit recevable mais non fondée l'action de l'hôpital, relevant dans sa motivation que celui-ci doit savoir d'expérience qu'à défaut d'avis favorable préalable de son médecin-conseil, la mutuelle n'intervient pas, ce qui implique de lourdes conséquences pécuniaires pour le patient. Après avoir posé que la "conscience sociale" (*maatschappelijk bewustzijn*) exige du médecin qu'il avertisse le patient de cette procédure, il constate *in concreto* que ceci n'a pas été le cas, aucun avis – positif ou négatif – n'ayant été donné, alors qu'il n'eût guère été compliqué pour l'hôpital de s'informer auprès du médecin-conseil de la mutuelle dès lors que celui-ci tardait à rendre son avis, quelle que soit la cause de ce retard. Le magistrat en déduit que la patiente a clairement été traitée – financièrement parlant – d'une manière imprudente et insatisfaisante, insistant sur ce qu'elle n'est pas censée être au courant des arcanes du droit social et des conditions auxquelles le remboursement des soins de santé est effectué, tandis que l'hôpital, ses services administratifs et les praticiens qui y officient en ont une expérience quotidienne. Il ajoute enfin – la précision est d'importance – que rien n'empêchait l'intervention d'être différée afin de faire la clarté sur son caractère remboursable, dès lors qu'elle ne présentait aucun caractère urgent.

Le juge de paix de Bastogne, au contraire, accueille le 11 juin 2010 (3) l'action en récupération de deux factures dirigée par les Cliniques du Sud Luxembourg contre une dame bénéficiant du statut VIPO – et donc du remboursement majoré de ses soins de santé – qui y fut hospitalisée en octobre 2008. À cette occasion, un médecin prescrit des analyses de biologie clinique. La patiente soutenait qu'elle n'avait pas été prévenue du caractère non remboursable par l'assurance maladie obligatoire de certaines prestations de biologie clinique, ni du coût qui pourrait de ce fait être mis à sa charge, de sorte qu'elle n'avait pas donné un consentement suffisamment éclairé aux soins prodigués, et que, même à supposer que le patient soit informé du caractère non remboursable de certaines analyses, il ne pouvait consentir en connaissance de cause à celles-ci que s'il en connaissait le

(1) L'auteur est membre du Comité consultatif de Bioéthique et de la Commission de contrôle et d'évaluation de l'euthanasie. Il s'exprime à titre personnel.

(2) J.P. Gand (2<sup>e</sup> canton), 14 juillet 2008, publié *infra*, pp. 248.

(3) J.P. Bastogne, 11 juin 2010, publié *infra*, pp. 250. Le pourvoi en cassation formé contre ce jugement a été rejeté par un arrêt du 19 décembre 2011 (n<sup>o</sup> C.10.0587.F) (*voy. infra*, n<sup>o</sup> 8).

DOCTRINE  
RECHTSLEER

coût, fût-ce approximatif. Elle contestait également l'“opposabilité” des conditions générales de la clinique, sur la base desquelles une indemnité conventionnelle (clause pénale) et des intérêts moratoires lui étaient réclamés, et articulait que la clause pénale était abusive au regard de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. Le magistrat écarte ces moyens et condamne la dame au solde impayé des factures, aux intérêts moratoires et à l'indemnité conventionnelle.

2. Il existe maintes raisons profondes, et diverses justifications juridiques, permettant d'expliquer que les contractants se doivent mutuellement, en amont (et au cours) de la convention, un éclairage le plus ample possible. La plus fondamentale est l'exigence de *bonne foi* au stade (pré)contractuel; ce puissant dogme prônant le plus grand équilibre possible entre partenaires contractuels, et visant à éviter que l'un d'eux surprenne l'autre ou déjoue ses prévisions, est exploré par une doctrine nourrie (4) et ne paraît pas devoir être approfondi ici, sauf à signaler qu'il s'agit à l'évidence d'un cadre général applicable également à la relation médicale, qui ne déroge nullement – sur ce point – au droit commun des contrats.

Pour être valable, le consentement à une convention doit être donné en pleine connaissance de cause (art. 1108 et 1109 C. civ.), ce qui suppose que les cocontractants se fournissent mutuellement *une information préalable complète et claire sur les éléments du contrat*, sur ce qu'ils proposent et ce qu'ils attendent l'un de l'autre. À défaut, ils risquent de s'engager sans avoir connaissance de tous les enjeux du débat, auquel cas leur consentement pourrait être imparfait, voire vicié. Cette obligation d'information pèse sur les deux cocontractants; si l'une des parties parvient à établir que l'autre lui a sciemment caché certains éléments qui auraient été de nature à orienter sa décision, elle pourra invoquer le dol de son cocontractant et obtenir, soit l'annulation du contrat avec effet rétroactif (dol principal), soit des dommages et intérêts (dol incident). Aux vices du consentement doit être rapprochée la théorie de la *culpa in contrahendo* qui sanctionne, par une responsabilité quasi délictuelle, les fautes commises avant que le contrat ne soit conclu (5).

En matière médicale, l'obligation d'information se présente évidemment sous un jour particulier. Vaste et complexe, elle pèse principalement sur le médecin (ou l'hôpital) et est fréquemment abordée par la jurisprudence, notamment en matière de responsabilité médicale (6). C'est d'elle qu'il sera question dans les développements qui suivent,

- (4) Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, t. I, pp. 168-185, n<sup>os</sup> 93-104 (qui range la bonne foi parmi les “principes fondamentaux du régime contractuel”, à l'instar des principes de l'autonomie des volontés, du consensualisme et de la convention-loi); P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2010, pp. 123-130, n<sup>os</sup> 111-118, à propos de l'exécution de bonne foi, également qualifiée de principe général du droit des obligations contractuelles; *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, F. GLANSDORFF (dir.), Larcier, CUP, vol. 86, 2006, spéc. F. GLANSDORFF, “Introduction générale”, pp. 7-50 (panorama très complet des obligations d'information). Deux thèses majeures sont à renseigner: M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1992; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000.
- (5) Sur «les sanctions des défauts dans la formation du contrat et des fautes précontractuelles» (sanctions d'un vice dans la formation du contrat et responsabilité précontractuelle), voy. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 288-330, n<sup>os</sup> 317-372; sur la responsabilité précontractuelle et la *culpa in contrahendo*, voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 517-538, n<sup>os</sup> 335-349.
- (6) Pour une synthèse, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2010, pp. 125-185 (l'information et le consentement: droit fondamental, principes et modalités, contenu, exceptions, preuve) et 363-370 (responsabilité consécutive à la fourniture déficiente ou insuffisante de l'information). Voy. aussi J.-L. FAGNART, “Information du patient et responsabilité du médecin” in *Actualités de droit médical*, Bruylant, 2006, pp. 51-97; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, “L'information et le consentement du patient: les nouvelles balises” in *Évolution 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, pp. 25-82. En France, voy. not. J.-R. BINET, *Droit médical*, Montchrestien / Lextenso, 2010, pp. 105-135; A. DORSNER-DOLIVET, *La*

sous l'angle tant de la loi relative aux droits du patient que des textes "consoméristes" modernes.

3. Un autre aspect relevant du droit commun des obligations est parfois susceptible d'intervenir dans les litiges portant sur la facturation de soins hospitaliers: la prise de connaissance, l'acceptation et l'"opposabilité" des *conditions générales* de l'institution, celles-ci pouvant notamment prévoir une clause pénale et des intérêts moratoires. Il est permis de soutenir que, pour lier le patient, les conditions générales de l'hôpital – en ce compris les "conditions et modalités de paiement" de ses factures – doivent avoir été effectivement portées à sa connaissance au moment de la conclusion du contrat et acceptées par lui au plus tard au moment de l'admission; il ne suffit pas qu'elles lui soient révélées lors de la réception de la facture. Il incombe au juge de le vérifier concrètement en cas de contestation, sans qu'il puisse par exemple poser en règle que ces conditions générales ont été acceptées "par adhésion" et sont d'office entrées dans le champ contractuel, le contrat de services médicaux ou hospitaliers ne pouvant au demeurant être qualifié de contrat d'adhésion.

Comme l'on sait, en vertu des articles 1108 et 1134 du Code civil, les parties à une convention doivent s'accorder en amont sur la détermination exacte du contenu de celle-ci; l'exigence d'un consentement effectif implique, entre autres, la vérification de ce que les conditions stipulées par l'une des parties soient *effectivement entrées dans le champ contractuel*, ce qui suppose qu'elles aient été adéquatement et en temps utile portées à la connaissance de la partie envers laquelle on entend s'en prévaloir (7). En outre, aux termes de l'article 98 de la loi relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008, les montants à charge du patient (suppléments, frais pour fournitures et frais divers supplémentaires) doivent lui être communiqués au préalable et repris dans un document présenté à sa signature; l'alinéa 3 de cette disposition précise que toute information ou clause figurant dans un autre document que celui qui précède et qui est contraire aux informations données dans celui-ci, ou qui contient des montants à charge du patient qui ne sont pas conformes à ceux indiqués dans le document présenté à sa signature, est nulle. Il n'existe pour le surplus, à notre connaissance, aucune réglementation particulière portant sur l'"opposabilité" des conditions générales relatives à un contrat de soins, et nous n'examinerons pas plus amplement cet aspect.

*responsabilité du médecin*, Economica, Pratique du droit, 2006, pp. 73-96; A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, P.U.F., Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2009, pp. 342-381; G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, Les Études Hospitalières, 3<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 337-372; *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), L.G.D.J., 2009, pp. 147-160, obs. M. REYNIER. L'approche anglaise, quelque peu divergente, est très instructive; voy. S.D. PATTINSON, *Medical Law and Ethics*, Sweet & Maxwell / Thomson Reuters, 2<sup>e</sup> éd., 2009, pp. 112-143; J.K. MASON et G.T. LAURIE, *Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 8<sup>e</sup> éd., 2011, pp. 64-121, spéc. n<sup>os</sup> 4.103 à 4.139; J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2010, pp. 146-212.

(7) Cette règle se voit confirmée par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 19 décembre 2011, qui censure le jugement du juge de paix de Bastogne du 11 juin 2010, sur le visa de l'article 1108 du Code civil, en rappelant que le consentement de la partie qui s'oblige, qui est une condition essentielle pour la validité d'une convention, requiert à tout le moins la possibilité de prendre connaissance des clauses sur lesquelles il doit porter et en relevant que le jugement attaqué n'a nullement constaté que la patiente a eu connaissance des conditions générales prévoyant une indemnité forfaitaire à titre de clause pénale et un intérêt conventionnel, ou a eu la possibilité d'en prendre connaissance, de sorte qu'il ne justifie pas légalement sa décision de la condamner au paiement de ces sommes. Voy. not. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 190-197, n<sup>os</sup> 193-203; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 499-510, n<sup>os</sup> 330-332; *Les conditions générales. Questions spéciales*, Anthemis / Jeune Barreau de Mons, 2009; et, surtout, l'étude très complète de D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, "L'opposabilité des conditions générales" in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (dir.), Larcier, CUP, vol. 72, 2004, pp. 189-328.

#### 4. Dans ce paysage, l'intérêt des jugements précités est double.

Tout d'abord, ils permettent de rappeler qu'en vertu de l'article 8, § 2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, les informations qui doivent être fournies à celui-ci, en vue de la manifestation de son consentement libre et éclairé à une intervention médicale, concernent non seulement l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, les effets secondaires et les risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi et les alternatives possibles, mais également les *répercussions financières* du traitement, de même que, d'ailleurs, toutes les précisions jugées souhaitables par le patient ou le médecin, en ce compris, le cas échéant, les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne l'acte médical en question. Les "répercussions financières" de l'intervention médicale envisagée constituent donc *l'un des objets de l'information ponctuelle* précédant l'obtention du consentement du malade, à chaque étape significative du traitement, et visant à éclairer ce consentement. Sous l'angle de cette *règle particulière*, on précisera la nature et le contenu de l'information requise quant à l'aspect financier d'une intervention médicale, ainsi que la portée et la raison d'être de cette exigence légale (1).

Il est en outre permis de se référer à un *cadre général* plus large, et de se demander dans quelle mesure la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, et la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, peuvent venir au secours du patient qui entend contester la facturation qui lui est opposée (2).

#### 1. La règle particulière: l'article 8 de la loi relative aux droits du patient

5. Ainsi qu'on l'a excellemment observé, "afin de mieux éclairer le consentement de chaque partie et de lui permettre de s'engager en pleine connaissance de cause, le législateur moderne a multiplié les textes imposant des devoirs d'information au stade précontractuel" et, "sous l'influence de la doctrine, la jurisprudence a dégagé une obligation pesant sur la personne la mieux informée, lorsque son interlocuteur ne dispose pas de cette information ou n'est pas en mesure de se la procurer", même "en l'absence de texte légal particulier", afin de "corriger l'asymétrie informationnelle". "Un tel devoir d'information est l'une des suites qu'impose l'impératif de bonne foi au stade des pourparlers". Toutefois, "les contours et la portée de cette obligation d'information dégagée par la jurisprudence ne sont pas figés. Ils sont tributaires de la qualité des parties, des caractéristiques du produit ou du service et, de manière plus générale, des circonstances particulières qui président à la négociation du contrat. Ainsi ne doit-on pas perdre de vue que le devoir d'information qui pèse sur une partie est contrebalancé par l'obligation de s'informer qui pèse sur l'autre négociateur" (8).

L'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient figure au rang des textes en question, et les jugements publiés ci-après s'inscrivent dans la jurisprudence évoquée.

Le consentement du patient est évidemment la condition de licéité principale de toute intervention thérapeutique. Ce consentement n'a de sens et de portée effective que s'il est précédé d'une information complète; il ne s'agit pas d'une exigence abstraite et désincarnée, l'information étant *finalisée* en considération du consentement valable qu'elle rend possible. La loi relative aux droits du patient le confirme, puisqu'elle prévoit (article 8, § 1<sup>er</sup>) que ce dernier a le droit de consentir librement à toute intervention médicale *moyennant information préalable*, et détaille (article 8, § 2) les informations qui

(8) P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 137-138, n° 126, qui renvoie à la définition donnée par J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, L.G.D.J., 3<sup>e</sup> éd., 1993, pp. 646-647.

doivent lui être fournies *en vue de la manifestation de son consentement*. Rappelons que, par un important arrêt du 14 décembre 2001 (9), la Cour de cassation a posé très clairement “que l’obligation du médecin d’informer le patient sur l’intervention qu’il préconise s’explique par la nécessité qui s’impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention”, l’exigence de consentement procédant au premier chef du droit fondamental à la protection de l’intégrité physique.

La loi exige un consentement exprès, libre – c’est-à-dire exempt de pressions – et *préalable* du patient, et ce pour *tous les actes médicaux*, même courants ou d’une portée faible. Le consentement doit, en règle, être donné expressément, donc viser précisément tel examen, telle intervention, tel traitement. Toutefois, par souci de pragmatisme, il est en pratique évident qu’en dehors de toute urgence, on peut se satisfaire d’un consentement tacite ou implicite du malade à un acte médical, pourvu qu’il soit certain. C’est l’hypothèse où, “après avoir informé suffisamment le patient, (le médecin) peut raisonnablement inférer du comportement de celui-ci qu’il consent à l’intervention” (article 8, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2). Encore faut-il que le comportement du patient dont est déduit le consentement soit univoque, conscient et *en harmonie avec l’information préalable*, son silence ne pouvant, conformément au droit commun, valoir acceptation que s’il est circonscrit ou univoque, c’est-à-dire lorsqu’il ne peut être interprété autrement que comme tel, compte tenu des circonstances (10). Il est dès lors toujours requis que le patient ait été *préalablement informé de manière suffisante*; en d’autres termes, la question de savoir si le patient a valablement consenti, de manière implicite, aux actes litigieux *suppose* qu’il ait préalablement été suffisamment informé. Les deux questions sont ainsi indissociables: la constatation d’un consentement implicite n’a de valeur et de portée que s’il est *précédé* d’une information suffisante.

L’article 8, § 3 de la loi précise que les informations qui doivent être fournies au patient en vue de la manifestation de son consentement le sont “préalablement et en temps opportun”. Leur *contenu* est inscrit dans l’article 8, § 2, en vertu duquel les renseignements communiqués doivent notamment viser “les répercussions financières” de l’intervention ou du traitement préconisés. L’aspect financier est ainsi l’un de ceux qui doivent impérativement être révélés au malade, en vue d’obtenir son consentement *éclairé* à chaque étape significative de sa prise en charge.

6. Il doit être admis qu’au sens de cette disposition, “les répercussions financières” visent les honoraires, les tickets modérateurs, les suppléments restant à la charge du patient, le fait que le praticien soit ou non conventionné, autrement dit *tous les aspects financiers* afférents au traitement ou à l’intervention envisagé ou préconisé. Pour pouvoir valablement prendre une décision, le patient doit connaître à l’avance, dans toute la mesure du possible, le coût global de l’acte qui lui est proposé ou prescrit, et recevoir du médecin ou de l’hôpital toutes les indications utiles concernant la facture à laquelle il peut s’attendre. Il doit notamment être averti du caractère *remboursable ou non* des actes auxquels il lui est suggéré de se soumettre. L’objectif du législateur est en effet que le praticien – ou l’hôpital, par le truchement des personnes physiques qui agissent pour lui (11) – fournisse au

(9) Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, n° 705, concl. de M. le Procureur général du JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. de M. le Procureur général du JARDIN, note C. TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART; R.O. DALCO, “À propos de l’arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001”, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488. Sur la portée de cet arrêt, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 107-110 et 180-183.

(10) Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 127-136.

(11) L’article 17<sup>novies</sup> de la loi du 7 août 1987 relative aux hôpitaux (actuel article 30 de la loi relative aux hôpitaux et à d’autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008), inséré par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, impose à chaque hôpital de respecter, dans les limites de ses capacités légales, les dispositions de ce texte pour ce qui concerne les aspects médicaux, infirmiers et d’autres pratiques professionnelles

DOCTRINE  
RECHTSLEER

patient, préalablement, *toutes les informations nécessaires* pour lui permettre d'accepter ou de refuser l'intervention en parfaite connaissance de cause. À cet égard, le coût du traitement et la quote-part personnelle du patient dans celui-ci peuvent constituer un aspect pragmatique susceptible d'influencer la décision du malade, *a fortiori* s'agissant de soins qui ne revêtent pas un caractère rigoureusement impératif (12).

Les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 22 août 2002 comportent d'intéressantes précisions quant à ce qu'il y a lieu d'entendre par "les répercussions financières". Il en ressort que "de même, les aspects financiers afférents à l'intervention, doivent être présentés. On pense en particulier au coût total de l'intervention du praticien professionnel, en y incluant éventuellement les honoraires ainsi que les tickets modérateurs et les suppléments à charge du patient (...). Sur l'ensemble des éléments précités, le patient doit recevoir une information minimum compte tenu de la complexité de l'intervention. En outre, ces éléments doivent être interprétés au sens large" (13).

Le but poursuivi par la loi alors en projet – ainsi que par les autres propositions législatives qui ont concurremment visé à créer un cadre clair, efficace et contraignant en matière de droits des patients – est d'affermir le droit fondamental du malade "de donner son accord en connaissance de cause", ce qui suppose que, "pour chaque traitement ou intervention", il reçoive "les informations qui lui sont nécessaires pour prendre une décision", et notamment qu'il connaisse "à l'avance le coût global de l'intervention ou du traitement". Le droit à l'information couvre "l'estimation du prix (honoraires, suppléments éventuels). Bien entendu, l'on ne peut pas exiger du praticien qu'il établisse un devis qui prenne en compte des circonstances imprévisibles, mais il doit tout de même pouvoir fournir certaines indications concernant la facture à laquelle le patient peut s'attendre, ce qui est tout aussi important pour le prestataire de soins que pour le patient" (14).

S'agissant précisément du texte qui a abouti à la loi du 22 août 2002, madame la ministre AELVOET a confirmé l'interprétation selon laquelle les "répercussions financières" dont il est question à l'article 8, § 2 "concernent les honoraires, les tickets modérateurs, les suppléments mais également le fait que le praticien soit ou non conventionné" (15).

Lors de la discussion des différents textes au Sénat, il a également été indiqué qu'il est toujours indispensable que le patient, en fonction des informations qui lui sont fournies, marque son consentement sur l'intervention de manière préalable, ce qu'il ne peut faire que s'il dispose des informations nécessaires à cet effet, lesquelles doivent notamment concerner les conséquences financières de l'intervention, étant précisé que les informations visées à l'article 8, § 2 de la loi du 22 août 2002 sont *nécessaires* à l'obtention du consentement et *doivent* être communiquées au patient (16). À l'occasion de l'examen d'une proposition de loi similaire à ce projet, il fut indiqué que le patient doit recevoir l'information nécessaire pour pouvoir prendre une décision, que celle-ci doit lui être fournie largement à l'avance et que le patient doit notamment savoir à l'avance quel sera le coût total de l'intervention ou du traitement (17).

---

de soins dans ses relations juridiques avec le patient. L'hôpital doit également veiller à ce que les praticiens professionnels qui n'y travaillent pas sur la base d'un contrat de travail ou d'une nomination statutaire respectent les droits du patient.

(12) G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 151-155 et 160-161.

(13) Exposé des motifs du projet de loi relatif aux droits du patient, 19 février 2002, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/001, p. 26.

(14) Exposé introductif des auteurs des propositions de loi jointes, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/012, pp. 25 et 29.

(15) Discussion des articles et votes, *ibid.*, p. 79.

(16) Exposé introductif de madame la ministre AELVOET relatif au projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1250/3, pp. 9-10.

(17) *Ibid.*, *loc. cit.*

7. La doctrine approuve cet élément de l'information à fournir au patient et l'analyse qui en est faite (18). On observe que le coût financier engendré par le traitement "est évidemment une information qui peut avoir son influence sur le consentement" (19).

Ces renseignements visent entre autres le "degré" (et les procédures) de remboursement par l'I.N.A.M.I., notamment en ce qui concerne les *médicaments*: s'il reste évidemment libre de prescrire tout médicament qu'il juge opportun, le médecin doit préciser – du moins en principe – si les médicaments sont, ne sont pas ou ne sont que partiellement remboursés, *de même que les formalités administratives imposées par l'I.N.A.M.I.* qui devraient permettre au patient d'obtenir le médicament en question à un meilleur prix (20). Le professeur FAGNART note qu'en tant que "consommateur de soins de santé", le patient "exige une information de nature à protéger ses intérêts économiques. Il veut être informé, avant toute prestation, des prix à payer afin de «faire jouer la loi de la concurrence». Le patient attend aussi de recevoir des documents concernant le prix qu'il a dû payer afin de pouvoir vérifier comment ont été calculés, par exemple les frais de séjour à l'hôpital, les frais de pharmacie, ainsi que le montant des honoraires" (21).

Seul le professeur VANSWEEVELT se montre plus mesuré – mais avant l'entrée en vigueur de la loi – lorsqu'il écrit qu'en principe, "le médecin n'a pas de devoir d'information *spontané* en ce qui concerne le coût du traitement"; si "une obligation (contractuelle) complémentaire de préserver le patient de problèmes financiers *peut* découler de la relation de confiance entre le médecin et le patient", "un tel devoir d'information ne peut cependant être imposé que dans certaines conditions. Un devoir d'information ne peut naître que lorsqu'il est question de a) un traitement relativement coûteux, b) qui n'est pas ou peu remboursé par l'assurance-maladie et c) dont le médecin peut supposer que le patient ne connaît pas ou ne peut pas connaître raisonnablement les conséquences financières d'un tel traitement" (22).

On peut observer que le droit français est encore plus précis et plus clair sur ce point, puisqu'il requiert que l'information porte également sur le coût de l'acte médical et les conditions de remboursement par le régime obligatoire d'assurance maladie des frais auxquels le patient pourrait être exposé. L'article L. 1111-3 du Code de la santé publique dispose notamment que toute personne a droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et services de santé publics et privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge. Les professionnels de santé d'exercice libéral doivent, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son coût et des conditions de son rembour-

(18) Voy. not. G. SCHAMPS, "Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé" in *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, Kluwer, 2003, pp. 54-55; E. MORBE, *De wet betreffende de rechten van de patiënt*, U.G.A.-Heule, 2003, pp. 78-79; W. DIJKHOFFZ, "Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming", *Rev. dr. santé*, 2003-2004, pp. 110-111.

(19) P. HENRY et B. DE COCQUEAU, "L'information et le consentement du patient: les nouvelles balises", précité (note 6), p. 52; des mêmes auteurs, "À propos du consentement libre et éclairé du patient" in *Droit médical*, Y.-H. LELEU (dir.), Larcier, CUP, vol. 79, 2005, p. 198.

(20) C. DELFORGE, "La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments", *R.G.D.C.*, 2003, p. 378, n° 40. Dans le même sens, écrivant qu'il y a lieu "de fournir des précisions au patient concernant le coût total de l'intervention, en indiquant autant que faire se peut le montant restant à sa charge après l'intervention éventuelle de sa mutuelle", D. MAYERUS et P. STAQUET, "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin", *D.C.C.R.*, 2002, n° 57, p. 19.

(21) J.-L. FAGNART, "Information du patient et responsabilité du médecin", précité (note 6), p. 68, n° 35; du même auteur, "Aspects actuels de la responsabilité médicale" in *Droit et médecine*, CUP, vol. XI, 1996, p. 263, n° 74.

(22) T. VANSWEEVELT, "La responsabilité des professionnels de la santé", vol. 1, "La responsabilité contractuelle et extracontractuelle du médecin et de l'hôpital pour leur fait propre" in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, f. mob., Livre 25, 2000, pp. 44-45, n°s 94-95; du même auteur, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruylant/Maklu, 1996, pp. 205-206, n°s 318-319.

DOCTRINE  
RECHTSLEER

sement par les régimes obligatoires d'assurance maladie. Une information écrite préalable précisant le tarif des actes effectués, ainsi que la nature et le montant du dépassement facturé, doit être obligatoirement remise par le professionnel de santé à son patient dès lors que ses honoraires dépassent un certain seuil, sauf si le professionnel prescrit un acte à réaliser lors d'une consultation ultérieure, auquel cas il est tenu de remettre à son patient l'information préalable en question même si ses honoraires sont inférieurs audit seuil (23).

À la lumière de l'ensemble de ces éléments, la décision gantoise peut assurément, sur le plan des principes, être approuvée, tandis que celle du juge de paix de Bastogne laisse bien perplexe.

## 2. Le cadre général: les lois des 6 avril 2010 et 2 août 2002

8. Les décisions contrastées rendues à Gand et à Bastogne permettent, au regard d'un récent arrêt de la Cour constitutionnelle (24), d'examiner succinctement l'incidence en la matière des lois des 6 avril 2010 et 2 août 2002.

Pour rappel, devant le magistrat ardennais, la patiente contestait l'"opposabilité" des conditions générales de la clinique, sur la base desquelles la clause pénale et les intérêts moratoires lui étaient réclamés, et articulait que la clause pénale de 25 euros était abusive au regard de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. Le juge de paix fait pièce de ces moyens, au terme d'un raisonnement pour le moins curieux (25). Sans constater que les actes médicaux litigieux étaient urgents, il semble considérer, d'une part, que le médecin prescripteur en milieu hospitalier n'a pas d'obligation d'information quant aux répercussions financières des actes qu'il prescrit – au motif qu'il serait "inconcevable et techniquement malaisé" que, pour chaque prestation ou service, le patient "négocie" avec le dispensateur de soins les modalités de paiement (?) – et, d'autre part, qu'en faisant choix d'une hospitalisation et en se soumettant à celle-ci, le patient donne "nécessairement" un consentement éclairé à tous les actes qui lui seront prescrits – encore qu'il n'ait pas été informé de leur impact financier réel, lequel ne lui apparaît qu'*a posteriori*, au moment où il reçoit la facture –, et accepte tacitement les conditions et modalités de paiement "par adhésion". Cette déduction, qui heurte frontalement le principe d'une information *personnalisée*, préalable au consentement qu'elle vise à rendre possible et qui – comme on vient de le voir – doit légalement englober aussi les aspects financiers des soins, est erronée: si, en dehors de toute urgence, un consentement facile du patient quant aux *actes nécessaires* à une intervention peut être inféré du consentement de celui-ci à *ladite intervention*, c'est à la condition que ce consentement ait été *éclairé par une information suffisante*, y compris sur le plan financier, ce qui doit, en cas de contestation, être vérifié.

La question a été soumise à la Cour de cassation, sous l'angle principalement des articles 8, §§ 1<sup>er</sup>, 2 et 3 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et 30 de la loi relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins, coordonnée le 10 juillet 2008, à l'occasion du pourvoi formé contre cette décision. L'arrêt du 19 décembre 2001 est intervenu alors que la présente étude était sous presse. On se bornera dès lors à indiquer que le premier moyen, pris pour l'essentiel de la violation des dispositions précitées et divisé en cinq branches, a curieusement été rejeté, au prix d'une étonnante lecture approbative du jugement attaqué qui, au regard des développements qui précèdent, ne peut que laisser perplexe. La Cour n'a pas été amenée à statuer au regard de la loi du 2 août

(23) Voy. A. LAUDE, B. MATHIEU et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, P.U.F., Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2009, pp. 346-347.

(24) C.C., 6 avril 2011, n° 55/2011, D.C.C.R., 2011, p. 185, note F. JUDO et J. STUYCK, D.A.O.R., 2011, p. 448, note P. BRULEZ, J.L.M.B., 2011, p. 861, N.j.W., 2011, p. 298, note R. STEENNOT, R.W., 2011-2012, p. 903, note D. MERTENS.

(25) J.P. Bastogne, 11 juin 2010, publié *infra*, p. 250.

2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, dès lors qu'elle a cassé le dispositif relatif à la clause pénale et aux intérêts moratoires au seul visa de l'article 1108 du Code civil rapproché, semble-t-il, de l'article 98 de la loi précitée du 10 juillet 2008 (voy. *supra*, n° 3, note 7) (26).

9. La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ne s'appliquait pas aux professions libérales, et en particulier au secteur médical. Elle a été abrogée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (27), laquelle, si l'on s'en tient à son article 3, § 2, ne s'applique pas aux titulaires d'une profession libérale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes. Le titulaire d'une profession libérale est défini comme "toute entreprise qui n'est pas commerçante au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Code de commerce et qui est soumise à un organe disciplinaire créé par la loi" (article 2, 2<sup>o</sup>). Tout comme la directive européenne du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales (28), sur laquelle elle est en grande partie fondée, la loi du 6 avril 2010 s'applique aux entreprises, soit "toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations" (article 2, 1<sup>o</sup>). Compte tenu dudit article 3, § 2, la notion d'entreprise est cependant entendue ici plus strictement qu'au sens du droit de l'Union européenne, où elle comprend également les titulaires d'une profession libérale (29).

En revanche, la loi du 2 août 2002 s'applique à "toute activité professionnelle indépendante de prestation de services ou de fourniture de biens, qui ne constitue pas un acte de commerce ou une activité artisanale (...) et qui n'est pas visée par la loi du 14 juillet 1991" (article 2, 1<sup>o</sup>) (30); l'article 3 précise qu'"au cas où une profession libérale est exercée dans le cadre d'une personne morale, sans que cette personne morale soit titulaire d'une profession libérale, la personne morale est également liée par les dispositions de la présente loi".

(26) Cass., 19 décembre 2011, n° C.10.0587.F.

(27) Sur cette loi, entrée en vigueur le 12 mai 2010, voy. *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, N. THIRION (dir.), Anthemis, CUP, vol. 125, 2011; *Les pratiques du marché. Une loi pour le consommateur, le concurrent et le juge*, L. DE BROUWER (dir.), Larcier, 2011; *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, H. JACQUEMIN (dir.), Anthemis, 2010; H. JACQUEMIN, "La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur", *J.T.*, 2010, pp. 545-558; la thèse de cet auteur, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, a été publiée chez Larcier en 2010.

(28) Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.* n° L. 149 du 11 juin 2005, p. 22.

(29) C.J.C.E., 12 septembre 2000, C-180/98-C-184/98, *Pavlov e.a.*, § 77; C.J.C.E., 19 février 2002, C-309/99, *Wouters e.a.*, §§ 45-49. Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne, une entreprise est "toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement" (C.J.C.E., 23 avril 1991, C-41/90, *Höfner et Elser*, § 21; C.J.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, § 14); une "activité économique" est "toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné" (C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, 118/85, § 7; C.J.C.E., 18 juin 1998, C-35/96, *Commission c. Italie*, § 36). Comp. les travaux préparatoires de la loi du 6 avril 2010, indiquant que la notion d'entreprise doit être interprétée dans le sens qu'elle a en droit national et européen de la concurrence, sauf en ce qui concerne les titulaires d'une profession libérale, les dentistes et les kinésithérapeutes (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 14). Ces références sont puisées dans l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle n° 55/2011 du 6 avril 2011.

(30) Sur cette définition, voy. A. RENETTE, "Les professions libérales face à la "libre concurrence"", note sous l'arrêt *Cipolla* de la C.J.C.E. (grande chambre) du 5 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, pp. 13 et 15, qui renvoie – en matière de fixation des honoraires – aux résolutions du Parlement européen du 5 avril 2001 et du 16 décembre 2003 (*J.O.* n° C.091.E du 15 avril 2004, p. 126).

DOCTRINE  
RECHTSLEER

Sous l'empire de ces textes et abstraction faite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dont il sera question ci-après, il semble donc bien que les médecins, qui ne sont pas commerçants et sont soumis à un organe disciplinaire créé par la loi, ne sont pas justiciables de la loi du 6 avril 2010 mais uniquement de celle du 2 août 2002, et qu'il en va de même des hôpitaux eux-mêmes, en vertu de l'article 3 de celle-ci. Cette distinction, qui n'est pas anodine (31), a des conséquences à la fois sur l'ampleur de la protection des patients-consommateurs et sur l'action en cessation d'éventuelles pratiques commerciales déloyales: fondée, s'agissant des professions libérales, sur les articles 18 à 24 de la loi du 2 août 2002, celle-ci n'est recevable que si elle s'appuie sur les dispositions de cette loi, et ne peut dès lors porter que sur la publicité mensongère, les clauses abusives ou les contrats à distance, mais non sur les autres pratiques de marché interdites par la loi du 6 avril 2010, ni sur une interdiction générale de se livrer à des pratiques de marché déloyales (32).

10. La Cour constitutionnelle vient de jeter un pavé dans la mare de cet ordonnancement, par son arrêt déjà cité n° 55/2011 du 6 avril 2011. En réponse à une question préjudicielle posée par le président du tribunal de commerce d'Anvers, elle dit pour droit que les articles 2, 1<sup>er</sup> et 2<sup>o</sup>, et 3, § 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur violent les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils ont pour effet que *les titulaires d'une profession libérale, ainsi que les dentistes et les kinésithérapeutes, sont exclus du champ d'application de cette loi*. Il s'agissait principalement en l'occurrence du *contrôle de leurs pratiques du marché*, et de la compétence du président du tribunal de première instance – et non du président du tribunal de commerce – pour connaître d'une action en cessation de pratiques déloyales et sanctionner un comportement déloyal de ces acteurs sur le marché; mais l'enseignement de l'arrêt peut être généralisé.

La Cour estime, en substance, que, concernant la protection du consommateur, les titulaires d'une profession libérale et les autres entreprises se trouvent dans des situations suffisamment comparables, s'agissant d'acteurs qui cherchent à subvenir professionnellement à leur subsistance, qui poursuivent un objectif économique, isolément ou au sein d'une association sous la forme juridique d'une société, et qui supportent les risques financiers liés à l'exercice de ces activités. Même si les titulaires d'une profession libérale se limitent généralement (ou doivent, en vertu de leur code de déontologie, se limiter) à fournir des services intellectuels, il apparaît qu'ils accomplissent également des actes pouvant être considérés comme des actes de commerce. Inversement, l'activité économique durable de plusieurs entreprises qui ne sont pas des titulaires d'une profession libérale consiste à proposer des services intellectuels. Il convient dès lors, tant à l'égard des titulaires d'une profession libérale qu'à l'égard des autres entreprises, *d'encadrer pareillement leur comportement sur les marchés économiques, d'assurer le bon fonctionnement du jeu de la concurrence et de protéger les intérêts des concurrents et des clients de biens et services* (§ B.4).

(31) Ainsi que l'observe la Cour constitutionnelle dans l'arrêt n° 55/2011 du 6 avril 2011 (§ B.1.3), la loi du 2 août 2002, qui n'a pas encore été adaptée à la directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales, contient seulement une réglementation relative à la publicité trompeuse et comparative (articles 4 à 6), aux clauses abusives (articles 7 à 10) et aux contrats à distance (articles 11 à 17), mais ne comporte pas d'interdiction générale de se livrer à des pratiques commerciales déloyales – contrairement à la loi plus complète et coercitive du 6 avril 2010 – et ce bien que l'article 5, § 1<sup>er</sup> de la directive du 11 mai 2005, qui aurait dû être transposée avant le 12 juin 2007, prescrive une telle interdiction.

(32) Le consommateur et le concurrent ne disposent dès lors pas d'une action en cessation si de telles pratiques sont commises par une entreprise qui ne relève pas du champ d'application de la loi du 6 avril 2010, mais de celui de la loi du 2 août 2002 (C.C., arrêt précité, § B.5.2).

La Cour ajoute que, s'il est vrai que les titulaires d'une profession libérale ont une certaine responsabilité sociale, disposent d'une déontologie propre et se caractérisent par un haut degré d'indépendance et par une relation de confiance avec le client fondée sur la discrétion, ces caractéristiques et valeurs – qui diffèrent de celles des entreprises qui ne relèvent pas de la définition de "profession libérale" – ne justifient cependant pas que, pour certains actes accomplis par les titulaires de professions libérales, les consommateurs et les concurrents ne bénéficient pas de la même protection que celle qui est offerte par la loi du 6 avril 2010; il n'est pas démontré en quoi l'applicabilité de celle-ci, et notamment la compétence du président du tribunal de commerce, pourraient compromettre les caractéristiques et valeurs en question (§ B.7.1 et B.7.2) (33).

11. Ces législations dites "consumentistes", en tant qu'elles sont vouées à s'appliquer aux professions libérales, concernent le secteur médical. Nous voici donc sans doute confrontés, à leur égard, à un paysage en mutation. Il semblait utile et opportun de le signaler ici, tant ces textes sont susceptibles de s'appliquer aux dimensions *pécuniaires* de la relation entre le professionnel et son "client". Pour le surplus, il ne nous appartient pas d'envisager les conséquences de l'inconstitutionnalité épinglée par les sages de la place Royale – en particulier quant au "destin" de la loi du 2 août 2002 –, ni d'ailleurs d'explorer plus avant les différences de contenu entre les lois des 2 août 2002 et 6 avril 2010. Bornons-nous à signaler que la seconde est nettement plus détaillée que la première – 142 articles contre 32 et une annexe –, et à relever entre elles *deux différences importantes* susceptibles d'avoir un impact sur l'objet du litige tranché par les jugements commentés.

Tout d'abord, au rebours de la loi du 2 août 2002, ciblée sur la publicité trompeuse et comparative, les contrats à distance et l'action en cessation, celle du 6 avril 2010 comporte un chapitre II intitulé "Information du marché" au sein duquel figurent plusieurs règles générales dont rien n'empêche d'envisager l'application, à tout le moins sur le plan des principes, au secteur des soins de santé. Ainsi, en vertu de l'article 4, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, l'entreprise doit apporter de bonne foi au consommateur *les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques principales du produit et aux conditions de vente*, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et de l'usage déclaré ou raisonnablement prévisible dudit produit. Les articles 5 et 6 visent plus précisément l'indication non équivoque, lisible et apparente du *prix* des biens offerts en vente au consommateur (34). Bien qu'elles n'aient de toute évidence pas été conçues en vue de régir les services hospitaliers, rien n'interdit d'effectuer un parallèle entre ces injonctions et les développements repris ci-dessus en ce qui concerne l'information à fournir au patient dans le strict cadre du droit médical (35).

(33) Voy. aussi les §§ 6.1 et 6.2 de l'arrêt quant à la restriction de la notion de «titulaire d'une profession libérale» aux professions soumises à un *organe disciplinaire créé par la loi*, lesquelles échappent au champ d'application de la loi du 6 avril 2010, de même, par ailleurs, que deux types de titulaires d'une profession libérale pour lesquels il n'existe pas d'organe disciplinaire créé par la loi, à savoir les dentistes et les kinésithérapeutes, sans qu'aucune motivation ne permette d'expliquer pourquoi la loi s'applique aux autres professions "traditionnellement considérées comme des professions libérales" (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 52-2340/001, p. 36) et qui ne sont pas davantage soumises à un organe disciplinaire légalement institué.

(34) Ajoutons qu'en vertu de l'article 40 de la loi, lorsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible; en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. On retrouve exactement les mêmes principes à l'article 9 de la loi du 2 août 2002, s'agissant du contrat conclu avec son client par le titulaire d'une profession libérale agissant dans le cadre de son activité professionnelle.

(35) Les dispositions de la loi du 6 avril 2010 réglementent la dénomination, la composition et l'étiquetage des biens et services, l'indication des quantités, la publicité comparative et les promotions en matière de prix sont, quant à elles, nettement plus éloignées de l'activité médicale; il en va de même des règles applicables aux contrats à distance ou conclus en dehors des locaux de l'entreprise, et bien sûr des ventes publiques et de l'offre conjointe. On sera moins affirmatif en ce qui concerne les «pratiques interdites» par le chapitre IV de la loi (articles 83 à 103), mais sur un plan tout différent de celui ici envisagé; il s'agit principalement des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs ou d'autres personnes.

DOCTRINE  
RECHTSLEER

12. Ensuite, parmi les dispositions de ces deux textes susceptibles de concerner, autrement qu'à titre d'hypothèse extrêmement marginale, l'activité médicale, une attention particulière doit être réservée aux *clauses abusives* (36). Celles-ci font l'objet du chapitre III de la loi du 2 août 2002 (articles 7 à 10) et de la section 6 du chapitre III ("Des contrats avec les consommateurs") de celle du 6 avril 2010 (articles 73 à 78). La définition générale de la clause abusive doit être recherchée dans l'article 2, 28° de la loi du 6 avril 2010: "toute clause ou toute condition dans un contrat entre une entreprise et un consommateur qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur" (on retrouve ce critère à l'article 7, § 2 de la loi du 2 août 2002). Les deux textes prévoient classiquement que le caractère abusif d'une clause contractuelle – soit l'existence d'un tel déséquilibre manifeste – est apprécié en tenant compte de la *nature* des biens, services ou produits qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à *toutes les circonstances* qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation entre le prix ou la rémunération, d'une part, et les biens ou services à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de manière claire et compréhensible (37).

Certaines clauses sont *par principe* abusives, interdites et nulles; cette "liste noire" figure dans l'annexe à la loi du 2 août 2002, d'une part, et dans l'article 74 de la loi du 6 avril 2010, d'autre part. La liste des clauses qui, dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont *en tout cas abusives*, telle qu'elle figure dans cette dernière disposition, est plus étendue. Par ailleurs, le juge puise dans les deux textes le pouvoir de déclarer une clause abusive – et, partant, de l'annuler –, au regard du critère général selon lequel ladite clause "crée au détriment du client un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties"; mais, et il s'agit d'une restriction absente de la loi du 6 avril 2010, ceci suppose, s'agissant du contrat conclu avec son client par le titulaire d'une profession libérale, agissant dans le cadre de son activité professionnelle, que le juge constate que la clause n'a "pas fait l'objet d'une négociation individuelle" (art. 7, § 2 de la loi du 2 août 2002) (38). Il se vérifie déjà ainsi que la loi du 6 avril 2010 est plus protectrice et que, par souci de cohérence et pour répondre au vœu de la Cour constitutionnelle, les deux textes devraient être harmonisés.

On retrouve dans la "liste noire" des deux lois, pour s'en tenir à quelques exemples étroitement liés à la tarification des services prestés, les clauses et conditions ayant pour objet ou pour effet 1°) de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le client lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le client, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce; 2°) d'imposer au client qui n'exécute pas

(36) Voy. P. WÉRY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *J.T.*, 2003, pp. 797-809; M. CLAVIE, "Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients" in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, M. COPEL et P. WÉRY (éd.), Kluwer, 2006, pp. 301-342; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, t. I, pp. 210-224, n°s 122-129; *Commission des clauses abusives. Présentation, activités et législation*, B. PONET (dir.), Larcier, 2010; P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Larcier, Bibliotheek Handelsrecht, 2009.

(37) Articles 8 de la loi du 2 août 2002 et 73 de la loi du 6 avril 2010, lequel précise au surplus que, pour l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée à l'article 40, § 1<sup>er</sup>.

(38) Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le client n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Si le titulaire d'une profession libérale prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe (article 7, § 3).

ses obligations une indemnité d'un montant *disproportionnellement élevé*; 3°) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au client, ainsi que de lui permettre de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat; 4°) de constater de manière irréfragable l'adhésion du client à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat; 5°) de prévoir que le prix des produits est déterminé au moment de la livraison, ou de permettre au professionnel d'augmenter unilatéralement le prix ou de modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté, sous certaines précisions relatives à la contrepartie qui doit être octroyée au client.

Au-delà de ces convergences, la loi du 6 avril 2010 – nouvel indice de son caractère plus protecteur – proscriit également, dans sa “liste noire”, les clauses et conditions (ou les combinaisons de clauses et conditions) qui ont pour objet de déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge de l'entreprise qui n'exécute pas les siennes (exigence de réciprocité des clauses pénales), ou de fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise (article 74, 17° et 24°). Cette formulation (héritée de l'article 32, 15° de la loi du 14 juillet 1991), susceptible de tenir en échec une clause pénale “classique” insérée dans les conditions générales d'un hôpital, ne se retrouve pas dans l'article 7 de la loi du 2 août 2002 et l'annexe à celle-ci; c'est dire toute l'importance potentielle de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 avril 2011.

13. En guise de conclusion, nous rappellerons qu'au regard de l'article 8, § 2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, la solution retenue par le jugement gantois nous paraît pleinement justifiée, au rebours de celle du magistrat de Bastogne. Nous soulignerons ensuite que la soumission potentielle des titulaires de professions libérales, et notamment des médecins, à la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, plus détaillée et protectrice que celle du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, comporte en germe un affermissement réel de leur obligation d'information. Ceci est tout particulièrement vrai de l'information due au patient à propos d'un aspect auquel les praticiens – légitimement centrés sur leur obligation de soins, et sur les difficiles décisions qu'ils sont quotidiennement amenés à prendre – sont peut-être insuffisamment attentifs, alors qu'il revêt une réelle importance pour bon nombre de patients: le *prix* des prestations médicales et hospitalières, dont l'on conçoit que, *sur le plan de la tarification*, elles constituent des “services” semblables à bien d'autres. L'enjeu est de taille: à en croire un bel arrêt récent de la Cour de cassation française, le non-respect d'un devoir légal d'information, tel celui pesant sur les professionnels des soins de santé, cause *par définition* un préjudice – d'ordre moral – à celui auquel l'information était légalement due, lequel ne peut, en vertu de l'article 1382 du Code civil, être laissé sans réparation (39).

(39) Cass. fr. (1<sup>e</sup> civ.), 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT, “Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome”, pp. 110-113.