

Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins

Gilles GENICOT

*Maître de conférences à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Liège*

1. En droit médical *sensu stricto* – en laissant donc ici de côté les questions touchant à la biomédecine –, ce sont les questions de *responsabilité* qui, de loin, retiennent le plus l'attention. Comme l'on sait, le droit de la responsabilité, et singulièrement de la responsabilité médicale, est essentiellement sinon exclusivement jurisprudentiel ; les juges, secondés par les auteurs, ont au fil des années bâti un corpus abondant et touffu¹ faisant émerger, au travers de la casuistique et sous un angle « normatif », les lignes directrices de l'activité médicale.

La question de savoir si un homme doit *répondre* du dommage survenu à autrui suppose, d'une part, un examen attentif des circonstances de fait dans lesquelles celui-ci s'est produit et, d'autre part, le maniement soigneux de concepts juridiques complexes ; c'est nécessairement au juge qu'incombe cette tâche. Au demeurant et historiquement, c'est le plus souvent des échecs et des incidents de la relation thérapeutique qu'ont découlé, en contrepoint, les règles (positives et négatives) qui la régissent, ce qui accroît encore l'intérêt, tant théorique que pratique, de ce contentieux².

¹ Voy. not. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 « Le fait générateur et le lien causal », Dossiers du *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2009 (et, sur la jurisprudence en responsabilité des professionnels de la santé durant la période couverte, pp. 770-868) ; T. VANSWEEVELT, « Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg », in T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1255-1666. Pour une synthèse, voy. not. B. DUBUISSON, « La responsabilité aquilienne deux cents ans après l'adoption du Code civil », in A. WIJFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 471 ; J.-L. FAGNART, « La notion de responsabilité », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Kluwer, vol. I, dossier 1 ; « L'évolution de la responsabilité » et « L'avenir de la responsabilité », *ibid.*, vol. II, liv. 1bis. En France, parmi de multiples références, la somme, P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, coll. Dalloz Action, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, coll. Précis, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2016.

² Il est ainsi certain que le droit médical est de « création essentiellement prétorienne » (G. MÉMETEAU, « La présentation du droit médical dans la *RTDciv.* Petite compilation », *RTDciv.*, 2002, p. 255). Soulignons que, comme a pu l'affirmer la Cour de cassation française, il n'existe pas de droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit (Cass. fr.,

Les droits que la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient reconnaît à ce dernier (qualité des soins, choix du prestataire, information, consentement, accès au dossier médical) sont autant d'obligations mises à la charge du praticien, dont la méconnaissance peut entraîner sa responsabilité. En dépit d'une rédaction et d'une structure imparfaites, ce texte a également le mérite de combler les lacunes existant en matière de *protection des personnes vulnérables*, mineures – dont l'autonomie progressive est affirmée³ – ou majeures – au moyen d'un mécanisme de *représentation en cascade* à articuler, désormais, avec la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine⁴. Le droit du patient à l'intimité et à la protection de sa vie privée y est également reconnu et renforcé. Des procédures de médiation sont mises en place et une commission fédérale assure le suivi de l'application de la loi, laquelle s'inscrit dans un mouvement européen de renforcement des droits du patient dans la relation thérapeutique.

Soulignons également d'emblée qu'aux termes de l'article 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, l'hôpital est tenu de respecter, dans les limites de ses capacités légales, les dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient pour ce qui concerne les aspects médicaux, infirmiers et d'autres pratiques professionnelles de soins dans ses relations juridiques avec le patient. Il 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 et à ce que toutes les plaintes à cet égard puissent être déposées auprès de la

1^{er} civ., 21 mars 2000, *D.*, 2000, p. 593, note C. ATIAS, *RTDciv.*, 2000, p. 666, obs. N. MOLFESSIS; Cass. fr., 1^{er} civ., 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 687, note F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK). Cela pose l'épineuse question des *revirements de jurisprudence* et, en particulier, de l'alourdissement inattendu de la responsabilité des professionnels qui peut en découler; voy. not., prolongeant leur étude précitée, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges », *Rev. dr. ULB*, 2002/2, p. 1; N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à M. le Premier président Guy Canivet*, Paris, Litec/Cour de cassation, 2005; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003; F. ZENATI-CASTAING, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », in *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 501.

³ Mouvement confirmé par la loi du 28 février 2014 modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, sous des conditions spécifiques et plus strictes; voy. l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 153/2015 du 29 octobre 2015, *J.L.M.B.*, 2015 (somm.), p. 1932, note G. GENICOT, « Rejet du recours en annulation de la loi étendant l'euthanasie aux mineurs : validation d'une évolution logique et prudente », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 29, note T. GOFFIN. Sur les mineurs en droit médical: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, coll. Fac. dr. Liège, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 234-247; C. LEMMENS, *De minderjarige en de Wet Patiëntenrechten*, Intersentia, 2013; A. NOTTET, « Le mineur en droit médical », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 149; plus largement, B. FEUILLET-LIGER et R. IDA (dir.), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, coll. Droit, éthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁴ Que nous n'aborderons pas ici; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 256-267, et les références citées aux pages 249-250, ainsi qu'à la note 103, p. 70.

fonction de médiation afin d'y être traitées. Cette disposition prévoit encore que le patient a le droit de recevoir de la part de l'hôpital des informations concernant la nature des relations juridiques entre celui-ci et les praticiens professionnels qui y travaillent et, *last but not least*, que l'hôpital est responsable des manquements commis par les praticiens professionnels qui y travaillent en ce qui concerne le respect des droits du patient prévus dans la loi du 22 août 2002. Il ne faut donc pas hésiter à viser ce texte, qui instaure une présomption de responsabilité de l'hôpital pour les manquements aux droits du patient commis par les praticiens qui y travaillent, quel que soit le type de relations qui les lient⁵.

2. Nous proposerons ici une synthèse de la responsabilité médicale, dans le prolongement de notre ouvrage⁶ dont, inévitablement, les développements qui suivent sont en grande partie extraits. La matière est ample et des choix doivent donc être faits. Nous ne reprendrons donc pas ici les questions touchant au *secret professionnel*, raisonnablement bien balisées, au sujet desquelles nous renvoyons à d'autres contributions⁷, y compris en ce qui concerne l'extension déraisonnable de l'allègement de ce secret inscrit dans l'article 458*bis* du Code pénal, tel qu'il fut réécrit par la loi du 30 novembre 2011 tendant à améliorer l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité⁸. Nous ne reviendrons pas davantage sur les délicates questions liées à la *responsabilité autour de la naissance d'un enfant* : atteintes portées à l'enfant à naître ou en train de naître, naissance d'un enfant non désiré à la suite de l'échec d'une stérilisation ou d'une interruption volontaire de grossesse (action en *wrongful conception*, *wrongful pregnancy* ou *wrongful birth*), naissance d'un enfant handicapé à la suite d'une faute de dépistage prénatal ou préconceptionnel

⁵ B. FOSSÉPREZ et A. PÜTZ, « Les intervenants au procès civil en responsabilité médicale », *Consilio*, 2014, pp. 216-217, qui rappellent toutefois « que l'hôpital ou l'établissement de soins est autorisé à introduire dans sa réglementation générale une clause exonératoire de responsabilité indiquant qu'il n'est pas responsable des manquements personnels des praticiens professionnels ». L'article 30 de la loi du 10 juillet 2008 permet, en effet, à l'hôpital de communiquer au patient, explicitement et préalablement à l'intervention du praticien, qu'il n'est pas responsable de ce dernier vu la nature des relations juridiques entre eux, une telle communication ne pouvant porter préjudice à d'autres dispositions légales relatives à la responsabilité pour les actes commis par autrui.

⁶ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*

⁷ G. GENICOT, *ibid.*, pp. 272-305; T. MOREAU, « La violation du secret professionnel », in H.-D. BOSLY et C. DE VALKENER (dir.), *Les infractions*, vol. 5 « Les infractions contre l'ordre public », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 689; F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Intersentia, 2014; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005; D. KIGANAHÉ et Y. POULLET (éd.), *Le secret professionnel*, coll. Droit en mouvement, la Charte, 2002; A. LECA (dir.), *Le secret médical*, coll. Les cahiers de droit de la santé du Sud-Est, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2012; A.-M. DUGUET et I. FILIPPI (dir.), *Le secret professionnel. Aspects légaux et déontologiques. Comparaison avec l'étranger*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2002.

⁸ G. GENICOT, « L'article 458*bis* nouveau du Code pénal : le secret médical dans la tourmente », *J.T.*, 2012, p. 717; E. LANGENAKEN, « Portée et conséquences de la réécriture de l'article 458*bis* du Code pénal sur le secret professionnel », *Rev. Dr. ULg.*, 2013, p. 65; G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « L'avocat, le confident, la victime, l'article 458*bis* du Code pénal et la Cour constitutionnelle », note sous C.C., arrêt n° 127/2013 du 26 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 2034.

(action en *wrongful birth* en ce qui concerne les parents, action en *wrongful life* au nom de l'enfant lui-même). Celles-ci sont, en effet, aujourd'hui de mieux en mieux expliquées et canalisées, tant par la doctrine⁹ que, désormais, par la Cour de cassation¹⁰.

Après réflexion, nous prenons également le parti – en vue de maintenir la présente contribution dans des limites acceptables, sinon raisonnables – de ne pas aborder la *loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé*. Plusieurs raisons expliquent ce choix : l'efflorescence d'excellents commentaires approfondis, proposant une description fine et critique du mécanisme, auquel il serait superflu et vain de prétendre ajouter quoi que ce soit¹¹ ; l'absence quasi totale d'avis du Fonds des accidents médicaux publiés qui

⁹ Pour s'en tenir à la doctrine belge récente : D. DE CALLATAÏ, « L'enfant qu'on aurait pu avorter deux fois », *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.943 ; M. DILLEN et F. DEWALLENS, « *Wrongful life made in Belgium*: geboren worden kan uw gezondheid schaden », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 190 ; B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 209 ; G. GENICOT, « Handicap grave non décelé *in utero* : panorama des réponses jurisprudentielles », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 177 ; G. GENICOT, « Comparaison sans raison n'est pas solution », *J.L.M.B.*, 2015, p. 269 ; A. GOSSERIES, « Causalité, dommage et vie préjudiciable », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.722 ; A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 212 ; Y.-H. LELEU, « Refuser de comparer pour exonérer ? », *J.L.M.B.*, 2015, p. 278 ; J.-M. PIRET, « "Wrongful life" en de zaak Rukiyé. Heeft een genetisch zwaar beschadigde foetus een in rechte beschermd belang bij zijn eigen abortus? », *N.j.W.*, 2011, p. 354 ; L. SAUVEUR, « La prise en charge du besoin d'indemnisation résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital non décelé. État actuel du droit français et du droit belge », *Rev. Dr. ULG*, 2011, p. 485 ; T. VANSWEEVELT, « Schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland kind », in *Handboek gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, p. 1394. Synthèse : G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 655-694 (et les réf. citées pp. 655-658 et pp. 676-678).

¹⁰ Le – double – message récemment délivré par celle-ci est limpide ; il s'appuie sur le principe selon lequel le dommage, qui consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime, suppose que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant. Sur cette base, d'une part, la naissance d'un enfant ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice, même si elle est survenue après l'échec d'une intervention pratiquée en vue de l'interruption de la grossesse (Cass., 17 octobre 2016, R.G. n° C.09.0414.F, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, n° 5, à paraître, note G. GENICOT) et, d'autre part, il ne peut exister de dommage réparable lorsque les termes de la comparaison entre ces deux situations consistent, d'une part, en l'existence d'une personne née avec un handicap et, d'autre part, en sa non-existence (Cass., aud. plén., 14 novembre 2014, précédé des concl. de M. l'avocat général VAN INGELGEM, *Pas.*, 2014, p. 2539, *J.T.*, 2015, p. 221, *J.L.M.B.*, 2015, p. 264, note G. GENICOT et note Y.-H. LELEU, *R.W.*, 2014-2015, p. 1611, concl. de M. l'avocat général VAN INGELGEM, note approbative B. VAN DE SYPE, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 186, note approbative A. HUYGENS ; Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0286.N, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107 ; Cass., 17 octobre 2016, R.G. n° C.11.0062.F, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, n° 5, à paraître, note G. GENICOT).

¹¹ B. DE CONINCK, « Le Fonds des accidents médicaux belge », in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, Bruxelles, Bruylant, Recueil des travaux du GRERCA, 2015, p. 61 ; N. ESTIENNE, « Le rôle de l'avocat devant le Fonds des accidents médicaux », in I. LUTTE (dir.), *Droit médical et dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal/Bruxelles, Anthemis/ULB, 2014, p. 37 ; J.-L. FAGNART, « Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux », *Consilio*, 2011, p. 73 ; E. LANGENAKEN, « La loi belge du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé : encore un effort... », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.775 ; E. LANGENAKEN, « La loi belge du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé : dernières évolutions », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 131 ; H. NYS, « Schade als gevolg van gezondheidszorg in de wet van 31 maart 2010 », in H. NYS et S. CALLENS

puissent constituer un terreau d'analyse¹², couplée au constat que ses premiers avis suscitent divers questionnements, tant de méthode que de fond, lesquels nécessitent une réflexion en profondeur qui constituerait en soi un thème d'étude distinct; enfin et sans doute surtout, l'évidence que l'argumentaire à soumettre au Fonds – ou, en aval, au tribunal dans le cadre d'une contestation de ses avis – fait exactement appel *aux mêmes principes et aux mêmes règles* que ceux qui structurent le débat judiciaire classique, de sorte qu'au-delà de l'interprétation, à ce stade toujours hasardeuse, de certaines notions controversées contenues dans la loi du 31 mars 2010, ce sont ces principes et ces règles qu'il faut rappeler, exposer, manier et avoir constamment à l'esprit.

3. À l'orée du parcours, il s'indique de cerner, en guise de cadre général, les *causes de justification de l'acte médical*. La relation médicale, qui se noue entre le patient – le cas échéant, par le truchement d'un représentant légal – et le médecin ou l'hôpital selon le cas, est très généralement – mais pas exclusivement, tout dépendant du contexte¹³ – perçue comme étant de nature *contractuelle*. Il

(éd.), *Medisch recht*, Bruges, die Keure, 2011, p. 1; H. NYS, « Het recht van de patiënt op vergoeding van abnormale schade als gevolg van gezondheidszorg », *R.W.*, 2012-2013, p. 322; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 3^e éd., Kluwer, A.P.R., 2016, pp. 163-183; G. SCHAMPS, « Le Fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.035, et in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Recueil des travaux du GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 365; M. SNOECK, « Le Fonds des accidents médicaux: voie parallèle ou chemin de traverse? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 39; P. STAQUET, « Indemnisation des dommages résultant de soins de santé: la loi F.A.M. (Fonds des accidents médicaux) », *Consilio*, 2010, p. 135; S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé. Description du nouveau système », *For. ass.*, 2010, p. 147; T. VANDERSTEEGEN et al., « Invloed van het Belgische vergoedingssysteem voor medische ongevallen op het gedrag van artsen », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 331; T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 84; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de santé*, Kluwer, 2015, pp. 163-214; T. VANSWEEVELT, *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1579-1666; I. BOONE et S. LIERMAN (éd.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Intersentia, 2011; et notre ouvrage précité (pp. 528-550).

¹² On n'en compte, sauf erreur, que quatre à la date de rédaction de la présente contribution, de surcroît non strictement concordants, publiés à la *Revue de droit de la santé*, 2015-2016, p. 60 et 2016-2017, pp. 40 et s. et p. 240. Ils portent pour l'essentiel sur la notion de *dommage anormal*, défini (art. 2, 7°, de la loi) comme celui qui « n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible ». Le Tribunal de première instance de Liège, division Huy, a interrogé la Cour constitutionnelle à cet égard par un jugement du 18 avril 2016 (*R.G.A.R.*, 2016, n° 15.313). Voy. les études de W. BUELENS, « Abnormale schade in de Wet Medische Ongevallen: een eerste commentaar bij een advies van het Fonds voor Medische Ongevallen », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 66, « Abnormale schade in de WMO: over vermijdbare schade en een leidraad ter beoordeling van onvoorziene schade », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 49, et « Abnormale schade in de Wet Medische Ongevallen: naar een (te) ruime invulling? », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 249, qui étudie un avis du 8 juin 2015 contre lequel un recours judiciaire fut intenté avec succès (Civ. Malines, 11 août 2016), mais au prix d'une motivation que l'auteur n'estime pas convaincante au regard de l'intention du législateur.

¹³ T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 21-29; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, pp. 121-128, et, pour une perspective de *contrôle d'une décision*, au-delà du contrat, pp. 128-138; en ce sens, les pistes ouvertes par P. LOKIEC, « La décision médicale », *RTDciv.*, 2004, p. 641, et « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit

s'agit d'une forme particulière de contrat d'entreprise¹⁴. La formule du célèbre arrêt *Mercier* de la Cour de cassation française, rendu en 1936¹⁵, a fait florès et constitue toujours aujourd'hui, à bon droit, la base du raisonnement en termes de responsabilité: «Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle.» Il convient toutefois d'attirer à cet égard l'attention sur une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation française, depuis 2010, en faveur d'une responsabilité de nature plutôt délictuelle ou plus exactement autonome et de source légale (art. L. 1142-1 du Code de la santé publique français), laquelle a stimulé d'intéressantes analyses quant à la notion même de contrat médical¹⁶.

Bien avant l'avènement de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, et le renouvellement de l'appréhension juridique de la maîtrise de son corps par la personne qu'ont permis l'essor progressif des droits fondamentaux et la découverte de la primauté de l'autodétermination de celle-ci, la jurisprudence et la doctrine ont progressivement élaboré *plusieurs critères cumulatifs permettant de justifier un acte médical*, au regard tant du droit pénal que du droit civil – puisque le droit au respect de l'intégrité physique, ici pleinement en jeu, se situe à la croisée des deux matières. Ces critères demeurent d'actualité dans un paysage juridique depuis lors normé par la loi précitée et de plus en plus pétri d'une vision progressiste des prérogatives de l'individu sur son corps. Ils sont cruciaux dans le cadre de l'examen de la *responsabilité du médecin*, car leur non-respect est, en règle, constitutif d'une faute dans son chef.

Historiquement, c'est le juge pénal qui fut le premier amené à fixer les conditions auxquelles la licéité d'un acte médical est subordonnée, ce qui se conçoit dès lors que l'une des particularités de tout examen médical – à commencer par les interventions chirurgicales – est de constituer une *atteinte à l'intégrité*

médical», *RD sanit. soc.*, 2006, p. 865. Adde M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, coll. Thèses, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2008.

¹⁴ B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 282-285, 337-339 et 620-621.

¹⁵ Cass. fr. civ., 20 mai 1936, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2015, t. II, n^{os} 162-163, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n^{os} 28-31 et n^o 32, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS.

¹⁶ Voy. not. et comp. G. MÉMETEAU, «La querelle du contrat médical en droit français actuel», *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 288, et M. GIRER, «Chronique de la mort annoncée du contrat médical?», in *Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 387. Ces auteurs développent sur la question un point de vue différent, ce qui les a conduits à en proposer une double présentation dans leur *Cours de droit médical conjoint* (5^e éd., Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2016): sous la plume du professeur Mémeteau, «L'évidence du contrat médical» (pp. 310-336), et sous celle du professeur Girer, «La négation du contrat médical» (pp. 336-367).

physique du patient, atteinte en soi prohibée par le droit pénal¹⁷. Le constat que les délits de coups et blessures volontaires ou involontaires (et l'homicide involontaire) peuvent concerner les actes médicaux¹⁸ a conditionné l'émergence du raisonnement juridique en droit médical et peut toujours avoir des incidences majeures aujourd'hui, s'agissant, par exemple, de la charge de la preuve d'un défaut d'information ou de consentement. Il a également contribué, déjà, à situer le droit médical dans l'orbite des *droits fondamentaux*, dont celui à la protection de l'intégrité physique, dont dérive la maîtrise de son corps par la personne¹⁹.

L'acte pratiqué par le médecin étant par principe incriminé par la loi pénale, le raisonnement juridique à tenir pour le disculper a consisté à identifier dans son chef des *causes légitimes de justification*. Celles-ci, au nombre de quatre, constituent les balises au regard desquelles la responsabilité du praticien sera appréciée.

4. L'exigence primordiale est naturellement le *consentement du patient*. Il est unanimement admis, depuis longtemps, tant par de nombreux textes que par la jurisprudence et la doctrine, qu'aucune atteinte à l'intégrité physique – que ce soit par un acte médical ou autrement – n'est légitime si la personne concernée n'y consent pas. Ce principe, à valeur de dogme, implique notamment que le patient est libre de *refuser* le traitement qui lui est proposé par le médecin²⁰ et que, s'il l'accepte, son consentement reste en permanence *révocable*, ce qui contribue à distinguer le contrat médical d'une convention classique.

¹⁷ Coups et blessures volontaires (art. 398 à 400 C. pén.), coups et blessures ou homicides *involontaires* (art. 418 à 420 du même Code); voy. A. DELANNAY, « Les homicides et lésions corporelles volontaires », in *Les infractions*, vol. 2 « Les infractions contre les personnes », Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 85-419; H.-D. BOSLY et C. DE VALKENEER, « Les homicides et lésions corporelles non intentionnels », in *Les infractions contre les personnes*, op. cit., pp. 483-543. Rappelons que le juge ne peut condamner le prévenu sur la base de l'article 418 du Code pénal que s'il peut affirmer avec *certitude* que, sans le défaut de prévoyance ou de précaution qui lui est imputé, il n'y aurait pas eu de blessures telles qu'elles se sont présentées *in concreto*; il s'ensuit que, lorsque le juge n'est pas convaincu que les lésions ne se seraient pas produites de la même manière sans le défaut de prévoyance ou de prudence, il ne peut déclarer le prévenu coupable (Cass., 1^{er} février 2011, *Pas.*, 2011, p. 389, *R.W.*, 2011-2012, p. 957, note S. VAN OVERBEKE, arrêt qui précise qu'à cette fin, il n'est toutefois pas requis que le juge soit tenu *d'exclure ce lien de causalité*).

¹⁸ Pour un exemple: Corr. Bruxelles, 2 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1193; Bruxelles, 21 septembre 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n^o 13.233. Voy. N. COLETTE-BASECQZ, « Liens entre responsabilité pénale et responsabilité civile dans le contexte de l'activité médicale », *Consilio*, 2015, p. 86 et, plus ancien, C. HENNAU-HUBLET, « La responsabilité pénale du médecin », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Jeune Barreau de Liège, 1993, p. 69.

¹⁹ Nous renvoyons sur cette construction, outre à notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, à trois études antérieures élaborées en collaboration avec le professeur Yves-Henri LELEU: « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 589; « La maîtrise de son corps par la personne. Concept et applications », in J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, coll. Famille & Droit, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-118 (coauteur: E. LANGENAKEN); « Le statut juridique du corps humain en Belgique », in *Le droit de la santé: aspects nouveaux*, Bruxelles, Bruylant/LB2V, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LIX, 2012, p. 63.

²⁰ Voy., sur cette question, G. GENICOT, « Le refus de soins entraînant une aggravation du préjudice causé par la faute d'un tiers: une hypothèse délicate et controversée », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 269.

Mais l'assentiment du malade ne saurait en soi suffire, le consentement de la victime n'étant pas, en droit pénal, une cause de non-incrimination ; il est impuissant, à lui seul, à exonérer pénalement l'auteur de coups et blessures. En d'autres termes, le fait que le patient consente à l'acte apparaît comme un élément *nécessaire mais non suffisant* pour exonérer le médecin. C'est ainsi que, dans une célèbre affaire de sadomasochisme, la Cour de cassation a rappelé que « le consentement de la personne battue ne constitue pas un motif excluant la culpabilité, dès lors que la loi pénale est d'ordre public et que le bien juridique protégé par l'article 398 du Code pénal, à savoir l'intégrité corporelle, constitue un droit fondamental qui n'est limité par aucune clause spéciale et qui ne peut être réglé que par le législateur dans des cas déterminés »²¹. Cette affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle considéra, de manière novatrice, que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « CEDH ») protège le droit à *l'épanouissement personnel* – que ce soit sous la forme du développement personnel ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle – et que ce droit reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties conventionnelles et peut s'entendre au sens du droit d'opérer des *choix concernant son propre corps*²².

Dans un très important arrêt de droit médical, la Cour de cassation non seulement a adhéré à cette analyse, mais l'a systématisée et conceptualisée, en posant en règle 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 ; *ce consentement [est] de nature à ôter tout caractère culpeux à un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif ou préventif d'ordre thérapeutique* »²³. La Cour pose ainsi en règle que le

²¹ Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 11, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 203, note G. GENICOT, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 562, note A. DE NAUW.

²² Cour eur. D.H., 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique* (§ 83), *J.T.*, 2005, p. 331, note F. KRENC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 697, note M. DEMARET ; déjà en ce sens, l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 (§§ 61 et 66), *J.T.*, 2002, p. 590, note P. LAMBERT, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1384, note F. ABU DALU. L'arrêt *K.A. et A.D.* a suscité de nombreuses études, aussi passionnantes que contrastées : M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.*, 2005, p. 2973 ; J.-M. LARRALDE, « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », in J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, coll. Droit & Justice, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2009, p. 263 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », in J.-P. MARGUÉNAUD et O. DUBOS (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens. Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, coll. Droits européens, Paris, Pedone, 2007, p. 85 ; J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique* du 17 février 2005 de la C.E.D.H. », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1309 ; D. ROMAN, « "Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ?" La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.*, 2005, p. 1508.

²³ Cass., 14 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. de M. le procureur général DU JARDIN, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, concl. de M. le procureur général DU JARDIN, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART ; R.O. DALCQ, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488.

consentement du patient *suffit* à rendre licite une intervention médicale par nature attentatoire à son intégrité physique, pourvu qu'elle poursuive un *but thérapeutique* et n'apparaisse pas déraisonnable. Elle accroît ainsi l'autonomie de l'individu par rapport à son corps, tendance qui doit être pleinement approuvée.

5. Il faut en effet, en second lieu, que l'intervention remplisse un *but thérapeutique* pour le patient, autrement dit qu'elle vise à le soigner et à rétablir sa santé ; ce critère couvre aussi bien les interventions préventives que curatives. On s'accorde aujourd'hui sur une définition raisonnablement large de la notion de santé, qui englobe tant la santé physique que psychique, jusqu'au bien-être psychologique ; il convient certainement de se référer par priorité à *ce que la personne elle-même* considère comme bénéfique ou nécessaire pour sa santé. On ne conçoit plus que certaines interventions (p. ex., opérations de conversion sexuelle, actes de chirurgie esthétique dite de convenance, stérilisation, procréations médicalement assistées, fin de vie médicalisée) ne soient pas qualifiées de thérapeutiques, en adoptant une acception restrictive de cette notion renvoyant à une forme de « morale sociale » qui n'a plus cours. Il faut néanmoins garder à l'esprit que, par référence à ce critère, le médecin peut parfaitement refuser de poser un acte qui serait dépourvu de *tout but* thérapeutique, préventif ou curatif ; affirmer que le patient est autonome et maître de son corps n'équivaut pas à l'autoriser à exiger l'accomplissement d'un tel acte, qui serait alors privé de finalité médicale. On se référera à la définition des « soins de santé » contenue dans l'article 2, 2°, de la loi relative aux droits du patient : « services dispensés par un praticien professionnel en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé d'un patient, de modifier son apparence corporelle à des fins principalement esthétiques²⁴ ou de l'accompagner en fin de vie ».

6. On exige, en troisième lieu, l'existence d'un *rapport raisonnable de proportionnalité* entre les risques courus par le patient du fait du traitement et le bénéfice escompté de celui-ci : le danger potentiel inhérent au traitement ne doit pas être excessif par rapport au résultat que l'on en attend²⁵. C'est un critère important, à combiner toutefois avec la liberté de principe du patient de courir un risque, même élevé, pourvu qu'il soit pleinement informé de celui-ci²⁶. Il ne s'agit cependant pas d'exiger que l'intervention soit rigoureusement *néces-*

²⁴ Ajout inséré par la loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique, et réglementant la publicité et l'information relatives à ces actes.

²⁵ Corr. Marche-en-Famenne, 10 juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1173 : la considération selon laquelle « le médecin doit s'abstenir d'intervenir lorsque les risques encourus pour la santé du patient sont supérieurs au bénéfice escompté » conduit à tenir pour fautif le fait pour un médecin de pratiquer une ponction lombaire lorsque le patient présente des risques de complications hémorragiques.

²⁶ Le patient doit être informé des « risques inhérents à l'intervention et pertinents pour lui » (art. 8, § 2, de la loi relative aux droits du patient) ; voy. *infra*.

saire, car cela heurterait à la fois la liberté de chacun par rapport à son corps et la *liberté thérapeutique* dont jouit le médecin dans l'exercice de son art²⁷.

C'est l'occasion de rappeler une constante de la matière, d'ailleurs révélée par le raisonnement pénal : la nécessité très fréquente de procéder, tant dans la décision pratique – par exemple, lors d'une garde nocturne aux urgences – que dans l'analyse juridique (*a priori*, pour déterminer la conduite à adopter, ou *a posteriori*, pour apprécier une éventuelle responsabilité), à des *pondérations ou équilibres d'impératifs parfois contradictoires*, qui peuvent s'avérer malaisés ou incertains. Ainsi, si le patient doit consentir à l'intervention et s'il peut dès lors, en vertu de son droit à l'autodétermination et au respect de son intégrité physique, refuser les soins qui lui sont proposés (art. 8, § 4, de la loi du 22 août 2002), il est tout aussi vrai que le médecin a l'*obligation d'intervenir*, notamment en cas d'urgence, et ce, même en l'absence de consentement ; la loi le reconnaît du reste également, en son article 8, § 5.

En matière médicale, jurisprudence et doctrine révèlent que ces pondérations ou équilibres se font le plus souvent par référence – au moins implicite – à la notion pénale d'*état de nécessité*, en vertu de laquelle il est permis de transgresser une règle, une valeur, un principe ou une obligation *dans le but* de préserver ou de garantir une valeur *considérée comme supérieure et davantage digne de protection*²⁸. La protection de la vie du patient peut ainsi primer son droit de consentir au traitement (ou ses convictions religieuses, s'agissant d'une transfusion sanguine à un témoin de Jéhovah). Ces arbitrages, parfois évidents, mais souvent délicats, sont délaissés au médecin, le cas échéant sous le contrôle *a posteriori* du juge ; sa maîtrise scientifique et la noblesse de son art expliquent cette confiance qui lui est faite. Soulignons que la Cour de cassation enseigne que « l'état de nécessité ne peut être admis comme cause de justification que s'il réunit *plusieurs conditions*, à savoir que la valeur du bien sacrifié doit être inférieure ou à tout le moins équivalente à celle du bien que l'on prétend sauvegarder, que le droit ou l'intérêt à sauvegarder soit en péril imminent et grave, qu'il soit impossible d'éviter le mal autrement que par

²⁷ X. LEURQUIN ET M. KAISER, « La liberté diagnostique et thérapeutique : un principe juridique à soigner », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 889 ; T. GOFFIN, « Diagnostische en therapeutische vrijheid », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, p. 1051.

²⁸ Sur l'état de nécessité, cause de justification « neutralisant » l'élément légal de l'infraction lorsque celle-ci apparaît comme socialement nécessaire ou à tout le moins « indifférente », voy. not. l'important arrêt du 13 mai 1987 par lequel la Cour de cassation l'a confronté au secret professionnel du médecin (*Pas.*, 1987, I, p. 1061, J.L.M.B., 1987, p. 1165, note Y. HANNEQUART, J.T., 1988, p. 170, *Rev. dr. pén.*, 1987, p. 856, T. Gez., 1987-1988, p. 173, note VAN LIL) et l'étude d'A. DE NAUW, « La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité », R.C.J.B., 1989, p. 593. Pour rappel, il ressort de cet arrêt, en substance, que « l'état de nécessité allégué par une personne poursuivie pour violation du secret professionnel ne peut être écarté dès lors que, eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit et en présence d'un mal grave et imminent pour autrui, cette personne a pu estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder, autrement qu'en violant ce secret, un intérêt plus impérieux qu'elle avait le devoir ou qu'elle était en droit de sauvegarder avant tous les autres » (mise en évidence ajoutée).

l'infraction et que l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait le péril dont il se prévaut»²⁹.

7. Enfin, l'acte médical doit être pratiqué dans le *respect des règles de l'art*, c'est-à-dire se conformer aux acquis scientifiques que le médecin a retirés de sa formation, ainsi qu'aux règles déontologiques auxquelles il est astreint. Les soins doivent toujours être attentifs, consciencieux et *conformes aux données actuelles et acquises de la science médicale*³⁰, ce qui implique pour le médecin l'obligation de se tenir en permanence au courant des évolutions de celle-ci.

Il est fréquemment recouru à ce critère en jurisprudence, afin de cerner les bornes abstraites de la responsabilité du médecin avant de les appliquer au cas d'espèce. Le raisonnement classique, ici encore d'abord conceptualisé en matière pénale, peut être résumé comme suit : «le médecin répond de toutes les fautes qu'il a commises, même les plus légères ; mais, dans l'appréciation de ces fautes, le juge doit se montrer particulièrement circonspect. Hors la négligence ou l'imprudence que tout homme peut commettre, le médecin ne répond des suites fâcheuses de ses soins que si, *eu égard à l'état de la science et aux règles consacrées de la pratique médicale*, l'imprudence, l'inattention ou la négligence qui lui sont imputées révèlent une méconnaissance certaine de ses devoirs»³¹. Cette exigence implique également que les soins prodigués doivent être entourés des *précautions nécessaires*, ce qui suppose notamment que le médecin doit s'informer des antécédents du patient et pratiquer les examens préalables à même de révéler et de prévenir tout risque de complication. Il doit aussi s'assurer qu'une *surveillance étroite* est exercée par la suite en vue de vérifier l'évolution de l'état du patient (principe de continuité des soins).

On peut ici citer un bel arrêt de la Cour d'appel de Liège (chambre correctionnelle) du 22 novembre 2007, selon lequel «le fait de ne pas avoir tenu compte d'une éventualité constitue une faute, pour autant que cette éventualité ait dû être prévue ; le défaut de satisfaire aux obligations spécifiques de sa profession peut constituer une faute à l'origine d'un dommage [qu'on aurait pu pallier] ; plus spécifiquement, en ce qui concerne le médecin, celui-ci doit répondre de sa faute la plus légère, laquelle doit être appréciée en fonction du

²⁹ Cass., 24 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 167, *J.T.*, 2007, p. 353, *J.L.M.B.*, 2007, p. 281, *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 385 ; Cass., 13 novembre 2001, *Pas.*, n° 613, concl. de M. l'avocat général DE SWAEF ; Cass., 28 avril 1999, *Bull.*, 1999, p. 598.

³⁰ Selon la formule du célèbre arrêt *Mercier*, précité, reprise à l'article 34 du Code de déontologie médicale. Cette notion demeure fort peu explorée par la littérature juridique. Pour une approche renouvelée, J.-C. DOSDAT, *Les normes nouvelles de la décision médicale*, coll. Thèses, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2008 ; *add* les observations de F. VIALLA in F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGD, 2009, pp. 215-227 ; C. PUIGELIER et J. SAINTE-ROSE, « Le juge et les données contemporaines de la science », in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, p. 891.

³¹ Corr. Neufchâteau, 26 mai 1983, *Rev. dr. pén.*, 1983, p. 809. Dans le même ordre d'idées : « le fondement de la responsabilité médicale doit être recherché dans tout manquement à l'application, sous le contrôle éclairé d'une conscience scrupuleuse, des *données acquises de la science* en chacune des circonstances où un praticien accomplit un acte de sa profession » (Bruxelles, 11 mai 1971, *J.T.*, 1972, p. 358).

comportement d'un médecin normalement compétent, attentif et prudent, agissant dans les mêmes circonstances ; si l'erreur de diagnostic ne constitue pas par elle-même une faute professionnelle lorsqu'un médecin normalement prudent aurait pu se tromper en présence d'un même cas et dans les mêmes circonstances, encore est-il que cette erreur devient condamnable si elle résulte d'une négligence ou d'un défaut de précaution du médecin puisqu'en agissant avec la prudence requise, celui-ci eût pu l'éviter ; dans les cas douteux, le médecin a l'obligation de contrôler l'exactitude de son diagnostic par tous les moyens d'investigations qui sont en son pouvoir ; ainsi, un diagnostic erroné est une faute professionnelle condamnable s'il est posé sans qu'il ait été procédé à l'examen approfondi que les circonstances imposaient impérieusement et que la pratique exige normalement »³².

En ceci s'exprime le caractère *marginal* du contrôle du juge : il confrontera *in concreto* le comportement du praticien à la norme de diligence générale, *crystallisée à l'époque des faits qui lui sont soumis*. Observons que l'on ne s'en tient pas, lors de l'analyse en termes de responsabilité civile (ou pénale), à ce que paraissent recommander, sur le terrain, les « bonnes pratiques cliniques » ; pour utiles qu'elles soient au praticien hospitalier, ces notions n'ont guère droit de cité dans le champ juridique belge³³. En revanche, la littérature scientifique est très précieuse et devrait être, lorsque cela s'indique, exploitée au maximum ; elle éclaire tant la faute que la causalité³⁴.

8. Nous proposons de cheminer en deux temps. Nous ferons tout d'abord le point sur un thème essentiel et transversal, *l'information et le consentement du patient* (section 1), en évoquant notamment la charge de la preuve sur ce point et le *dommage* dont devrait pouvoir se plaindre un patient insuffisamment éclairé. Nous brosserons ensuite un panorama du *fait générateur de la responsabilité médicale*, incluant la difficile et fluctuante appréhension juridique des infections nosocomiales (section 2)³⁵.

³² Liège, 8^e ch. corr., 22 novembre 2007, inédit.

³³ Il est d'ailleurs symptomatique que l'on ne trouve pratiquement aucune doctrine qui leur soit consacrée (F. GODDEVRIENDT et S. CALLENS, « De impact van zorgrichtlijnen op de medische aansprakelijkheid », in *Recht in beweging*, Maklu, 2004, et, à propos de la directive 2001/20/CE concernant les bonnes pratiques cliniques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain, l'analyse et le commentaire « à partir du droit médical » de H. NYS, J.T., 2002, p. 353). Plus largement : B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisités*, Anthemis/PU St-Louis, 2013, vol. 3 « Normativités concurrentes », p. 179.

³⁴ I. LUTTE, « Littérature scientifique et aléa médical : quel lien ? », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 63 ; C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n^o 32, pp. 222-237.

³⁵ Nous ne croyons pas devoir examiner ici les questions touchant à la *consistance du dommage* et à la *certitude du lien causal*, dont celle, récurrente et parfois épineuse, de la perte de chance ; nous renvoyons à cet égard à notre ouvrage *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 551-609 ainsi qu'aux nombreuses références reprises en bibliographie (pp. 551-554, 587-588 et 596-597) et, en particulier, sur la notion de perte d'une chance et sa place dans le droit de la responsabilité médicale (pp. 565-587), les références citées aux pages 565-566 et les excellentes et substantielles conclusions de M. l'avocat général WERQUIN précédant

Section 1

L'information et le consentement du patient

Nous aborderons successivement le principe essentiel du consentement (§ 1), l'hypothèse corrélatrice d'un refus ou d'une renonciation au droit de consentir (§ 2), les principes et modalités régissant l'obligation d'information (§ 3), le contenu de l'information préalable selon la loi relative aux droits du patient (§ 4), l'aspect crucial que constitue l'indispensable éclairage du malade à propos des *risques* de l'intervention qu'il s'apprête à subir (§ 5) et les exceptions à l'obligation d'information (§ 6), pour terminer par deux points focaux d'attention : la *charge de la preuve* du défaut d'information et de consentement (§ 7) et le souhait d'une appréhension renouvelée du *dommage* consécutif à un manquement au devoir d'information (§ 8).

§ 1. L'importance cardinale du consentement du malade

9. Le consentement du patient est, comme l'on sait, la condition de licéité principale de toute intervention thérapeutique. Ceci s'explique non pas tant par le schéma contractuel dans lequel celle-ci s'inscrit, ni d'ailleurs parce que la loi l'impose formellement depuis 2002, mais par l'exigence fondamentale de *protection de son intégrité physique*. Ce consentement n'a de sens et de portée effective que s'il est précédé d'une information complète – ou, plus précisément, conforme aux souhaits du patient, car celui-ci peut accepter de consentir en n'étant pas pleinement informé, dès lors que cela procède d'un choix conscient de sa part. L'information n'est, en ce sens, pas une exigence formelle et abstraite, mais *finalisée* en considération du consentement valable et exprès qu'elle rend possible : le consentement est l'aspect primordial et l'information, son corollaire. Et il faut insister sur deux points, parfois oubliés : d'une part, le droit du patient d'être informé et de consentir constitue dans son chef *un droit propre* dont il est recevable à invoquer la violation, indépendamment des fautes susceptibles d'avoir été commises dans le choix du traitement, dans l'exécution de celui-ci ou dans la surveillance postopératoire ; d'autre part et corrélativement, la portée du devoir d'information se *distingue* de la teneur et de l'étendue des obligations endossées par l'équipe médicale aux divers stades du traitement.

Tant la loi relative aux droits du patient que la jurisprudence le confirment. La loi, si elle semble poser *in abstracto* que le patient a droit, de la part du médecin, à toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable (art. 7, § 1^{er}), prévoit surtout qu'il a le droit de consentir librement à *toute* intervention du praticien professionnel *moyennant information préalable* (art. 8, § 1^{er}) et détaille les informations qui doivent lui être fournies *en vue de la manifestation de son consentement*

Cass. (ch. réun.), 1^{er} avril 2004, *Pas.*, n° 174, et Cass., 6 décembre 2013 (deux arrêts), *Pas.*, n°s 661 et 662 (pp. 2458-2481).

(art. 8, § 2). La Cour de cassation a, pour sa part, très clairement posé « 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 »³⁶. Auparavant, la Cour d'appel de Bruxelles avait déjà fermement et très justement affirmé qu'« autoriser le médecin à procéder, même avec les meilleures intentions, à une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti, serait nier complètement les droits les plus fondamentaux de la personne humaine : droit à la liberté individuelle et à l'intégrité physique »³⁷.

Il est, dès lors, parfaitement logique que la loi relative aux droits du patient ait depuis lors consacré, dans son article 8, § 1^{er}, ce droit le plus fondamental du patient. Elle exige un consentement exprès, libre³⁸ et préalable du patient pour tous les actes médicaux, même courants ou d'une portée faible, sous réserve de certaines exceptions légales et des situations d'urgence.

Le consentement doit, en règle, être donné *expressément*, donc viser précisément tel examen, telle intervention, tel traitement ; par un évident souci de pragmatisme, on pourra toutefois se satisfaire d'un consentement tacite – implicite – dès lors qu'il est 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. Il faut donc que le comportement du patient dont est déduit le consentement soit univoque, conscient et en harmonie avec l'information préalable (art. 8, § 1^{er}, al. 2, de la loi)³⁹. En règle, conformément au droit commun, le silence ne peut 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 (en l'occurrence, la nature et la portée de l'acte envisagé, la nécessité et les conséquences possibles de celui-ci, le comportement du patient pouvant induire son consentement à l'acte, etc.). On pourra se satisfaire d'un consentement tacite pour les actes médicaux et les examens

³⁶ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 2129, 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.

³⁷ Bruxelles, 24 décembre 1992, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.328, *R.G.D.C.*, 1995, p. 208, note T. VANSWEEVELT. Dans le même sens, toujours avant la loi, Civ. Namur, 30 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 34.

³⁸ Ce qui implique que le consentement ne saurait être donné sous la pression de tiers. Nous croyons qu'il est à cet égard capital de se garder soigneusement de céder à la tentation commode de considérer que, par principe, une personne affaiblie par la maladie ou en proie à une forme de désarroi existentiel ne serait forcément plus *libre* d'exercer son droit à l'autonomie ; c'est faire peu de cas des ressources surprenantes de l'être humain et fouler bien vite aux pieds un *principe* social et juridique essentiel.

³⁹ Le consentement implicite (ni écrit ni verbal) est un consentement à part entière, qui se distingue d'un consentement *présumé*. C'est, par exemple, le cas pour des actes habituels, mais aussi dans des situations évidentes : le patient qui tend le bras au médecin qui l'invite à procéder à un prélèvement sanguin accepte celui-ci ; le patient qui arrive à l'heure dite, à jeun, le jour où une intervention chirurgicale est planifiée consent à ce qu'elle soit pratiquée.

courants, qui n'entraînent aucun risque particulier pour le patient, afin de ne pas paralyser l'exercice normal et usuel de la médecine ; en revanche, dès que l'exploration ou la thérapie sont un tant soit peu plus importantes ou comportent des risques, le consentement devrait être exprès.

10. Sur le plan de la *forme*, il ne se déduit pas de ce que le consentement à une intervention médicale doit être donné de façon expresse qu'il doit nécessairement être exprimé *par écrit* ; la loi ne l'impose pas. Dans la pratique médicale et hospitalière courante, le consentement est le plus souvent donné *verbalement*, après une information elle-même verbale. Le patient peut toutefois parfaitement demander au médecin que son accord soit consigné par écrit et ajouté dans son dossier, ce qui peut être utile en cas de consentement assorti de précisions ou de conditions ; de même, le praticien bénéficie de la possibilité de requérir la fixation par écrit du consentement du patient et sa consignation dans son dossier, moyennant son accord (art. 8, § 1^{er}, al. 3, de la loi). Le législateur de 2002 a conditionné cette faculté à *l'accord réciproque* du praticien ou du patient, selon le cas ; on avoue mal apercevoir pourquoi l'un ou l'autre refuserait cet accord, et dans quelles circonstances, dans la mesure où la confirmation écrite du consentement est dans leur intérêt à tous deux. En pratique, pour des interventions importantes, notamment chirurgicales et planifiées, il s'indique que tel soit le cas, à des fins de preuve. Rappelons que plusieurs textes spécifiques exigent formellement, dans certaines hypothèses, un consentement écrit⁴⁰.

La pratique du *formulaire de consentement* est répandue dans de nombreux pays (principalement anglo-saxons), surtout lors de l'admission dans un hôpital ou s'il s'agit de pratiquer une intervention dont l'utilité thérapeutique est faible (p. ex., stérilisation ou chirurgie esthétique)⁴¹. Cette technique peut permettre d'asseoir plus solidement *l'information* fournie oralement par le médecin, car le patient peut l'assimiler plus sereinement et, dès lors, collaborer plus activement au traitement. Elle soulève cependant le problème de l'aptitude du patient à *comprendre* les termes du formulaire présenté, d'autant plus lorsqu'il se trouve

⁴⁰ Prélèvement et transplantation d'organes *in vivo* (art. 8, § 2, de la loi du 13 juin 1986) ; avortement (art. 350, al. 2, 3^e, C. pén.) ; euthanasie (art. 3, § 4, de la loi du 28 mai 2002) ; expérimentations médicales (art. 6, § 1^{er}, de la loi du 7 mai 2004) ; recherches sur les embryons *in vitro* (art. 8 de la loi du 11 mai 2003) ; procréation médicalement assistée au sens large, que la loi du 6 juillet 2007 organise autour de la figure juridique de la convention (art. 7, 8, 13, 20, 30, 42, 49, 59 et 69), entérinant ainsi une pratique constante ; utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique (art. 10, § 5, de la loi du 19 décembre 2008), sauf « lorsque le prélèvement et toute opération, effectuée avec le matériel corporel humain, le sont exclusivement dans un objectif directement préventif, diagnostique ou thérapeutique, scientifiquement admis, au bénéfice du donneur » (art. 9).

⁴¹ Désormais, la loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique, ainsi que la publicité et l'information relatives à ces actes, impose que les informations qui doivent être fournies au patient fassent l'objet d'un compte rendu écrit, daté et signé par le patient et les praticiens concernés, lequel fait partie intégrante du dossier médical du patient et doit, en outre, reproduire le texte de l'article 18 de la loi.

dans une situation de stress et/ou d'infériorité par rapport au médecin, notamment en cas d'urgence. Le *contexte* dans lequel le formulaire est présenté et signé revêtira donc une importance capitale pour l'appréciation de la validité du consentement; le patient pourra, en effet, toujours prétendre par la suite qu'il n'a pas bien compris ce qu'il a signé⁴².

Dans la dialectique de la *charge de la preuve* (voy. *infra*, § 7), la pratique des formulaires de consentement pourra aussi permettre aux médecins de se préconstituer la preuve de l'exécution de leurs obligations, *pour autant* que le formulaire en cause soit suffisamment clair et compréhensible: on redoute à juste titre une trop grande standardisation et l'élaboration d'un document stéréotypé comprenant des clauses de style⁴³. En tout état de cause, le formulaire ne saurait jouer le rôle principal dans la mise en place du cadre juridique de la relation de soins et remplacer l'entretien informatif entre le médecin et le patient, le fameux *colloque singulier*, au cours duquel le consentement est recueilli. Idéalement, il ne devrait avoir d'autre rôle que celui d'un aide-mémoire, d'un rappel des points importants de la discussion, susceptible d'ouvrir sur un entretien complémentaire le cas échéant. La jurisprudence a d'ailleurs tendance à ne pas s'en tenir aux formulaires de consentement lorsqu'il n'est pas établi *par ailleurs* qu'un consentement et une information adéquats ont été donnés au cours d'un entretien singulier entre le médecin et le patient; le formulaire ne sera ainsi qu'un élément parmi d'autres, important, mais non décisif⁴⁴. Il reste que, si la jurisprudence s'oriente vers une consécration, à l'égard des médecins, de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015 faisant peser sur l'avocat la charge de prouver qu'il a bien informé son client, dont il sera question plus loin, la pratique des *consent forms* s'en trouvera probablement ravivée, à des fins de préconstitution de preuve.

§ 2. Le refus de consentement ou la renonciation au droit de consentir

11. Le consentement du malade peut être absent, soit s'il refuse de le donner ou le retire, soit si l'on se trouve exceptionnellement dans une circonstance où le médecin peut passer outre cette exigence (en particulier en situation d'urgence, ou lorsque la protection de la santé de tiers ou de l'ordre public est en cause), seule la première hypothèse étant ici évoquée⁴⁵.

⁴² P. HENRY, « Le médecin face au droit », in *Médecine et droit. Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 33.

⁴³ H. NYS, *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, n^{os} 310 et 326; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers/Bruxelles, Maklu/Bruylant, 1996, pp. 156-160, spéc. n^{os} 236-237.

⁴⁴ En ce sens que « l'existence d'un formulaire standardisé n'atteste pas en elle-même d'un consentement éclairé du patient, entre autres quand le document n'est pas suffisamment explicite, et si ses termes ne sont pas compréhensibles pour un non-initié ou pour une personne de nationalité étrangère », voy. Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT (arrêt cassé par l'arrêt précité du 14 décembre 2001, mais pas sur ce point).

⁴⁵ Sur les exceptions à l'obligation de recueillir le consentement et la portée de celui-ci (problématique des *extended operations*), voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, pp. 171-184.

Ayant le droit de consentir, le patient peut *renoncer à ce droit*, tout comme il peut refuser d'être informé. Cette volonté doit être respectée, mais avec une certaine prudence. Le médecin doit d'abord s'assurer de la *validité de la renonciation*, qui doit émaner d'une personne capable et saine d'esprit, qui a réellement manifesté sa propre volonté et n'a pas été trompée ni incitée à renoncer. Si le consentement doit être *libre*, c'est-à-dire exempt de pressions, il en va de même de la renonciation. En outre, le médecin ne doit pas trop vite se contenter d'une telle renonciation, mais s'employer à tout mettre en œuvre pour que le traitement aboutisse et que le patient y collabore. S'il devient réticent, la première chose à faire est certainement de prendre le temps de lui expliquer à nouveau les tenants et aboutissants de l'option thérapeutique envisagée, de le rassurer si besoin est, de lui confirmer que l'intervention est dans son meilleur intérêt si cela est le cas⁴⁶ et d'éclaircir au maximum, sans les minimiser, les risques qui y sont liés.

Il reste que le droit de la personne à la maîtrise de son corps implique nécessairement celui de refuser ou de retirer son consentement à une intervention médicale. L'article 8, § 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 confirme que le patient est libre « de refuser ou de retirer son consentement [...] pour une intervention » et prévoit qu'à sa demande ou à celle du médecin, le refus ou le retrait du consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient, mention capitale en vue de s'en réserver la preuve (dans cette hypothèse, contrairement à celle de la consignation par écrit du consentement, l'accord de l'autre partie n'est d'ailleurs pas exigé). Il convient de prendre l'exacte mesure de la très large portée de cette disposition : elle est *générale* et vise dès lors *toute* intervention à laquelle le patient ne veut pas se soumettre, fût-elle vitale. Le droit de refus ou de retrait du consentement *prime donc le devoir légal (et déontologique) du médecin de porter assistance au malade*, ce qui constitue un autre précieux corollaire du droit à l'autodétermination⁴⁷.

Le législateur décrit les *conséquences* du refus ou du retrait du consentement, dont le patient doit être informé (art. 8, § 2). Il n'entraîne pas l'extinction du

⁴⁶ Le *degré de nécessité* de l'intervention envisagée constitue au demeurant un paramètre à prendre en compte pour l'exercice de cette faculté : il ne se conçoit pas, en règle, que le patient renonce à consentir à un acte à finalité thérapeutique faible ou nulle, susceptible de causer de graves dommages ou présentant des risques sérieux et mal connus. Ceci concerne notamment les interventions de *chirurgie esthétique*, et la loi du 23 mai 2013 est en ce sens.

⁴⁷ Le débat sur l'existence d'une faute dans pareil contexte est, par définition, délicat. Pour une illustration : Liège, 12^e ch., 27 avril 2007, R.G. n° 2005/RG/241, inédit (défaut d'information complète, attentisme fautif à proposer l'intervention chirurgicale salvatrice, cécité du patient). Voy. J.-L. FAGNART, « Le refus de soins », *For. ass.*, 2015, p. 131 ; G. GENICOT, « Le refus de soins entraînant une aggravation du préjudice causé par la faute d'un tiers : une hypothèse délicate et controversée », note sous Cass. fr., 1^{re} civ., 15 janvier 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 269. En France, où la question a fait débat, l'existence, dans le chef du patient, d'un droit absolu de refuser tout acte médical, fût-ce au prix de sa mort, semble bien confirmée par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique ; voy. J.-P. GRIDEL, « Le refus de soins au risque de la mort », *Gaz. Pal.*, 19-20 juin 2002, p. 3 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jehovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.*, 2004, p. 3154 ; G. PELLISSIER, « La vie privée entre volonté individuelle et ordre public : le paradigme du refus de soins », *D.*, 1999, chr., p. 277.

droit à des prestations de qualité, tel qu'il est visé à l'article 5 de la loi, ce qui revient à dire que les relations établies entre médecin et malade ne s'éteignent pas automatiquement dans pareilles circonstances et que le premier ne saurait y mettre fin d'office en abandonnant le second à son sort. Il va de soi que l'obligation de soins pesant personnellement sur le médecin subsiste (art. 8, § 4, al. 3, et § 5); il doit donc poursuivre les *soins nécessaires* après un refus ou un retrait de consentement. Concrètement, cela implique, d'une part, le devoir de proposer au patient une alternative thérapeutique ou un transfert dans une autre institution de soins et, d'autre part, la poursuite des soins d'hygiène et de confort nécessaires. Cela peut également conduire le médecin à aborder avec lui la question de la fin de vie (sédation terminale, droit de demander l'euthanasie) si le refus de traitement ou le retrait de consentement devait conduire le patient à une issue fatale impliquant des souffrances insupportables et insupportables.

12. L'article 8, § 4, de la loi donne en son alinéa 4 force obligatoire au *refus anticipé d'intervention* valablement exprimé par un patient avant qu'il devienne incapable d'exercer ses droits. Il faut prendre la mesure de cette disposition novatrice et qui demeure mal connue⁴⁸. Face à une déclaration anticipée de refus d'une intervention déterminée, qui présente les garanties requises, le praticien *doit s'incliner*, même si la vie du patient est en jeu. Ainsi peut-on désormais s'éviter une prolongation de vie végétative, ou s'assurer de l'absence de réanimation lorsqu'elle n'aurait plus de sens – ou après une tentative de suicide. Le patient peut naturellement révoquer son refus anticipé à tout moment, pour autant qu'il soit toujours en mesure d'exercer ses droits lui-même⁴⁹. Cette innovation législative représente une consécration supplémentaire et bienvenue du droit à l'autodétermination : personne ne peut être contraint de subir une intervention médicale contre son gré, fût-ce au prix de sa vie, dont la personne est également maître. Observons bien sûr que l'intervention pour laquelle le patient exprime son refus anticipé doit être indiquée précisément : lorsque la déclaration est formulée de façon générale ou dans des termes équivoques, le médecin pourrait procéder valablement à une intervention si, interprétant la déclaration, il ne l'estime pas couverte par celle-ci.

Lorsqu'il est allégué que le dommage dont la réparation est postulée provient de la propre attitude du patient qui, en refusant l'intervention préconisée, s'est

⁴⁸ Notamment parce que la déclaration anticipée est trop souvent confondue avec une demande anticipée d'euthanasie, laquelle est nettement plus ciblée et largement moins utile en pratique; voy. G. GENICOT, « Arrêt de traitement, droit à la vie, autonomie personnelle et patients vulnérables. Réflexions autour de l'affaire Vincent Lambert », *J.T.*, 2016, p. 17.

⁴⁹ Voy. not., sur l'ensemble de la question, la thèse de doctorat de C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Intersentia, 2013, et la très intéressante étude de P. LOKIEC, « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RD sanit. soc.*, 2006, p. 865. Voy. également, sur le rôle des proches dans ce cadre (personne de confiance ou mandataire de santé) dans divers droits nationaux, B. FEUILLET-LIGER (dir.), *Les proches et la fin de vie médicalisée. Panorama international*, coll. Droit, bioéthique et société, Bruxelles, Bruylant, 2013.

exposé consciemment à un risque, il convient que le juge recherche si le patient avait été *informé* par le médecin des risques graves courus en cas d'opposition au traitement préconisé et, ainsi, mis en mesure de donner un consentement ou un refus *éclairé* aux actes médicaux envisagés. La solution est certaine : le refus de consentement, tout comme l'assentiment au traitement, doit être *pleinement éclairé* sur les implications de la décision ainsi prise et sur les risques qu'elle est susceptible d'entraîner. Commandée par la pure logique, elle peut s'autoriser de l'agencement des dispositions pertinentes dans la loi relative aux droits du patient : le consentement que le patient est en droit de refuser ou de retirer est, aux termes de l'article 8, § 4, de la loi, celui « visé au § 1^{er} », autrement dit un consentement libre et exprès « moyennant information préalable » fournie « préalablement et en temps opportun » « en vue de la manifestation [du] consentement » ou, naturellement, de son refus, revers de la même médaille (art. 8, §§ 1^{er} à 3).

Il faut par ailleurs se souvenir que, dès lors que la victime d'un dommage a droit, en règle, à la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi, elle n'a pas l'obligation – contrairement à ce qui est régulièrement allégué ou plaidé – de restreindre le dommage dans la mesure du possible, ou d'en faire supporter une partie par un tiers qui y est étranger⁵⁰. Il doit s'en déduire qu'elle *peut refuser certains soins médicaux, même potentiellement bénéfiques, sans être pénalisée quant à son indemnisation*. Il faut sur ce point se tourner vers la Cour de cassation française, qui est à cet égard catégorique : non seulement « l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; [...] la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », mais surtout il n'y a pas lieu de limiter l'indemnisation de la victime sous prétexte que son refus de se soigner serait fautif, alors que la victime *n'a pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins* ; son refus de se soumettre à un traitement susceptible d'éviter ou de limiter une aggravation de son préjudice, dès lors qu'elle n'a pas l'obligation de le suivre, *ne peut entraîner ni la perte ou la diminution de son droit à indemnisation, ni la prise en compte d'une aggravation susceptible de découler d'un tel choix*⁵¹. Cette analyse confirme que le refus de soins est la manifestation d'une liberté corporelle fondamentale, qui ne saurait s'analyser en une *faute de la victime* susceptible d'entraîner un partage de responsabilités et une indemnisation partielle. Elle n'est pas pour autant à l'abri d'une discussion portant sur la causalité et l'imputabilité du dommage : il ne serait pas

⁵⁰ Cass., 14 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 798, *J.L.M.B.*, 1994, p. 48, note D. PHILIPPE, *Arr. Cass.*, 1992, p. 163, note M. STORME, *R.G.A.R.*, 1994, n° 13.312, *R.W.*, 1993-1994, p. 1395, note A. VAN OEVELEN. Sur les décisions de la victime, voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, pp. 295-317 ; J.-L. AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 55.

⁵¹ Cass. fr., 1^{re} civ., 3 mai 2006, *D.*, 2006, IR, p. 1403, obs. I. GALLMEISTER, *RTDciv.*, 2006, p. 562, obs. P. JOURDAIN ; Cass. fr., 1^{re} civ., 19 juin 2003, *D.*, 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL, *D.*, 2004, p. 1346, obs. D. MAZEAUD, *J.C.P.*, 2004, I, 101, n° 9, obs. G. VINEY, *RTDciv.*, 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; Cass. fr., 1^{re} civ., 19 mars 1997, *RTDciv.*, 1997, p. 632, obs. J. HAUSER, et p. 675, obs. P. JOURDAIN.

abusif, tout en respectant soigneusement le choix de la victime, autonome et maître de son corps, de l'inviter à assumer les conséquences de celui-ci⁵².

§ 3. L'information du patient : principes et modalités

13. Le « contrat médical » n'échappe pas sur ce point au droit commun des obligations : pour être valable, le consentement à tout contrat 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 de la part de l'autre. À défaut, ils risquent de donner leur consentement sans avoir à l'esprit tous les enjeux du débat, auquel cas ce consentement pourrait être imparfait, voire vicié⁵³. L'obligation d'information pèse sur les deux cocontractants et donc aussi, dans le cas particulier du contrat de soins, sur le patient. Elle implique que celui-ci doit fournir au médecin, lors de l'anamnèse, tous les renseignements relatifs à son état de santé, à ses conditions de vie, à ses antécédents médicaux, etc., afin de lui permettre de poser le diagnostic et d'orienter le traitement à administrer, en évaluant les contre-indications éventuelles⁵⁴.

L'obligation d'information pesant sur le médecin est évidemment plus vaste et plus complexe ; elle est très fréquemment abordée par la jurisprudence en matière de responsabilité médicale. Une de ses particularités, qui découle de l'analyse du contrat de soins en termes de *décisions médicales successives* et de la distinction entre le consentement global et l'assentiment répété du malade, est qu'elle *n'est pas épuisée* lorsque ce contrat est conclu. La loi du 22 août 2002 est

⁵² Nous avons récemment eu l'occasion d'explorer cette hypothèse « délicate et controversée » dans une étude à laquelle nous renvoyons : G. GENICOT, « Le refus de soins entraînant une aggravation du préjudice causé par la faute d'un tiers : une hypothèse délicate et controversée », note sous Cass. fr., 1^{re} civ., 15 janvier 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 269.

⁵³ Pour une synthèse, pertinente quant au droit médical, voy. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1992, rééd. coll. Anthologie du Droit, Paris, LGDJ, 2014 ; F. GLANSDORFF (dir.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, vol. 86, Liège, Larcier, 2006, et spéc. l'introduction générale de F. GLANSDORFF ; L. MULLER, « Genèse et structure de l'obligation d'information et de renseignement au stade de la formation des contrats », in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 221 ; en matière médicale, voy. les synthèses de J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 51, et P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, p. 25.

⁵⁴ Gand, 22 février 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 187 (prescription d'un médicament qui cause une hémorragie stomacale ; décision assez curieuse en ce que la cour d'appel estime que « les patients peuvent raisonnablement s'attendre à ce que le [médecin] remplaçant soit effectivement informé ou qu'il ait les moyens de s'informer. C'est pourquoi il doit être refusé que le patient doive lui-même communiquer ses propres antécédents médicaux ») ; comp. Civ. Anvers, 12 mai 2004, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 221 (placement d'une prothèse de hanche : on peut s'attendre de la part d'un patient « normal » qu'il fournisse suffisamment d'informations sur son état, qu'il pose lui-même des questions au médecin sur le déroulement de l'intervention et sur les risques qui y sont liés).

incontestablement en ce sens⁵⁵. En effet, si le médecin peut, au départ, se limiter à donner au patient un éclairage *général* sur sa maladie, le traitement à entreprendre, sa difficulté, sa durée, ses risques globaux, son coût, etc., encore convient-il que le malade soit, en outre, correctement et précisément informé avant de donner son *assentiment à toute intervention ponctuelle*. C'est à ce moment que l'obligation du médecin prend sa pleine dimension ; elle doit alors être beaucoup plus circonstanciée, et ce, quel que soit le cadre juridique de la relation de soins⁵⁶. Le droit du patient à l'information est incontestablement la prérogative la plus essentielle qui lui fut progressivement reconnue lorsque l'on s'est départi d'une approche « paternaliste » de la relation de soins. Il était au cœur tant des réflexions qui précédèrent l'adoption de la loi du 22 août 2002 que, depuis lors, des litiges en responsabilité ; c'est que le droit de consentir ne serait rien sans son indispensable corollaire, celui d'être pleinement et complètement informé.

14. Le patient a droit à *toutes les informations qui le concernent et qui peuvent être nécessaires pour comprendre son état de santé et l'évolution probable de celui-ci* (art. 7, § 1^{er}, de la loi relative aux droits du patient). Ce droit général et essentiel conditionne l'exercice des autres droits que ce texte consacre. Il se distingue en soi du droit au « consentement éclairé », dans le cadre duquel l'information préalable porte spécifiquement sur l'intervention envisagée ; le droit général à l'information existe, quant à lui, *indépendamment de tout traitement*, même s'il n'en existe aucun dans l'état actuel des connaissances médicales, si le patient ne souhaite pas d'intervention curative invasive, ou encore après l'exécution de celle-ci. Le médecin – qui est seul légalement compétent pour apprécier l'état de santé d'une personne – est en toute logique personnellement tenu de procurer l'information médicale susmentionnée. Il doit fournir au patient, dans un langage clair et aisément compréhensible – donc en tenant compte de sa plus ou moins grande capacité de compréhension⁵⁷ –, toutes les informations relatives au *diagnostic* (évaluation et compréhension de son état de santé) et au *pronostic* (évolution de son état de santé), en envisageant, par exemple, son comportement souhaitable dans le futur. Ces informations doivent être fournies *préalablement et en temps opportun* (art. 8, § 3, de la loi), notamment pour permettre au patient de consulter, le cas échéant, un autre praticien avant de consentir ou non à l'intervention envisagée.

⁵⁵ Les informations « générales » sont visées par l'article 7, § 1^{er}, et les informations « ponctuelles » par l'article 8, §§ 1^{er} et 2 ; sur la distinction, Civ. Namur, 25 janvier 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.530. Les conditions et modalités selon lesquelles les unes et les autres doivent être fournies sont identiques : l'article 8, § 3, renvoie à l'article 7, §§ 2 et 3. Une différence majeure subsiste : la possibilité d'invoquer, à l'égard des premières, l'exception thérapeutique (art. 7, § 4) est exclue s'agissant des secondes.

⁵⁶ L'obligation d'information et de renseignement « s'impose, par état, à tout praticien même non lié contractuellement à son client », mais il est vrai que le reproche d'un défaut d'information constitue souvent « le facile ersatz de la faute technique » (G. MÉMETEAU, « La présentation du droit médical dans la RTDciv. », RTDciv., 2002, pp. 257-258 ; voy. également D. DENDONCKER, « L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire », R.R.J., 2001, p. 1031).

⁵⁷ Le cas échéant, la présence d'un interprète pourrait s'avérer nécessaire.

Pour revêtir le caractère intelligible requis (art. 7, § 2, al. 1^{er}, auquel renvoie l'art. 8, § 3), l'information doit être *individualisée* : le médecin doit prendre en considération l'individualité du patient, notamment son âge et sa position sociale, ainsi que *l'étendue de l'information qu'il souhaite* et son aptitude à la recevoir. L'article 33 du Code de déontologie médicale le confirme et indique également que l'obligation générale d'information s'applique même si le pronostic est grave, voire fatal, sous réserve de l'exception thérapeutique (voy. *infra*, § 6), ce qui constitue un progrès significatif et une rupture avec une certaine hypocrisie parfois rencontrée autrefois face au pronostic de mort. Il va de soi que, s'il doit transmettre une information délicate ou de nature à provoquer chez le patient un trouble ou un choc, il sera sage que le médecin veille à créer un climat psychologique favorable à sa réception, ce qui peut justifier une diffusion progressive, morcelée, voire partielle, de l'information en question. Le Code de déontologie confirme par ailleurs que les proches seront évidemment associés, à moins que le patient ne s'y oppose.

15. Sur le plan de la *forme*, les remarques faites ci-dessus quant au consentement demeurent de mise : l'information, qu'elle soit générale ou préalable à l'obtention d'un consentement ponctuel, est généralement fournie oralement, au cours de l'entretien entre le médecin et le patient visant à évaluer son état de santé et à choisir et mettre en œuvre le traitement. Le patient peut demander que les informations qui lui ont été ainsi communiquées soient *confirmées par écrit*, ce que le médecin peut – c'est souhaitable – également faire d'initiative après l'entretien oral. La consignation par écrit intervient à titre de confirmation ; elle ne remplace pas le colloque singulier autour duquel s'articule toute relation médicale. Elle vise à ce que le patient puisse prendre à nouveau connaissance calmement des renseignements qui le concernent, et les partager avec ses proches. La preuve de leur communication s'en trouvera par ailleurs facilitée. La remise *a posteriori* au patient, par l'intermédiaire de son médecin traitant, des rapports médicaux – qu'il faudrait veiller à rédiger de manière circonstanciée et relativement compréhensible – joue également ce rôle. Lorsque, notamment à des fins probatoires, l'information est *aussi* transmise par écrit, par exemple sous forme de brochure, il faut prendre garde qu'elle doit demeurer *personnalisée*, et ce, qu'elle soit orale ou écrite. Le contenu de la brochure doit donc être expliqué, et l'éventuel formulaire devrait s'inscrire dans une individualisation, en fonction du vécu du patient, de sa capacité à comprendre et à supporter l'information, et bien évidemment de son état de santé. Un formulaire standardisé et systématique n'est, dès lors, pas à conseiller et la remise d'une brochure n'apparaît pas toujours adéquate ; elle n'exclura pas en soi la responsabilité du médecin si le patient prouve que l'information diffusée sous cette forme n'était pas suffisante, ne reflétait pas l'état exact des connaissances en la matière, n'a pas bien été comprise, voire était inexacte⁵⁸.

⁵⁸ Ajoutons qu'il est, de nos jours, de plus en plus habituel que, complémentirement, les patients se renseignent par eux-mêmes, que ce soit grâce aux nombreux ouvrages ou articles de vulgarisation ou, sur-

Le patient peut se faire *assister par une personne de confiance*, voire demander que les informations soient également ou exclusivement communiquées à celle-ci. Ceci sera mentionné dans le dossier (art. 7, § 2, al. 3, de la loi). Toutes les modalités sont envisageables à cet égard : communication exclusive à la personne de confiance, en l'absence du patient ; communication aux deux simultanément, tous deux interlocuteurs actifs du médecin ; simple présence passive de la personne de confiance, pour accompagner et rassurer le malade ; communication de certaines informations seulement à la personne de confiance, concomitamment ou ultérieurement. Il appartient en règle *au patient*, maître des renseignements médicaux qui le concernent, de déterminer souverainement ce qui peut ou ne peut pas être divulgué. Bien entendu, en pratique, tout proche qui se présente aux côtés du malade et s'inquiète de son sort auprès du corps médical ne devra pas être évincé et sera, fût-ce succinctement, informé ; on peut considérer qu'il existe à ce propos une présomption – réfragable – d'accord du patient. La personne de confiance a un rôle plus important et plus précis, bien que sa désignation soit informelle et ne suppose en soi aucune formalité et aucun écrit ; si elle accepte d'assumer ce rôle, elle est tenue de n'utiliser les informations obtenues que dans l'intérêt du patient, en en respectant la confidentialité.

§ 4. Le contenu de l'information préalable selon la loi relative aux droits du patient

16. Le consentement du patient à toute intervention a donc lieu « moyennant information préalable », et la loi précise les informations qui doivent lui être fournies « en vue de la manifestation de son consentement » (art. 8, §§ 1^{er} et 2). Elles portent, selon le texte, sur « l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence⁵⁹, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles⁶⁰

tout, aux divers sites Internet diffusant des renseignements médicaux, sans parler des forums où les vécus et expériences sont partagés. La « société de l'information » et le Web interactif ont assurément de grandes vertus, mais ils ne sont pas dépourvus de risques, en particulier d'inexactitudes ou de trop grande généralisation ; le patient pourra ainsi s'inquiéter de prendre connaissance de paramètres, complications, risques ou effets secondaires qui en fait ne le concernent pas, et il ne prendra pas toujours la peine de discuter avec son médecin de ce qu'il a pu apprendre par ailleurs. Il y aurait beaucoup à en dire ; il reste que cette propagation tous azimuts d'informations médicales et leur attrait compréhensible pour le patient échappent dans une large mesure au contrôle du médecin qui le prend en charge.

⁵⁹ Le praticien informera le cas échéant le patient de la fréquence à laquelle les interventions auront lieu, ce qui permettra, s'agissant d'interventions répétées, de les différencier d'interventions ultérieures et distinctes pour lesquelles un nouveau consentement serait exigé (p. ex., chimiothérapie).

⁶⁰ Signe parmi d'autres de la piètre qualité linguistique du texte (voy. not. la rédaction alambiquée et peu heureuse de l'article 8, § 4, alinéa 4) : une alternative est un choix entre deux solutions ; c'est à mauvais escient que l'on utilise ce mot dans le sens de « solution de remplacement » (erreur également épinglée par J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 67, note 30). Exemples : Civ. Bruxelles, 21 novembre 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.531 (à propos d'un dentiste) ; Anvers, 16 septembre 2002, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 26.

et les répercussions financières⁶¹. Elles concernent en outre 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 » – précision qui concerne, par exemple, la transplantation d'organes, l'avortement, la procréation médicalement assistée ou l'euthanasie, ces trois derniers domaines faisant toutefois l'objet d'une réglementation spécifique quant à l'information préalable.

La loi vise ainsi, non pas tant l'information générale inhérente à toute relation de soins (art. 7), mais surtout l'information *ponctuelle* précédant l'obtention du consentement (ou assentiment), à chaque étape significative du traitement, et visant à permettre un consentement *éclairé* (art. 8), ces deux dispositions étant toutefois évidemment intimement liées. Le praticien doit fournir au patient, selon les modalités rappelées ci-dessus, toutes les informations *nécessaires* pour lui permettre d'accepter ou de refuser l'intervention en parfaite connaissance de cause. L'énumération légale envisage une information *minimale* qui, compte tenu de la nature de l'intervention, doit être suffisante pour permettre au patient de prendre une décision en connaissance de cause. En fonction de sa personnalité, de son besoin de savoir, de son anxiété, de l'intérêt qu'il porte à la chose médicale, en bref, de *l'étendue de l'information qu'il souhaite*, il lui est bien entendu loisible de demander un complément d'information, auquel le praticien peut de toute évidence procéder d'initiative. Celui-ci devra également veiller à éclairer le malade sur les *raisons de l'échec d'un traitement ou d'une intervention*, même si cet échec n'est pas la conséquence d'une faute⁶²; sur un plan surtout humain, un tel dialogue peut permettre de couper court à un ressenti et désamorcer en amont un litige potentiel.

17. En ce qui concerne le *diagnostic*, il va de soi que le patient doit être au courant de la nature de son mal pour pouvoir donner en pleine connaissance de cause son assentiment à un traitement portant atteinte à son intégrité physique; en ignorant sa maladie, on ne peut choisir librement d'être soigné ou non, et comment. Il se peut que l'information à fournir doive englober la *technique utilisée pour poser le diagnostic* lorsque celle-ci présente des risques importants, ou est expérimentale ou peu connue⁶³. Il convient d'être attentif à la

⁶¹ Dont les modalités de remboursement ou de prise en charge par un tiers payant. On perd parfois ceci de vue. Le coût du traitement et la quote-part du patient dans celui-ci peuvent naturellement constituer un aspect pragmatique susceptible d'influencer la prise de décision, même s'il ne doit pas s'agir du premier critère à prendre en considération. Voy. G. GENICOT, « L'information du patient quant à l'aspect financier d'une intervention médicale », *J.J.P.*, 2012, p. 235; T. VANSWEEVELT, « Het recht van de patiënt op informatie over de financiële gevolgen van een medische tussenkomst », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 386.

⁶² Civ. Liège, 26 mars 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.572, qui fonde – avant la loi relative aux droits du patient – sur l'article 1135 du Code civil le droit à l'information dont disposent le patient et ceux qui le représentent à l'égard du médecin.

⁶³ Voy. un arrêt déjà ancien de la Cour d'appel de Liège du 23 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.294, à propos d'une angiographie.

problématique croissante du diagnostic à distance, par téléphone ou au moyen des technologies modernes de communication ; la circonstance que médecin et patient ne sont pas présents dans la même pièce n'est, en règle, susceptible d'avoir aucune incidence juridique sur l'étendue de l'information que le second attend du premier, même si celui-ci, pratiquement, devra témoigner d'une grande prudence et émettre d'emblée tous les bémols qui s'imposent en pareil cas. Enfin, c'est parfois la communication du diagnostic elle-même qui constitue l'*objet* du contrat passé avec le médecin ; c'est le cas, par exemple, des tests génétiques de dépistage de maladies congénitales. S'ils ont lieu dans le cadre d'une grossesse en cours ou projetée et si de telles maladies sont diagnostiquées, le couple optera vraisemblablement, selon le cas, pour une interruption médicale de grossesse ou une procréation médicalement assistée, voire renoncera à son projet d'enfant. Le médecin se devra d'avoir particulièrement à l'esprit les lourdes conséquences susceptibles de découler de l'absence de communication du résultat, ou du résultat exact.

18. Le *traitement envisagé* constitue, avec les risques qui y sont liés, le point central de l'information. Le médecin doit aborder l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications et les effets secondaires du traitement qu'il conseille ou envisage. Il doit également évoquer les *diverses options possibles*, ce qui n'implique pas qu'il fasse état de tous les traitements existants pour l'affection détectée, mais qu'il évoque ceux qui constituent une option raisonnable. On rappellera qu'il jouit à cet égard d'une *liberté thérapeutique* dans le choix du traitement qu'il juge le plus adéquat⁶⁴, mais il est tenu d'éclairer le malade quant au traitement qu'il préconise et aux *raisons* qui justifient cette préférence. Il devra lui exposer brièvement la balance avantages/risques des divers traitements raisonnablement envisageables, l'information devant toujours reprendre *les avantages et les inconvénients* de l'option proposée. À plus forte raison le médecin doit-il avertir le malade lorsqu'il choisit un traitement qui ne suit pas la voie raisonnablement considérée comme la plus sûre et la plus efficace, et donner alors avec plus d'insistance les raisons de son choix ; l'obligation d'information se justifie d'autant plus qu'un des traitements est expérimental ou en voie de reconnaissance⁶⁵. Le cas échéant, le médecin doit

⁶⁴ H. NYS, *La médecine et le droit*, op. cit., pp. 403-412 ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, op. cit., nos 195-198 et n° 415 ; X. LEURQUIN et M. KAISER, « La liberté diagnostique et thérapeutique : un principe juridique à soigner », in Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 889. Plus largement, sur l'autonomie professionnelle du médecin : T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Bruges, die Keure, 2011 ; H. NYS et T. GOFFIN, « Recent ontwikkelingen met betrekking tot de autonomie van arts en patiënt », in H. NYS et S. CALLENS (éd.), *Medisch recht*, Bruges, die Keure, 2011, p. 41 ; T. GOFFIN, « Diagnostische en therapeutische vrijheid », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1051-1098.

⁶⁵ Voy. not. Civ. Anvers, 13 mai 1993, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 190 ; Anvers, 9 novembre 1987, R.W., 1987-1988, p. 1336, note T. VANSWEEVELT. Il faut cependant noter que, si le juge peut estimer, sur la base des éléments qui lui sont soumis – il n'hésitera parfois pas à se plonger en profondeur dans la littérature scientifique versée aux débats (voy. Liège, 12^e ch., 27 avril 2007, R.G. n° 2005/RG/241, inédit) –, qu'un

donner au patient le choix entre un traitement *opérateur* et un traitement *conservatoire*, en en exposant les bénéfices comparés. Il se peut parfois qu'un autre hôpital – ou un confrère – soit mieux à même de réaliser l'un des traitements possibles, selon l'équipement disponible, sa compétence et son expérience; le médecin se devra de le signaler.

L'information concernant le traitement doit par ailleurs englober les conséquences désavantageuses de celui-ci, c'est-à-dire ses *effets secondaires*, en tout cas si ceux-ci sont *connus et/ou fréquents*, car une information précise déterminera d'autant plus la prise de décision qu'elle porte sur des circonstances qui sont susceptibles de se présenter fréquemment (p. ex., cicatrices postopératoires, effets secondaires divers des médicaments, mobilité diminuée, sensations désagréables que le patient pourrait ressentir à l'issue de l'intervention ou de l'hospitalisation...). À l'instar des risques, les effets secondaires ne doivent être ni exacerbés – sous peine d'inquiéter inutilement le malade – ni minimisés – sous peine de manquer d'honnêteté et de transparence. Le médecin ne doit pas rejeter cette responsabilité sur le chirurgien, s'agissant d'une opération, ou sur le pharmacien, en ce qui concerne les médicaments prescrits⁶⁶; dès lors qu'il a connaissance du problème, il doit en avertir le patient.

Il faut signaler ici le durcissement de l'obligation d'information contenu dans la loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de *médecine esthétique non chirurgicale* et de *chirurgie esthétique*, ainsi que la publicité et l'information relatives à ces actes: en vertu de son article 18, le praticien est légalement tenu d'informer le patient, au cours d'une consultation préalable à tout acte de chirurgie esthétique ou de médecine esthétique non chirurgicale, sur plusieurs points précisément énumérés⁶⁷. Ces informations

examen présente un caractère complexe et non habituel, et insister de ce fait sur l'obligation d'information mise à la charge du médecin, il ne lui appartient pas, en règle, de juger que cet examen était *superflu*, car sa pertinence relève de l'appréciation souveraine de l'homme de l'art et le rôle du juge n'est pas de « départager Gallien et Hippocrate » (P. HENRY, « La responsabilité civile du médecin », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 39 et s.); en France, *cf.*, sur ce point, les observations de F. VIALLA in F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 198-209.

⁶⁶ Mais pharmacien et firme pharmaceutique ont de leur côté une obligation d'information propre quant aux effets secondaires et aux précautions relatives aux médicaments, comme l'illustre un intéressant jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles jugeant un médicament *défectueux* au sens de la loi du 25 février 1991, laquelle prévoit que la présentation inadéquate, incomplète ou erronée d'un produit, notamment dans les notices destinées au consommateur, peut être constitutive d'un défaut (Civ. Bruxelles, 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1193, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 284, note C. LEMMENS). Sur la responsabilité susceptible de découler de la prescription d'un médicament, qui doit faire l'objet d'une analyse spécifique et nuancée: S. CALLENS et V. GAUCHÉ, « Over patiënten, geneesmiddelen en artsen », in *Recht in beweging*, Anvers, Maklu, 2005; C. DELFORGE, « La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments », *R.G.D.C.*, 2003, p. 369; J.-L. FAGNART, « La conception des produits pharmaceutiques. Précautions et responsabilité », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 749; I. LUTTE, « Le médicament: de sa prescription à sa consommation. Un nouvel enjeu de responsabilité », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Limal/Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2008, p. 747.

⁶⁷ Techniques et conditions de réalisation de l'acte; risques *majeurs* potentiels et éventuelles conséquences et complications *majeures*; type de matériel implanté ou de produit injecté, en ce compris sa dénomina-

font l'objet d'un compte rendu écrit, daté et signé par le patient et les praticiens concernés, lequel fait partie intégrante du dossier médical du patient et doit reproduire le texte de l'article 18 de la loi.

§ 5. L'information quant aux risques de l'intervention

19. Lorsque la responsabilité du médecin est recherchée pour information lacunaire ou insuffisante, le débat concerne essentiellement les *risques* inhérents à l'intervention projetée. Ce n'est que le corollaire du principe fondamental selon lequel l'atteinte à l'intégrité physique n'est légitime, entre autres conditions, que si le bénéficiaire qui peut être escompté des soins projetés est *proportionné* aux risques qu'ils comportent ; l'autonomie du patient lui permet 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*. Les risques liés au traitement représentent ainsi assurément l'aspect le plus épineux de l'étendue de l'obligation d'information. Celle-ci ne se limite pas – ou plus – aux risques graves, particuliers, hypothétiques ou anormaux, mais englobe tous les risques *significatifs*, soit ceux dont le médecin sait ou doit savoir qu'ils sont importants et pertinents, pour une personne normale placée dans les mêmes circonstances que le patient, appelée à consentir en connaissance de cause au traitement proposé ; il s'agit des risques qui seront « principalement pris en compte par un patient raisonnable placé dans le processus de sa décision d'accepter ou de refuser le traitement proposé »⁶⁸. C'est cette notion qui est consacrée par la loi relative aux droits du patient, qui évoque les risques « inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient » (art. 8, § 2), soit précisément ceux qui ne peuvent lui être dissimulés par crainte qu'il ne refuse l'intervention ; le qualificatif « pertinents » peut être tenu pour synonyme de « significatifs ».

La question de l'étendue de l'obligation d'information, surtout quant aux risques, est d'évidence délicate : l'effet pervers potentiel d'une information totale et absolue portant sur tous les risques graves, même exceptionnels, apparaît clairement, puisque le patient pourrait refuser d'entreprendre un traitement nécessaire par peur de courir un risque rarissime⁶⁹. Cela illustre toute la subtilité de la matière, ancrée dans l'humain, avec la prudence et les réactions

tion et ses caractéristiques (volume, mesures, quantité) ; coordonnées du producteur et, le cas échéant, de l'importateur du matériel implanté ou du produit injecté ; identité et titre professionnel dont sont titulaires le praticien ou les praticiens réalisant l'acte projeté ; évaluation détaillée des frais liés à l'acte projeté lorsque ceux-ci sont évalués à plus de 1.000 euros.

⁶⁸ Mons, 27 septembre 2005, R.G.A.R., 2007, n° 14.323. Pour une belle synthèse, Liège, 9 septembre 2010, J.L.M.B., 2012, p. 1076, note G. GENICOT, arrêt qui précise que, lorsqu'un traitement ne s'impose pas de manière impérative et ne représente pas la seule option thérapeutique, *tous les risques, même minimes*, doivent être communiqués au patient, de manière à ce qu'il puisse mettre en balance les avantages espérés et les inconvénients possibles du traitement, et consente ainsi en parfaite connaissance de cause.

⁶⁹ En ce sens, S. TACK et T. BALTHAZAR, *Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties*, CABG, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 7.

parfois irrationnelles que cela suppose, qu'il s'impose de pressentir et de prévenir en combinant les approches juridique et psychologique. Le médecin devra tout à la fois se conformer aux attentes jurisprudentielles (voy. *infra*) et ne pas alarmer inutilement et excessivement le malade; on pourra admettre qu'il se soit contenté d'une information incomplète s'il établit, outre le caractère exceptionnel du risque, *une autre circonstance particulière* – degré inhabituellement 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.

20. Un risque pourra être considéré comme significatif, ou pertinent pour le patient, sur la base d'une combinaison de plusieurs critères⁷⁰:

- la *nécessité thérapeutique de l'intervention*: plus celle-ci est nécessaire, voire vitale, moins cruciale est l'obligation d'information à propos des risques; *a contrario*, elle est la plus intense pour des interventions d'agrément, telle la chirurgie esthétique⁷¹;
- la *fréquence* de réalisation du risque: plus celui-ci est susceptible de se réaliser fréquemment, plus l'information du patient quant à cette éventualité se justifie; le problème des statistiques est cependant que l'on ne saurait donner un seuil précis à partir duquel un risque est « fréquent »⁷².

⁷⁰ Pour une bonne illustration, Mons, 11 janvier 1999, R.G.A.R., 2001, n° 13.353, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT: « Il appartient au médecin qui prescrit un examen comportant des dangers sérieux (une angiographie) de n'y procéder qu'après avoir reçu le consentement libre et éclairé de son patient. L'étendue du devoir d'information doit s'apprécier en fonction de divers critères, dont ceux de la fréquence du risque, la gravité du risque, la personnalité du patient, la nature et le but de l'examen ou de l'intervention, les risques en cas de non-intervention. Le juge est, en matière de devoir d'information, appelé à exercer un contrôle marginal: seule[s] l'erreur manifeste d'appréciation ou la négligence caractérisée [sont] à réprimer. Le fait qu'il y ait eu un entretien entre le médecin et le patient avant l'examen, et que le patient ait manifesté de l'anxiété à la perspective de l'examen, démontre par présomption que le patient a dû être informé des risques de l'examen. » Comp., trop restrictif dans sa description des risques à communiquer, Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, R.G.A.R., 2010, n° 14.654.

⁷¹ La jurisprudence l'illustre, tant en Belgique (Civ. Bruxelles, 1^{er} avril 1993, R.G.D.C., 1993, p. 483) qu'en France (Cass. fr., 1^{re} civ., 17 février 1998, *J.C.P.*, 1998, I, 144, obs. G. VINEY: « en matière d'actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique, l'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves de l'intervention, mais aussi sur tous les inconvénients pouvant en résulter »; sur l'ensemble de la question, P. LE TOURNEAU *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, coll. Dalloz Action, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2014, pp. 777-778, n^{os} 1911-1914; P. SARGOS, « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique: permanences de fond, dissonances factuelles et prospective », *D.*, 2012, p. 2903). Il peut dès lors sembler surprenant que, ainsi qu'on l'a vu, l'article 18 de la loi du 23 mai 2013 prévoit que les informations qui doivent être impérativement fournies au patient préalablement à l'acte ne visent que les risques *majeurs* potentiels et les éventuelles conséquences et complications *majeures*. La jurisprudence s'est, en effet, toujours montrée plus stricte à propos des interventions de chirurgie esthétique 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^{re} civ., 8 janvier 1981, *J.C.P.*, 1981, II, 19699, note F. CHABAS; Gand, 26 mai 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 231; Anvers, 14 avril 2008, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 312).

⁷² En ce sens qu'un « risque est significatif en fonction de sa fréquence, sa gravité, la personnalité du patient et la nécessité de l'intervention », mais que « tel n'est pas le cas d'un risque opératoire de l'ordre de 0,04 %

- A contrario*, lorsque la fréquence de survenance du risque est faible, le juge pourra être amené à atténuer l'acuité de l'obligation d'information, par souci de pragmatisme et d'équilibre et pour ne pas dissuader le patient d'accepter une intervention bénéfique et nécessaire⁷³ ;
- la *gravité intrinsèque* du risque considéré est évidemment à prendre en considération : la gravité d'un risque, même non fréquent, entraîne l'obligation de sa communication, comme l'a très nettement confirmé la Cour de cassation en posant, dans un arrêt du 26 juin 2009, que le juge ne peut se fonder sur la rareté d'un risque grave pour admettre qu'il n'ait pas dû être porté à la connaissance du malade⁷⁴. Le médecin doit donc, en règle, évoquer *tous les risques graves, même s'ils sont hypothétiques ou de fréquence exceptionnelle*. S'il ne le fait pas, le patient perd la faculté de refuser le traitement qui lui est proposé en considération des risques qu'il comporte ; il est fautivement privé de la possibilité d'opter, en toute connaissance de cause, pour le choix de se faire soigner – moyennant un risque *exception-*

même dans le cas d'une opération d'ordre essentiellement esthétique, et alors que le patient reste en défaut d'établir que, s'il en avait été informé, il aurait refusé l'intervention», Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734. Le verdict est parfois quelque peu arbitraire (Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 282 : le médecin doit informer le patient « des risques moyennement lourds qui surviennent dans plus de 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 » ; sur appel dans cette affaire, Anvers, 28 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 181).

⁷³ Liège, 20 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1075, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 182, note N. COLETTE-BASECQZ (bien que les risques inhérents à une artériographie soient graves et ne puissent être négligés, « ils ne sont cependant pas d'un pourcentage exceptionnel qui justifierait et nécessiterait un accord spécial, recueilli de façon particulière » ; dès lors, « si le patient est suffisamment informé du caractère et de la portée de l'examen, il est présumé avoir donné valablement son consentement à celui-ci » ; Civ. Bruxelles, 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 431 (« 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 » ; cette décision fait preuve d'un excès de souplesse). Il faut en effet se garder de raisonnements trop laxistes et généralisateurs – qui d'ailleurs n'ont habituellement pas cours –, comme en témoigne un curieux et critiquable jugement en matière de risque anesthésique (Civ. Liège, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 294, dont on recommande la lecture tant cette décision, qui laisse perplexe, témoigne d'une erreur de perspective qui évoque le parfum suranné de l'impérialisme médical ; *adde*, trop laxiste également, Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 296).

⁷⁴ Cass., 26 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1681, *R.G.D.C.*, 2012, p. 309, note R. D'HAESE, *N.j.W.*, 2009, p. 812, note I. BOONE : sauf en cas d'urgence, d'impossibilité d'informer ou de refus d'être informé, un médecin diligent fournit au patient de manière préalable et claire les renseignements requis pour pouvoir consentir de manière éclairée à l'intervention médicale prévue ; la circonstance qu'un risque important et connu par un médecin normalement prudent et diligent, lié à l'intervention, ne se réalise que dans des cas exceptionnels ne dispense pas le médecin diligent du devoir de porter ce risque à la connaissance du patient ; ni l'importance des symptômes du patient, ni la circonstance que d'autres interventions effectuées antérieurement n'avaient pas engendré de résultat, ne dispensent le médecin diligent de son devoir d'information. L'arrêt attaqué (Anvers, 25 juin 2007) avait considéré que le médecin n'avait commis aucune faute en ne révélant pas à la patiente l'éventualité d'une complication extrêmement rare, qui n'a en général que des conséquences restreintes, d'autant que les autres techniques utilisables n'auraient pas permis d'atteindre le résultat souhaité. Il est censuré au motif qu'il se fonde sur la rareté du risque de complication en cause. Pour une application, Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 154, note C. LEMMENS.

nel d'infection et d'aggravation corrélative de son état – ou, au contraire, pour le choix délibéré de ne pas se laisser traiter;

- dernier critère à envisager, le *comportement et les caractéristiques spécifiques du patient*, physiques ou médicales, qui peuvent accroître la prévalence ou l'acuité d'un risque donné (obésité, faiblesse cardiaque, antécédents familiaux, etc.). Il en va de même de ses conditions ou habitudes de vie (tabagisme, profession exercée, etc.), outre que sa personnalité, son niveau de compréhension et ses attentes peuvent faire varier l'étendue de l'obligation de communication des risques ou les modalités de celle-ci. Le caractère *clair et personnalisé* de l'information est particulièrement important s'agissant des risques : l'obligation sera accrue si le patient pose beaucoup de questions, tout comme elle pourra être atténuée à l'égard d'un patient ayant une formation médicale ou une longue expérience du traitement en cause⁷⁵.

21. Signalons enfin que les risques liés à une intervention peuvent être *postérieurs à celle-ci*, et supposer une information à ce moment; c'est notamment le cas en ce qui concerne la *stérilisation*. La jurisprudence majoritaire estime qu'elle entraîne une obligation de *moyens* et non de résultat⁷⁶, précisément parce qu'il subsiste toujours un risque minime de grossesse, mais le gynécologue est alors tenu d'en informer les parents et de leur conseiller, au moins dans les premiers temps, une contraception ou à tout le moins un examen de contrôle. Ceci est illustré par un bel arrêt de la Cour d'appel de Mons, qui procède à une approche fine de la *manière* dont les informations – en l'occurrence capitales, puisque susceptibles d'engager l'avenir du couple et de la famille – doivent être communiquées : d'une part, par le rappel que, postérieurement à l'exécution de l'acte chirurgical qui ne signe pas nécessairement l'échéance de ses obligations, le médecin doit indiquer au patient « les mesures de prévention ou de contrôle qui doivent être prises » et, d'autre part, par l'affirmation que ces indispensables renseignements doivent être communiqués « au patient de manière adéquate, c'est-à-dire de telle façon qu'il puisse valablement [les] percevoir et [les] comprendre »⁷⁷.

⁷⁵ C'est toujours dans cet objectif de personnalisation que le médecin pourra puiser les raisons de s'en dispenser, de réduire l'information qu'il transmet ou de ne pas révéler tous les risques. L'appréciation se fait comme toujours *in concreto* et en gardant à l'esprit le droit de ne pas savoir et « l'exception thérapeutique », consacrés et balisés par l'article 7, §§ 3 et 4, de la loi relative aux droits du patient.

⁷⁶ Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, pp. 423-427; Liège, 17 avril 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.460, R.R.D., 2008, p. 34, note Q. VAN ENIS; pourvoi rejeté par Cass., 15 janvier 2010, R.C.J.B., 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK, J.L.M.B., 2010, p. 728, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 230, note S. PANIS, R.G.A.R., 2010, n° 14.622.

⁷⁷ Mons, 28 octobre 2011, J.L.M.B., 2012, p. 1091, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT. Était dès lors fautive, en l'espèce, l'information portant sur un examen de contrôle ultérieur (spermogramme) qui n'était pas « accompagnée de la délivrance d'une prescription médicale [...] ou d'un rapport adressé au médecin traitant » apte à prendre le relais, qui plus est dans la mesure où elle fut transmise furtivement, « le jour même de l'intervention » et alors que le patient demeurait affaibli par une anesthésie générale, fût-elle « non profonde ». Voilà un salutaire rappel judiciaire.

En synthèse, la règle, s'agissant de l'information quant aux risques, paraît bien avoir été donnée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 26 juin 2009 : l'information, préalable et claire, doit porter sur tous les renseignements requis pour pouvoir consentir de manière *éclairée* à l'intervention médicale prévue ; la circonstance qu'un risque *important et connu* ne se réalise que dans des cas exceptionnels *ne dispense pas le médecin prudent et diligent* du devoir de porter ce risque à la connaissance du patient. En d'autres termes, le juge ne peut se fonder sur la – seule – *rareté de survenance* d'un risque de complication pour exonérer le médecin qui n'en avait pas averti le malade⁷⁸.

§ 6. Les exceptions à l'obligation d'information

22. Créancier d'une information complète, le patient peut naturellement exprimer le souhait de *ne pas* recevoir (tous) les renseignements médicaux qui le concernent. Sur le plan des principes, on reconnaît depuis longtemps au patient le droit de *refuser d'être informé* du diagnostic posé, du type de traitement envisagé ou des conséquences de celui-ci ; il peut valablement consentir à un acte médical même s'il n'est pas complètement éclairé à ce sujet, *dès lors que cela résulte d'un choix conscient de sa part*. L'obligation d'information vise son intérêt, elle garantit son autodétermination, et il doit donc pouvoir décider de renoncer en partie à cette garantie en connaissance de cause, à l'instar de toute renonciation à un droit impératif.

Ce principe est toutefois assorti de *deux tempéraments*. D'une part, s'agissant des *effets et des suites du traitement entrepris*, il se peut que le patient doive absolument adopter un comportement précis, positif ou négatif, de façon à mener les soins à bon terme, et qu'il soit difficile de l'y amener sans qu'il soit averti des particularités du traitement. L'information conditionnera dans ce cas la bonne exécution de l'obligation qui pèse sur le patient d'y *collaborer* pour en accroître les chances de réussite. D'autre part – et par référence à la notion d'état de nécessité –, il se peut que le droit du patient de ne pas savoir se heurte à l'obligation personnelle et autonome du médecin de *protéger la santé d'autrui*. Il y a en pareil cas un *conflit entre le droit du patient et les intérêts de tiers*, ainsi que l'obligation déontologique et légale du médecin de prévenir les risques susceptibles d'être portés à la santé d'autrui. En toute logique, *on fera généralement primer cette dernière obligation*, ce qui démontre une fois encore que, si le patient est maître des décisions à prendre quant à son corps et à sa santé, cette autonomie ne supprime pas toute obligation pesant personnellement sur le médecin et le place

⁷⁸ Cass., 26 juin 2009, précité. Voy. not. Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, note G. GENICOT (médecin jugé fautif pour n'avoir pas laissé au patient le choix du traitement, après une information précise des risques liés à celui-ci ; bonne synthèse des principes applicables, qui plus est à propos d'une intervention effectuée en avril 1999, soit avant la loi du 22 août 2002). Pour une autre hypothèse où la responsabilité du médecin pour manquement au devoir d'information fut retenue, Bruxelles, 13 décembre 2000, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.646.

régulièrement face à des conflits d'intérêts et de valeurs qui peuvent être délicats à trancher⁷⁹.

La loi relative aux droits du patient reconnaît à ce dernier le droit de ne pas être (complètement) informé. Sa demande en ce sens est consignée dans le dossier médical et le praticien doit y déférer (art. 7, § 3). Elle confirme par là l'idée qu'on ne peut contraindre quelqu'un, sauf motif légitime, à prendre connaissance d'informations sur son état de santé contre sa volonté, même s'il existe un traitement pour l'affection dont il souffre, car, ainsi qu'on l'a rappelé plus haut, il n'est pas davantage obligé de s'y soumettre. Le législateur consacre ainsi formellement le droit « de ne pas savoir », autre corollaire de l'autodétermination⁸⁰, tout en confortant également les tempéraments qui doivent parfois lui être apportés. Cette prérogative du malade n'est, en effet, pas absolue : lorsque sa santé *ou celle d'un tiers* serait manifestement et gravement préjudiciée par l'absence d'information – par exemple en cas de diagnostic d'une maladie contagieuse dont le patient refuserait d'être averti –, le praticien pourra considérer qu'il est tenu de l'informer de son état de santé, nonobstant une manifestation expresse de volonté contraire, et sans qu'une motivation écrite soit requise⁸¹. Le critère thérapeutique conditionnant la mise en œuvre de cette exception au droit de ne pas savoir doit être entendu largement ; il peut aussi bien s'agir du bien-être physique, psychique que social du patient ou de tiers. Il n'y a toutefois aucun automatisme et la question de savoir si la non-communication des informations « causera manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers » appelle, dans le chef du médecin, une appréciation circonstanciée *in concreto*, sous la forme d'une balance d'intérêts. La communication « contrainte » est encore subordonnée à une condition de forme : elle ne peut avoir lieu qu'après consultation préalable d'un autre praticien à ce sujet et après que la personne de confiance éventuellement désignée a été entendue (art. 7, § 3, al. 1^{er}, de la loi).

⁷⁹ Imaginons un patient qui subit un test de séropositivité lors d'une prise de sang et qui déclare expressément qu'il refuse d'être informé du résultat de ce test. *Vis-à-vis du patient*, le médecin commettrait une faute en lui révélant ce résultat ; mais, en cas de résultat positif, il devra veiller à éviter tout risque de contamination par cette personne laissée dans l'ignorance de sa séropositivité. On imagine mal qu'une faute soit retenue à l'encontre du praticien qui aurait dérogé au souhait exprimé de son patient en lui divulguant ce qu'il souhaitait ignorer, dès l'instant où cette révélation procède du souci de préserver un impératif humaniste supérieur (cf. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, pp. 594-595 ; rapp. C.A.A. Paris, 9 juin 1998, *D.*, 1999, jur., p. 277, note G. PELLISSIER, *RFDpubl.*, 1999, p. 235, note J.-M. AUBY ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Kant contre Jéhovah ? Refus de soins et dignité de la personne humaine », *D.*, 2004, p. 3154).

⁸⁰ Rappelons que, si tel est son souhait, le patient peut adopter une sorte de posture intermédiaire en désignant une *personne de confiance* à laquelle l'information qu'il ne souhaite pas connaître – ou une partie de celle-ci – sera transmise.

⁸¹ Sur cette question épineuse, archétype du conflit de valeurs, voy. B. KETELS et T. VANDER BEKEN, « *To breach or not to breach?* Deontologische en strafrechtelijke kanttekeningen bij medisch beroepsgeheim en partnertificatie inzake seksueel overdraagbare aandoeningen », *Rev. dr. santé*, 2009-2010, n° 2, p. 5 ; des mêmes auteurs, « Entre le marteau et l'enclume. Le secret médical et la notification au partenaire en cas de maladies sexuellement transmissibles en Belgique », *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 33.

23. À l'inverse, la décision de ne pas informer le patient peut non pas résulter de la volonté expresse de ce dernier, mais relever de *l'initiative du médecin*, ces deux situations étant fondamentalement différentes. Il s'agit de ce qu'on a coutume d'appeler *l'exception thérapeutique* ; elle est régulièrement citée en doctrine, mais reçoit peu d'applications en jurisprudence⁸². Il est parfois légitime que le médecin taise au patient une information qui pourrait lui nuire : il peut en effet arriver, en fonction de la personnalité du patient et du diagnostic, qu'on établisse que la communication de celui-ci ou de l'information relative à l'intervention envisagée – notamment les risques de complications – entraînerait *plus de risques que l'intervention elle-même*, par exemple lorsque le médecin redoute de la part du patient un comportement autodestructeur grave. L'exception thérapeutique suppose, en d'autres termes, que l'information perturbe le patient au point de *l'empêcher de prendre une décision libre*, ternissant ainsi son autodétermination. Le souci de garantir que le patient soit à même de prendre une décision réfléchie et en connaissance de cause peut donc justifier qu'une information ne lui soit pas transmise ; pour qu'il donne son assentiment au traitement, il est parfois nécessaire de ne pas trop lui en dire, afin de ne pas l'alarmer inutilement. Il ne serait, en revanche, pas admissible de taire une information importante dans le but d'*éviter que le patient refuse l'intervention* ou ne soit découragé de s'y soumettre ; le devoir d'information a précisément pour but de lui permettre de décider en pleine connaissance de cause. On constate donc que le manquement de l'exception thérapeutique est très délicat. Sa mise en œuvre exige enfin que *l'utilité thérapeutique de l'intervention soit grande* : elle ne serait pas admissible dans le cadre d'opérations « d'agrément », comme la chirurgie esthétique, le patient devant alors disposer de tous les éléments pour prendre sa décision. L'exception thérapeutique a fait l'objet d'un bel avis du Comité consultatif de Bioéthique, en raison des problèmes éthiques, pratiques et psychologiques qu'elle suscite⁸³.

Depuis la loi du 22 août 2002, l'exception thérapeutique est formalisée et fait l'objet de conditions d'application explicites. Elle a été consacrée par le législateur pour tenir compte de la capacité – physique ou psychique – du patient de supporter certaines informations « sensibles ». En dehors de cette exception, par définition stricte, le principe demeure celui de l'information complète du patient, même si le pronostic est grave ou fatal⁸⁴. En vertu de l'article 7, § 4, de

⁸² Pour un exemple selon lequel « le médecin peut taire une information si ceci est dans l'intérêt du patient, notamment si l'information bouleverserait le patient à un point tel qu'il ne serait plus en mesure de prendre une décision », Gand, 11 mars 1992, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 54, note T. VANSWEEVELT. Pour une étude approfondie, V. VANDERHULST, « De therapeutische exceptie en het recht van de patiënt op informatie, met bijzondere aandacht voor de zorg rond het levenseinde », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, pp. 326-351.

⁸³ Avis n° 35 du 13 mars 2006 relatif à l'exception thérapeutique, *Bioethica Belgica*, 2006, n° 26 et <http://www.health.belgium.be/fr/comite-consultatif-de-bioethique-de-belgique>.

⁸⁴ Rappelons que la déontologie avait pris les devants en énonçant que « le médecin communique à temps au patient le diagnostic et le pronostic ; ceci vaut également pour un pronostic grave, voire fatal. Lors de

la loi, le praticien peut – c’est une faculté procédant à nouveau d’une appréciation *in concreto* de la situation –, « à titre *exceptionnel*, ne pas divulguer les informations visées au § 1^{er} au patient si la communication de celles-ci risque de causer *manifestement* un préjudice *grave* à la santé du patient ». À ces trois barrières de fond font écho *trois conditions de forme* qui doivent être respectées : le médecin doit consulter un autre praticien professionnel, ajouter une motivation écrite dans le dossier du patient et informer l’éventuelle personne de confiance désignée par celui-ci. Le caractère *exceptionnel* et temporaire est confirmé par l’alinéa 3 de cette disposition : « dès que la communication des informations ne cause plus le préjudice visé à l’alinéa 1^{er}, le praticien professionnel doit les communiquer ».

Il est capital d’observer qu’en l’absence de renvoi, par l’article 8, § 3, de la loi, à l’article 7, § 4, la faculté du médecin de recourir à l’exception thérapeutique et de dissimuler certaines informations au patient lorsque cela s’avérerait néfaste pour sa santé *n’est pas expressément prévue en ce qui concerne les informations ponctuelles et précises visées par l’article 8*, et ce, afin de garantir une prise de décision en toute connaissance de cause ; il s’agit de la différence majeure entre l’information générale et les informations ponctuelles. Toutefois, ainsi qu’on l’a indiqué, le médecin peut – et doit – tenir compte, dans l’exercice de son obligation d’information, de la personnalité de son patient et de sa capacité à supporter les éléments qu’il envisage de lui révéler ; un éclairage progressif, prudent, voire morcelé, faisant intervenir l’éventuelle personne de confiance et associant les proches, peut s’avérer judicieux. Cette possibilité doit cependant être utilisée avec discernement et circonspection ; elle engage la responsabilité du médecin, à peine de contourner l’absence de possibilité légale d’invoquer ici l’exception thérapeutique.

§ 7. La preuve du défaut d’information et de consentement

24. Il s’agit évidemment d’un enjeu majeur⁸⁵. Traditionnellement, en Belgique comme en France, c’est *sur le patient* que pèse la charge de la preuve tant du caractère insuffisant de l’information fournie que de la circonstance qu’il n’a pas consenti à l’intervention. Cela paraît conforme au principe selon lequel il appartient à celui qui *invoque la mauvaise exécution d’une obligation* de faire la preuve de ses allégations (adage *actori incumbit probatio*), étant rappelé 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

l’information, le médecin tient compte de *l’aptitude du patient à la recevoir* et de l’étendue de l’information que celui-ci souhaite », ce qui témoigne, implicitement mais certainement, de l’existence de l’exception (art. 33 C. déontologie).

⁸⁵ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L’information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, pp. 66-67.

négligence du praticien⁸⁶. En matière médicale, cette règle générale du droit de la responsabilité concerne, en droit belge et pour l'heure, également l'information et le consentement. La jurisprudence belge a longtemps maintenu quasi unanimement cette position, selon laquelle le patient qui prétend que le médecin lui a donné une information insuffisante supporte la charge de la preuve de cette allégation ; les décisions qui le rappellent sont innombrables. C'est que, de façon générale, la partie qui invoque un fait constitutif d'une faute doit l'établir, puisqu'elle prétend, par ses allégations, modifier l'ordonnement juridique de principe selon lequel nul ne doit rien à autrui et les dommages subis par une personne demeurent à sa charge ; on n'apercevait pas de raison qu'il en aille autrement lorsque la faute reprochée consistait en l'absence d'information suffisante de la part du médecin⁸⁷.

En France, alors que la même solution a prévalu pendant des décennies⁸⁸, la Cour de cassation a opéré ce que l'on présente comme un – célèbre – revirement complet de jurisprudence, dépassant du reste le cadre du droit médical et alourdissant la situation juridique des professionnels vis-à-vis de leurs clients. Par son arrêt *Hédreul* du 25 février 1997, elle a considéré qu'en matière de responsabilité médicale et en ce qui concerne plus particulièrement l'obligation d'information du médecin, il convenait de se fonder sur l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil, aux termes duquel « celui qui se prétend libéré (de l'exécution d'une obligation) doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation », pour conclure « *que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* »⁸⁹. Il n'est pas sûr qu'il s'agisse d'un revire-

⁸⁶ Gand, 24 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 224, note H. ULRICHTS ; Anvers, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, p. 158. Très clairement, *Cass.*, 4 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1007, *J.L.M.B.*, 2013, p. 476, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.921 : aux fins d'obtenir des dommages et intérêts en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, il est requis non seulement que le demandeur subisse un dommage, mais aussi que le défendeur ait commis une faute ayant causé ce dommage ; la seule existence d'un dommage ne permet pas d'inférer l'existence d'une faute.

⁸⁷ Bruxelles, 29 mars 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE (bel arrêt, antérieur à la loi relative aux droits du patient, sur l'acuité et l'étendue du devoir d'information) ; J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 91, spéc. pp. 104-106, n°s 21-24, sur l'historique de la jurisprudence concernant la charge de la preuve du défaut d'information ou de consentement (également publié, mis à jour, in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *Actualités du dommage corporel. La responsabilité médicale*, Juridoc, 2003, p. 41).

⁸⁸ *Cass. fr. civ.*, 29 mai 1951, *D.*, 1952, jur., p. 53, note SAVATIER, S., 1953, I, p. 41, note NERSON, *J.C.P.*, 1951, II, 6421, note PERROT : « Il appartient au patient, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention d'un chirurgien, de rapporter la preuve de ce que ce dernier a manqué à [son] obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération ». Des commentateurs autorisés n'y voient pas une évidence mais un « malencontreux revirement », un « déplorable revirement [...] qui marquait une régression dans la protection de la dignité de la personne humaine » (C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, coll. Grands arrêts, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 57, n°s 6-7, ici pp. 60 et 62).

⁸⁹ *Cass. fr.*, 1^{er} civ., 25 février 1997, *Bull. civ. I*, n° 75, *D.*, 1997, somm., p. 319, obs. J. PENNEAU, *Gaz. Pal.*, 1997, I, p. 274, rapport P. SARGOS, note J. GUIGUE, *J.C.P.*, 1997, I, 4025, obs. G. VINEY, *Defrénois*, 1997, p. 751, note J.-L. AUBERT, *RD sanit. soc.*, 1997, p. 288, note L. DUBOIS, *RTDciv.*, 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN, et p. 924,

ment, mais somme toute cela importe peu. Cette solution paraît à tout le moins justifiée par le constat d'une *meilleure aptitude à la preuve*, lui-même lié au principe procédural général de collaboration des parties au procès dans l'administration de celle-ci : il est patent que le patient éprouve plus de difficultés à rapporter la preuve d'un fait *négalif* que le médecin à rapporter la preuve d'un fait *positif*. La Cour de cassation française a précisé que la preuve de l'exécution de l'obligation d'information peut être faite par tous moyens, et notamment par présomptions⁹⁰. Ces enseignements de la jurisprudence ont ensuite été consacrés par le législateur français dans la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades.

Cette inflexion jurisprudentielle capitale a suscité en Belgique des réactions contrastées⁹¹ ; il serait raisonnable et justifié d'y souscrire, compte tenu des facteurs qui nous semblent contribuer à éclairer ce changement d'orientation. D'abord, on a pu considérer que l'obligation de fournir une information complète et adéquate revêt dans le chef du médecin le caractère d'une obligation de *résultat*, contrairement à l'obligation de bien soigner le patient et de mener à terme le traitement entrepris⁹² ; suivant cette piste, il suffirait au créancier de cette obligation, c'est-à-dire au patient, d'établir qu'elle n'a pas été correctement exécutée – mais alors la charge de prouver l'*absence* d'information ou de consentement pèserait toujours sur lui – pour qu'il incombe au médecin de se justifier. Ensuite et plus fondamentalement, par le contrat qu'il noue avec le patient, le médecin s'engage *impérativement* à respecter les droits que la loi du 22 août 2002 lui octroie, autrement dit, notamment, à l'informer d'une manière

obs. J. MESTRE, *Petites Aff.*, 16 juillet 1997, note A. DORSNER-DOLIVET, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 338, note J.-L. FAGNART, R.G.A.R., 1997, n° 12.858, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2015, t. 1, n° 17, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), Paris, LGDJ, 2009, pp. 150-160, obs. M. REYNIER.

⁹⁰ Cass. fr., 1^{re} civ., 14 octobre 1997, J.C.P., 1997, II, 22942, rapport P. SARGOS, J.C.P., 1997, I, 4068, obs. G. VINEY, *RTDciv.*, 1998, p. 100, obs. J. MESTRE, qui commence par rappeler que « le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou des soins qu'il lui propose, de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé » ; Cass. fr., 1^{re} civ., 17 février 1998, J.C.P., 1998, I, 144, obs. G. VINEY ; Cass. fr., 1^{re} civ., 27 mai 1998, D., 1998, jur., p. 530, note F. LAROCHE-GISSEROT. Sur l'ensemble de la question, C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *op. cit.*, n°s 6-7, pp. 57-66.

⁹¹ Favorables à cette solution : R.O. DALCO, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 53 ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « Autonomie corporelle de la personne et responsabilité médicale », note sous Cass., 14 décembre 2001, J.L.M.B., 2002, pp. 541-545. Défavorable : J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », *op. cit.* ; du même auteur, « La charge de la preuve en matière d'information », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 338. *Adde* D. CLARYSSE, « De modaliteiten in het bewijs van de geïnformeerde toestemming in de relatie zorgverlener – patiënt », *Jura Falc.*, 2002, p. 13.

⁹² G. GENICOT, « Faute, risque, aléa, sécurité », in Y.-H. LELEU (dir.), *Droit médical*, CUP, vol. 79, Liège, Larcier, 2005, p. 97, n° 23 ; I. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », R.G.A.R., 1990, n° 11.682, spéc. n°s 10-11 ; F. GLANSORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP, vol. 86, Liège, Larcier, 2006, pp. 33-39 ; *adde* M. VAN QUICKENBORNE, « De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie », R.W., 1986-1987, spéc. p. 2425.

claire et complète sur tous les points que la loi énumère, et à solliciter son consentement avant chaque intervention importante. Demander l'assentiment du malade et l'informer sont des obligations *impératives* conditionnant la licéité de l'intervention ; elles ne sont guère aléatoires et, dans le cadre du contrôle qui peut être exercé sur ses décisions, il n'eût pas été inconcevable d'exiger du médecin qu'il rende compte de leur exécution. Enfin, la raison décisive et sous-jacente paraît surtout résider dans une approche *moins contractuelle* de la relation médicale : l'obligation d'information trouve alors son siège non pas dans le contrat de soins général, *mais dans l'atteinte à l'intégrité physique que constitue en soi le traitement* ; dans cette optique, l'assentiment du patient est requis et il doit *nécessairement* être précédé d'une information adéquate ; il se conçoit alors qu'il appartienne au médecin d'établir les conditions de licéité de son action, parmi lesquelles la fourniture de l'information⁹³.

25. Le débat sur la *nature* de l'obligation d'information est-il clos ? Par un arrêt assez peu remarqué du 16 décembre 2004 – comme si la question allait de soi –, la Cour de cassation a affirmé sans nuances et sans explications que « l'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat »⁹⁴. Cette décision paraît s'inscrire dans la tendance de notre Cour suprême, à l'œuvre dans plusieurs arrêts récents, consistant à imprimer à l'ensemble des règles de la responsabilité civile un strict retour à l'orthodoxie, d'ailleurs souvent bienvenu ; il semble que, selon elle, ces règles ne tolèrent aucune spécificité s'agissant de la relation de soins, que ce soit à propos de la consistance de la faute, de la nature du dommage réparable, de la certitude du lien causal et des règles régissant la charge de la preuve, y compris lorsque l'objet de celle-ci tient à l'obligation essentielle de fournir l'information et de recueillir le consentement. Il n'est pas interdit de penser qu'une approche plus fine pourrait parfois être indiquée.

L'arrêt français du 25 février 1997 a influencé, un temps, la jurisprudence belge ; si la majorité des décisions de fond ont maintenu à la charge du patient la preuve du défaut d'information⁹⁵, certaines juridictions ont adopté la solu-

⁹³ Étant entendu qu'on attend de lui qu'il informe, pas qu'il garantisse que le message est effectivement passé et que le malade l'a bien compris, ce qui ne saurait évidemment constituer une obligation de résultat ; nous n'apercevons pas pourquoi il ne serait pas possible de distinguer ces deux aspects.

⁹⁴ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298 ; contrairement à l'autre arrêt du même jour, qui a connu plus de retentissement et dont il sera question plus loin, celui-ci n'a curieusement pas été davantage publié et commenté ; voy. toutefois P. HENRY, « Le médecin face au droit », in *Médecine et droit. Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, spéc. pp. 33-41 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, pp. 66-77.

⁹⁵ Anvers, 30 mars 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 29 ; Anvers, 20 septembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 159 ; Anvers, 28 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 181 ; Civ. Bruxelles, 21 décembre 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1357, note H. Nys ; Gand, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, p. 158 ; Liège, 4 janvier 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 330 ; Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 247 ; Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev.*

tion française⁹⁶. Particulièrement marquant à cet égard est l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 30 avril 1998⁹⁷, qui fut frappé d'un pourvoi par le médecin condamné. Dans son arrêt déjà cité du 14 décembre 2001 (*supra*, notes 23 et 36), riche d'enseignements quant au fondement de la relation médicale, la Cour de cassation a donc dû prendre position sur la validité de ce raisonnement probatoire. De la primauté accordée au *droit au respect de l'intégrité physique*, qui impose la présence dans le contrat de l'obligation de recueillir le consentement et d'informer et qui fait « abstraction » de la dimension contractuelle de la relation – primauté assignée par l'arrêt entrepris et approuvée par la Cour suprême –, il découle qu'aucune intervention n'est légitime si le patient n'y consent pas, et qu'elle constitue alors l'infraction de coups et blessures volontaires; en conséquence, conformément aux règles classiques de preuve en matière pénale – lesquelles s'appliquent à l'action en justice devant le juge civil qui est fondée sur une infraction à la loi pénale –, c'est au patient qu'il incombe de prouver que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis et, si le médecin invoque pour justifier de la licéité de son action une cause de justification non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit – *in casu*, un formulaire signé par la patiente –, d'établir que celle-ci n'existe pas, autrement dit de prouver qu'il n'a pas été correctement et complètement informé et n'a pas valablement consenti à l'intervention qui s'est avérée dommageable⁹⁸. En l'occurrence, c'est au prix d'une lecture de l'arrêt déferé au

dr. santé, 2000-2001, p. 296; Mons, 11 janvier 1999, R.G.A.R., 2001, n° 13.353, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT, qui admet la preuve de l'information par présomptions, mais rappelle que le patient doit rapporter la preuve du lien de causalité entre l'information incomplète et le dommage, autrement dit établir qu'il aurait refusé l'intervention si toute l'information significative lui avait été communiquée (à défaut, il ne pourra prétendre qu'à une indemnisation pour la perte d'une chance de prendre une décision en pleine connaissance de cause). Les décisions en ce sens demeurent, ces dernières années, légion.

⁹⁶ Civ. Namur, 30 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 34; Anvers, 22 juin 1998, R.W., 1998-1999, p. 544, note H. Nys, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144 (« la charge de la preuve concernant l'obligation d'information à propos de la nature et des risques de l'opération et le consentement éclairé du patient repose sur le médecin intervenant »). Le pourvoi introduit contre cet arrêt a été rejeté par Cass., 28 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 12, concl. de M. l'avocat général DUBRULLE; il s'agit toutefois d'un arrêt d'espèce – les moyens sont rejetés comme manquant en fait, car procédant d'une lecture inexacte ou incomplète de l'arrêt –, dépourvu d'enseignements sur la question de principe, mais qui semble cependant confirmer – ce qui est évident – que la preuve de l'absence d'information peut être apportée par toutes voies de droit, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce.

⁹⁷ Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT.

⁹⁸ Rappelons que la règle suivant laquelle il incombe au demandeur à l'action civile fondée sur une infraction pénale de fournir la preuve de l'inexistence d'une cause de justification invoquée par le défendeur – en l'occurrence, donc, du consentement du patient – ne s'applique qu'à la condition que cette allégation (du médecin) ne soit pas dépourvue de tout fondement ou de tout élément de nature à lui donner crédit; si le juge constate que le prévenu n'apporte aucun élément de nature à donner crédit à ses allégations, il justifie légalement sa décision de rejeter les causes de justification qu'il invoque (Cass., 24 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 435). Autrement dit, le médecin ne pourra se contenter d'affirmer qu'il a informé le patient et obtenu son consentement; il faudra, comme dans cette espèce, qu'il produise certains éléments tendant à l'établir. Pour une autre application, Cass., 11 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1844, J.L.M.B., 2011, p. 311 (cassation d'un arrêt qui n'a pas considéré que la victime rapporte la preuve que la cause de justi-

terme de laquelle la cour d'appel était saisie d'une demande en réparation fondée sur une infraction pénale (art. 392 et 398 C. pén.) que la Cour de cassation a décidé qu'il incombait, par application des principes gouvernant la charge de la preuve en matière pénale, au demandeur, à savoir le patient, de rapporter la preuve non seulement des éléments constitutifs de l'infraction, mais aussi de l'absence d'une telle cause de justification, autrement dit son consentement éclairé. Le contexte dans lequel ce raisonnement s'inscrivait laissait, à ce stade, ouverte la question de la charge de la preuve de l'absence d'information et/ou de consentement dans une *pure optique civiliste* d'action en réparation d'un dommage.

26. Il était permis de penser que la loi relative aux droits du patient, muette sur cette question, ne remettait pas en cause la tendance qui commençait à s'amorcer, que l'on pouvait fonder sur l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, à l'instar de la Cour de cassation française, ou sur le droit de la personnalité à la protection de l'intégrité physique. Il n'apparaissait pas illogique d'imposer *au médecin*, désormais débiteur d'une obligation de nature civile impérative et aux contours mieux circonscrits, et disposant de meilleures aptitudes à se préconstituer les preuves⁹⁹, la charge d'établir, en cas de contestation, que l'information a été effectivement délivrée et que le patient a consenti en pleine connaissance de cause au traitement¹⁰⁰, étant entendu que la marge de manœuvre du juge dans l'appréciation des preuves et le principe de collaboration des parties à la charge de la preuve eussent pu alléger ce fardeau et en aménager la répartition concrète. Il n'en a pas été ainsi. Par un arrêt du 16 décembre 2004, la Cour de cassation s'est prononcée de manière claire dans une affaire purement civile, et elle a pris l'exact contre-pied de son homologue française en affirmant 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* »¹⁰¹. La Cour rappelle encore, conformément à une jurisprudence bien

fication invoquée avec un certain crédit par le médecin n'existe pas, mais qu'elle « n'est confirmée par aucun élément certain » ; renversement illégal de la charge de la preuve).

⁹⁹ Il est évident que la preuve du *consentement* du patient sera facilitée lorsqu'il aura été fait usage de la possibilité accordée par l'article 8, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 22 août 2002 de le fixer par écrit dans le dossier ; il en va de même s'agissant de la preuve de l'exigence *d'information* lorsque celle-ci aura été confirmée par écrit (art. 7, § 2, al. 2 et 8, § 3).

¹⁰⁰ En ce sens, F. GLANSDORFF, « Introduction générale », *op. cit.*, pp. 33-39 ; comp. P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, pp. 74-77 ; S. LIERMAN, « Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemisselijkheid door de arts », *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 302.

¹⁰¹ Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 616, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. Nys, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161 ; J.-L. FAGNART, « Information du

établie, que, si le patient se voit ainsi imposer la charge de la preuve d'un fait *négatif*, le juge peut certes considérer que la preuve d'un tel fait ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire, car cela équivaut à renverser la charge de la preuve¹⁰². Il est, du reste, certain 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 témoignages, à l'égard desquels le juge du fond jouit d'une grande latitude pour en apprécier la valeur probante.

27. Intervient alors l'arrêt, perçu comme retentissant, du 25 juin 2015¹⁰³, lequel, comme l'on sait, concerne non pas un médecin mais un avocat qui réclamait le paiement d'un solde d'honoraires à un client entrant, semble-t-il, dans les conditions de l'aide juridique mais qui prétendit n'en avoir pas été avisé. Selon la Cour, « dès lors qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée », c'est légalement que l'arrêt attaqué décide « qu'il appartient à [l'avocat], qui prétend avoir informé son client, de rapporter la preuve du fait qu'il allègue ». Cet arrêt a fait très rapidement l'objet de plusieurs commentaires prédisant, certes avec prudence et interrogations, l'extension aux médecins de la solution qu'il consacre ou, du moins, supposant qu'il pourrait logiquement en être ainsi¹⁰⁴. Il est permis de regretter que la Cour ne précise pas quelles « règles relatives à la charge de la preuve » elle applique, comment et pourquoi, car tel est le cœur du problème et c'est précisément là qu'il existe depuis longtemps une *controverse* : en présence d'une obligation d'information spécifique pesant sur un professionnel en cette qualité, justifiée par des principes fondamentaux et consacrée par la loi, faut-il appliquer l'article 1315, alinéa 1^{er} (« celui qui réclame l'exécution d'une

patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 84-87; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, *ibid.*, pp. 66-71.

¹⁰² Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712, R.C.J.B., 1959, p. 46, note J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs »; Cass., 6 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 880; J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105; J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », note sous Cass., 15 janvier 2010, R.C.J.B., 2010, p. 513. Pour une application, voy. Liège, 11 octobre 2007, J.L.M.B., 2010, p. 734.

¹⁰³ Cass., 25 juin 2015, R.G.A.R., 2015, n° 15.219, note approbative F. GLANSORFF, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 368.

¹⁰⁴ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 7; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 352; F. GLANSORFF, note précitée, R.G.A.R., 2015, n° 15.219; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », R.D.C., 2016, p. 655; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren », R.W., 2015-2016, p. 1665.

obligation, doit la prouver » : le patient a la charge de la preuve), ou l'article 1315, alinéa 2 (« celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation » ; l'existence même de l'obligation étant établie, ou plutôt rappelée au juge car elle ne souffre pas de discussion, le médecin a la charge d'établir qu'il l'a exécutée) ?

C'est bien cette disposition qui est au cœur du débat. Nous ne considérons pas qu'il faudrait systématiquement, en matière de responsabilité médicale, appliquer les règles de preuve en matière *pénale*, même dans un litige purement civil portant sur l'exécution d'une obligation (quelle qu'en soit, d'ailleurs, la nature). Au pénal, c'est le dogme de la présomption d'innocence qui commande de faire peser sur l'accusation, ministère public et partie civile, la charge de la preuve ; rien de tel au civil. Comme l'a souligné le professeur Kirkpatrick, si le patient soutient qu'il n'a *pas consenti* à l'opération, il accuse certainement le médecin d'avoir commis une infraction ; mais « s'il se borne à reprocher au médecin d'avoir manqué à son devoir d'information et de lui avoir ainsi causé un dommage, il ne lui impute que l'inexécution d'une obligation de nature civile (obligation précontractuelle ou contractuelle, selon le cas). La charge de la preuve est dès lors régie par l'article 1315 du Code civil »¹⁰⁵. Il convient assurément de distinguer l'intervention *purement et simplement non consentie* – infraction pénale, en l'absence de la cause de justification principale – et l'hypothèse du *consentement insuffisamment éclairé*, donc, du défaut d'information – faute contractuelle, faute d'humanisme, mais faute civile.

Seul l'avenir dira si la solution « nouvelle » énoncée à propos des avocats sera étendue aux médecins ; le Tribunal de première instance de Bruxelles s'est d'emblée orienté en ce sens¹⁰⁶. Pour l'heure, on ne peut que rejoindre M. Lemmens : « de nouveau l'insécurité juridique », avec ce lucide constat que, s'il se confirme que la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information pèse sur le médecin, et si, par ailleurs, « cette autre construction de la Cour de cassation française » qu'est le préjudice d'impréparation (voy. *infra*) se voit reçue, l'inquiétude sera de mise au sein du corps médical, car il deviendra facile pour le patient d'engager la responsabilité du médecin, même en dehors d'une

¹⁰⁵ J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, pp. 524-525. Commentant les deux arrêts du 16 décembre 2004, M. Kirkpatrick se montre aimablement critique à leur endroit et favorable à la solution inverse, celle qui prévaut en France. Il se serait donc probablement réjoui de l'arrêt du 25 juin 2015. M. Dalcq également, qui a toujours plaidé en ce sens : R.O. DALCQ, « Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Kluwer, 1999, p. 413 ; « Réflexions au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 53 ; « L'évolution récente de la responsabilité médicale », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, p. 723.

¹⁰⁶ Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *Consilio*, 2016, p. 97, note I. REUSENS, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370 ; Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, note F. GLANSDORFF ; mais *contra*, s'en tenant à la jurisprudence classique antérieure, Civ. Liège, 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.279.

mauvaise décision ou d'une faute technique¹⁰⁷. Mais les droits fondamentaux seront mieux préservés, outre que cela devrait rappeler les professionnels de santé à leurs indispensables devoirs de *conscience*, et pas seulement de science. Nous approuvons cette double évolution, techniquement justifiée s'agissant de la charge de la preuve, et à même d'offrir sa pleine et décisive mesure à la maîtrise corporelle et à l'autonomie décisionnelle, qui sont les ferments du droit (bio)médical moderne. Inutile de dire que l'on attend impatientement la position des cours d'appel et, *in fine*, de la Cour de cassation sur ces deux points.

§ 8. Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information

28. Dans l'analyse classique, il est encore nécessaire, pour le patient qui souhaite être indemnisé à la suite de la réalisation d'un risque non fautif au cours du traitement, de démontrer *l'incidence causale du défaut d'information reproché au médecin* sur le consentement qu'il a exprimé, autrement dit « de démontrer, avec suffisamment de crédibilité, que le défaut portait bien en l'espèce sur un élément essentiel à son consentement »¹⁰⁸. En d'autres termes, même s'il apparaît que « l'information fournie par le médecin doit être considérée comme fautive car elle sous-évaluait les risques de l'examen, il appartient au patient de rapporter la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage, c'est-à-dire [de] démontrer qu'il aurait refusé l'intervention si toute l'information significative lui avait été communiquée »¹⁰⁹. Voilà ce qu'en règle très générale, on répond au patient qui parvient à établir un manquement à l'obligation d'information : il lui appartient encore de *prouver qu'il aurait refusé l'intervention s'il avait été mieux informé*, et il sera débouté s'il n'apporte pas cette preuve¹¹⁰. Cette position paraît pouvoir s'autoriser d'un autre enseignement limpide de la Cour de cassation : le patient, s'il établit que le médecin a commis une faute en procédant à une intervention sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé, doit encore, pour obtenir réparation d'un dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un *lien de causalité certain* entre cette faute et ce dommage ; est juridiquement inexacte la thèse selon laquelle « un médecin, qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage »¹¹¹. Sur le

¹⁰⁷ C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *op. cit.*, pp. 357 et 367.

¹⁰⁸ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹⁰⁹ Mons, 11 janvier 1999, R.G.A.R., 2001, n° 13.353, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT, qui observe pertinemment que « le patient qui réclame une réparation intégrale devra prouver que l'information cachée aurait véritablement influencé sa décision. À défaut, il devra se contenter d'une indemnisation pour la perte d'une chance de prendre une décision en connaissance de cause » (p. 282).

¹¹⁰ Parmi bien d'autres, Anvers, 13 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 245.

¹¹¹ Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1112, concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, J.T., 2006, p. 491, J.L.M.B., 2006, p. 1170, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116; pour une réaffirmation de cet enseignement, Cass., 11 juin

plan du lien causal, c'est incontestable ; mais qu'en est-il du dommage lui-même ?

Il serait urgent *d'abandonner ce raisonnement artificiel* consistant à se demander ce qu'un « patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances » aurait décidé si, *quod non*, il avait été correctement et complètement informé, et à s'en tenir à cette interrogation pour, le plus souvent, sinon presque systématiquement, conclure qu'il aurait néanmoins accepté l'intervention, car celle-ci semblait inéluctable ou présentait en apparence une balance avantages/risques favorable. Pareille recherche, divinatoire et inquisitoriale, revient à modifier arbitrairement les données du litige *et à laisser sans aucune sanction la violation d'un droit subjectif* dont l'existence est pourtant brandie comme un étendard. Cela fait longtemps que diverses voix très autorisées le soulignent, tant en France qu'en Belgique. Visionnaire, le professeur Dalcq écrivait dès 1981 qu'« exiger que la victime apporte la preuve du fait qu'elle aurait refusé de consentir à l'intervention si son consentement avait été complètement éclairé et avant de connaître les risques qui se réaliseraient, est en réalité demander à la victime une preuve impossible. Au surplus, si l'on se place sur ce terrain, ce sont toujours les cours et tribunaux qui finiront par se substituer au malade lui-même, en présument ce que ce malade aurait fait, si son consentement avait été librement éclairé. C'est là une recherche qui ne peut aboutir qu'à des solutions arbitraires »¹¹². Dans le même sens, selon M^{lle} Viney, « apprécier si les circonstances permettent de penser que le patient, s'il avait été dûment informé, aurait ou non consenti à l'opération [...] repose sur une intrusion dans la psychologie du patient qui est extrêmement contestable et favorise encore une fois l'arbitraire »¹¹³.

2009, *Pas.*, 2009, p. 1501, concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, J.L.M.B., 2010, p. 967, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 27, note Q. VAN ENIS ; J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 122 ; N. ESTIENNE, « La responsabilité : le devenir de la perte d'une chance », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, p. 365, spéc. pp. 378-382, et, dans le même ouvrage, N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Quelques réactions autour du devenir de la perte de chance », pp. 387-394.

¹¹² R.O. DALCQ, note sous Liège, 23 avril 1980, R.G.A.R., 1981, n° 10.351, cité par J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 95, n° 100. L'éminent spécialiste critiquait aussi, près de vingt ans plus tard, le recours à la perte d'une chance, pour la même raison : R.O. DALCQ, « Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Kluwer, 1999, pp. 421-422, n° 14 ; la solution consistant à « considérer qu'en cas de défaut d'information par le médecin, celui-ci a fait perdre une chance à son patient de prendre une décision qui aurait été de nature à éviter la réalisation du dommage [...] paraît d'autant plus critiquable qu'elle impose au juge de décider en réalité à la place du patient ce que celui-ci aurait fait s'il avait été informé complètement des risques de l'intervention », ce qui confine à l'arbitraire.

¹¹³ G. VINEY, « Le devoir d'information du médecin » (avec P. SARGOS), *Revue des contrats*, 2012, pp. 1121-1123. L'éminent auteur invite à « revenir, sur le terrain de la responsabilité, à l'affirmation du principe de réparation intégrale du dommage causé par la faute du médecin, qu'il s'agisse d'une faute de soins ou d'un défaut d'information, étant précisé que, dans ce dernier cas, seules les conséquences dommageables du risque non révélé doivent être indemnisées, ce qui exclut toute réparation si le risque ne se réalise pas et impose, en cas de réalisation du risque, de distinguer soigneusement les conséquences de celui-ci – qui doivent être réparées – de celles de l'évolution normale de la maladie – qui ne doivent pas l'être ». Dans

Partant du principe que, très généralement, le patient n'apportera pas la preuve certaine d'une relation causale entre le défaut d'information et une lésion physique, le professeur Fagnart estime que la seule approche raisonnable semble être celle qui est préconisée par la doctrine française : « il faut réparer le dommage résultant de l'atteinte au droit à l'information du patient, et cela indépendamment de tout jugement sur le résultat médical produit. La jurisprudence belge est-elle prête à opérer un revirement ? Rien ne permet de l'affirmer »¹¹⁴. Le professeur Lambert-Faivre a, pour sa part, eu des mots durs pour la perte d'une chance, l'estimant « totalement inappropriée pour indemniser le préjudice moral causé par la méconnaissance d'un devoir déontologique » ; ce biais « est inadéquat, illusoire et engendre des effets pervers » et « la sanction du défaut d'information, indemnisation déguisée de l'accident médical sans faute technique prouvée, est (alors) un leurre », cette sanction étant « éludée, faute d'être spécifique ». Au contraire, « sanctionne[r] le défaut d'information constitue une avancée remarquable de la déontologie et de l'humanisme médical : les droits de la personne et la dignité du patient exigent cette *vérité de la parole médicale* », car « le défaut d'information qui infantilise le patient est souvent ressenti comme une atteinte à la dignité de la personne, constitutive d'un préjudice moral spécifique, dont l'indemnisation demeurerait en tout état de cause à la victime »¹¹⁵.

29. Ce qui précède ressemble fort à une évidence. Au-delà, *une double certitude demeure*, à approcher d'une manière prudente et soigneuse, en étroite corrélation avec les circonstances de fait des espèces : 1° s'il apparaît *certain que le patient dûment informé aurait refusé l'acte*, la réparation *intégrale* des conséquences dommageables de celui-ci peut être octroyée, puisqu'un lien causal certain relie alors la faute – qui s'apparente à une intervention purement et simplement *non consentie* – et le préjudice tel qu'il s'est effectivement réalisé, de sorte qu'il n'est pas ques-

le même sens et dans la même étude (p. 1124), M. le conseiller Sargos dénonce « le recours à l'appréciation inquisitoriale, divinatoire – notamment lorsque la victime est morte ou en état végétatif – et pour tout dire arbitraire par le juge des probabilités qu'aurait eues *a posteriori* le patient, s'il avait été informé du risque, de refuser de le courir ».

¹¹⁴ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, pp. 96-97, n° 102.

¹¹⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2004, pp. 758-760, n° 591-2. Le professeur Penneau estime lui aussi que le « préjudice moral qui peut résulter du fait que le patient se trouve confronté à un dommage à l'éventualité duquel en raison du défaut d'information il n'a pas pu se préparer » est « à l'évidence en relation de causalité avec le défaut d'information » (J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, coll. Connaissance du droit, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, pp. 34-37, ici p. 35). Sur le défaut d'information comme préjudice moral, en France, S. PORCHY, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.*, 1998, chr., p. 379 ; M. BACACHE, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, dossier « Droit de la santé », p. 1908 ; S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 9-10 septembre 1998, p. 12 ; V. HAÏM, « De l'information du patient à l'indemnisation... », *D.*, 1997, chr., p. 125 ; C. RADÉ, « L'obligation d'information en matière médicale et l'office du juge », *Resp. civ. et assur.*, 2003, chr. n° 7 ; F. ALT-MAES, « Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.*, 14-16 décembre 2003, p. 3 ; du même auteur, « La réparation du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », *J.C.P.*, 2013, doct., 547.

tion d'une perte de chance¹¹⁶ ; 2° *a contrario*, s'il est certain que le patient dûment informé aurait néanmoins accepté de courir le risque qui lui a été caché, il n'a subi aucune perte de chance – celle-ci étant alors inexistante – en lien causal avec le défaut d'information, mais il devrait néanmoins pouvoir réclamer l'indemnisation d'un préjudice moral d'*impréparation* (voy. *infra*). Mais en réalité, dans la plupart des cas, aucune de ces certitudes n'existera. Il conviendrait alors, *a minima*, que la jurisprudence admette plus systématiquement que le patient insuffisamment informé a (irréremédiablement) perdu à tout le moins la *possibilité de prendre position en pleine connaissance de cause*, soit une « chance » dont la réalisation dépend non seulement du libre arbitre de la personne, mais aussi d'une pluralité de paramètres dont, au premier chef, l'exhaustivité, la fiabilité et l'honnêteté des renseignements obtenus. L'indemnisation de la perte d'une chance paraît à tout le moins s'imposer dans les hypothèses où l'intervention n'était pas rigoureusement nécessaire – notamment parce qu'une alternative thérapeutique moins risquée existait – et où il ressort de présomptions solides que le patient y aurait *probablement* renoncé. Il se verrait alors allouer un pourcentage, le cas échéant élevé, des divers chefs de préjudices corporels découlant de la réalisation du risque tu.

30. Notre Cour de cassation n'a jamais pris une position de principe expresse sur la question de savoir *quel préjudice* cause au malade le praticien qui ne s'acquiesce pas, ou insuffisamment, de la dette d'information qu'il endosse à son égard, et la jurisprudence des juges du fond, disparate et insuffisamment assertive, n'apparaît guère satisfaisante. Ici encore, l'inspiration doit venir de France : depuis un arrêt de principe du 3 juin 2010, le manquement au devoir médical d'information prend, aux yeux de la Cour régulatrice française, les traits d'un *préjudice autonome*, détaché du plus ou moins franc succès des soins prestés et d'une recherche parfois passablement divinatoire de la décision qu'aurait prise le patient si – *quod non* – il avait reçu tous les éclaircissements souhaités¹¹⁷. Jusqu'alors, il était généralement enseigné en France – et cette ligne est fréquemment suivie par les juridictions belges – qu'en présence d'une information déficiente quant à un risque qui malheureusement se réalise, le patient ne subit aucune perte de chance indemnisable s'il apparaît, compte tenu des circonstances concrètes, qu'à supposer qu'il ait été informé de ce risque, il n'aurait néanmoins pas renoncé à l'opération incriminée¹¹⁸. Un arrêt très contesté du

¹¹⁶ Mais il est indispensable, à cette fin, que la certitude en question soit acquise. À défaut, il n'est pas correct de voir, comme préjudice en lien causal avec un manquement à l'obligation d'information, *le fait d'avoir subi* les conséquences dommageables de l'intervention : ce n'est pas *parce que* le patient n'a pas été informé d'un risque que celui-ci est survenu. Cf., p. ex., Anvers, 28 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 181 : 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 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.

¹¹⁷ Cass. fr., 1^{re} civ., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT, *J.C.P.*, 2010, n^{os} 28-29, 788, note S. PORCHY-SIMON, et n^o 41, 1015, obs. P. STOFFEL-MUNCK, *D.*, 2010, p. 1522, note P. SARGOS.

¹¹⁸ Cass. fr., 1^{re} civ., 20 juin 2000, *Bull. civ.*, I, n^o 93, *D.*, 2000, somm., p. 471, obs. P. JOURDAIN, *Defrénois*, 2000, p. 1121, obs. D. MAZEAUD, *Gaz. Pal.*, 2001, somm., p. 1442, obs. J. GUIGUE ; Cass. fr., 1^{re} civ., 13 novembre

6 décembre 2007 posait que « le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé », la réparation d'un préjudice moral autonome étant explicitement prohibée, ce qui entraînait que le devoir légal d'information se trouvât souvent totalement dépourvu de sanction¹¹⁹.

Revenant sur cet enseignement depuis 2010, la Cour de cassation de France, tout en rappelant « que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir », affirme une nouvelle règle d'or : le non-respect de ce devoir d'information – consacré par des dispositions légales similaires aux nôtres – « *cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu (de l'article 1382 du Code civil) le juge ne peut laisser sans réparation* ». Il importe donc peu que l'intervention se soit techniquement bien déroulée et n'ait entraîné aucune (autre) complication, et surtout *il n'y a pas lieu de se demander si, dûment averti des risques courus, le patient y aurait renoncé ou l'aurait néanmoins subie : le manquement au devoir d'information cause en soi un préjudice* à la personne à laquelle l'information est due, lequel doit impérativement être réparé – et ce, de manière autre que symbolique, même s'il est d'ordre essentiellement moral¹²⁰.

Il s'agit du *préjudice d'impréparation*, défini comme le dommage « dont peut se plaindre tout patient qui n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement au risque qui lui avait été caché »¹²¹. La jurisprudence ultérieure de la

2002, deux arrêts, *RTDciv.*, 2003, p. 98, obs. P. JOURDAIN ; Cass. fr., 1^{re} civ., 4 février 2003, *Bull. civ.*, I, n° 40 ; Cass. fr., 1^{re} civ., 31 mai 2007, *Gaz. Pal.*, 22-23 juin 2007, avis SARCELET.

¹¹⁹ Cass. fr., 1^{re} civ., 6 décembre 2007, *D.*, 2008, p. 192, note P. SARGOS, *RTDciv.*, 2008, p. 303, obs. P. JOURDAIN, et p. 272, obs. J. HAUSER, *D.*, 2008, pan., p. 2894, obs. P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2008, I, 125, n° 3, obs. P. STOFFELMUNCK ; L. NEYRET, « La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels », *D.*, 2008, p. 804.

¹²⁰ Le professeur Vansweevelt y est également favorable, et prédit que la jurisprudence belge suivra cet exemple français ; il approuve cette option « qui permet de rendre le droit à l'information réellement contraignant et qui (n'astreint) pas le patient à une preuve de causalité difficile » (T. VANSWEEVELT, « La violation de l'obligation d'information en tant que dommage autonome », préface rédactionnelle, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 266-268 ; du même auteur, « Het recht van de patiënt op informatie over de financiële gevolgen van een medische tussenkomst », note sous Cass., 19 décembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 386, ici, p. 391). Approuvant également avec enthousiasme cette solution, E. VERJANS, « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het *informed-consent-vereiste* », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 242.

¹²¹ C'est, semble-t-il, à M. Penneau (note sous Angers, 11 septembre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 50) que l'on doit la paternité de la formule. Il précise ici que « le respect dû à la personne est, après tout, la raison essentielle de l'obligation faite au médecin, en droit et en déontologie, d'informer loyalement son patient pour obtenir son consentement à l'acte proposé. Le défaut d'information, et le manque de respect qu'il révèle, est en toutes hypothèses source d'un dommage moral dont le patient peut se prévaloir. Il est, en effet, de constatation commune que l'on supporte moralement mieux un dommage à l'éventualité duquel on a

Cour de cassation française confirme cette analyse : il ressort d'un arrêt du 23 janvier 2014 que le préjudice ici en cause est bien *d'impréparation*, qu'il suppose que le risque *tu se soit réalisé* et qu'il peut *se combiner avec la réparation de la perte d'une chance*. Cet arrêt décide, en effet, « qu'*indépendamment des cas* dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice *résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque*, que le juge ne peut laisser sans réparation »¹²².

31. Une étude approfondie de la question nous a permis de mettre en lumière les mérites de cette solution progressiste, par comparaison avec la jurisprudence belge habituelle en la matière, qui ne donne pas satisfaction ; nous nous permettons d'y renvoyer¹²³. Le droit du patient d'être informé et de consentir constitue dans son chef *un droit propre* dont il est recevable à invoquer la violation, indépendamment des fautes susceptibles d'avoir été commises dans le choix du traitement, dans l'exécution de celui-ci ou dans la surveillance postopératoire ; la portée du devoir d'information se *distingue* au demeurant de la teneur et de l'étendue des tâches assumées par l'équipe médicale aux divers stades de la prise en charge. Or, si la violation de ce droit est rarement retenue, c'est précisément parce que la jurisprudence belge rechigne à admettre qu'une faute retenue sur ce plan puisse entraîner dans le chef du patient *un préjudice propre*, d'ordre en tout cas moral. D'où il arrive, en pratique, que le consentement éclairé du patient fasse défaut, sans que ce constat emporte nécessairement la responsabilité du praticien ; un paysage insatisfaisant s'est dessiné au fil des ans, dans lequel, étonnement et paradoxalement, le *principe* du consentement du malade à l'acte médical est pleinement admis et constamment réaffirmé, mais son défaut d'obtention paraît *in concreto* n'appeler aucune sanction spécifique si aucune autre faute n'est imputable au médecin et si aucun dommage physique n'est présent¹²⁴.

pu psychologiquement se préparer, que celui qui était totalement imprévu ». *Adde* les percutantes considérations de M. l'avocat général Legoux dans son avis précédant l'arrêt du 3 juin 2010.

¹²² Cass. fr., 1^{re} civ., 23 janvier 2014, *D.*, 2014, p. 584, concl. BERNARD DE LA GATINAIS, note M. BACACHE, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 240 ; Cass. fr., 1^{re} civ., 9 février 2012, *R.G.D.M.*, 2012, n° 44, p. 245, note P. SARGOS.

¹²³ G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps. Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation », in I. LUTTE (dir.), *Droit médical & dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal/Bruxelles, Anthemis/ULB, 2014, pp. 77-124.

¹²⁴ Nous renvoyons à l'excellente étude d'E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 422. On constate cela depuis longtemps (C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 36 ; E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », in Y.-H. LELEU (dir.), *Droit médical*, CUP, vol. 79, Liège, Larcier, 2005, p. 245 ; Liège, 23 avril 1980, deux arrêts, *R.G.A.R.*, 1981, n°s 10.294 et 10.351, obs.

Dès qu'un manquement *fautif* au devoir d'information est constaté, ce qui représente une atteinte à un droit subjectif, nous croyons qu'il serait indispensable de réparer dans le chef du patient un préjudice moral – et pourquoi pas, dans certaines circonstances particulières, également matériel – *d'impréparation*, en évaluant celui-ci à un montant raisonnable, mais autre que purement symbolique. Dans les rares cas où une réparation intégrale peut être octroyée, celle-ci englobera bien sûr ce chef de dommage ; *dans tous les autres cas, il devrait s'agir d'un poste autonome* – susceptible d'être, le cas échéant, *combiné avec la perte d'une chance*, puisqu'il s'agit de deux choses différentes. Ce poste répare le préjudice consistant *dans le fait même* de ne pas avoir été, par suite d'une information lacunaire ou déficiente, suffisamment éclairé au seuil de l'opération ou averti du risque réellement couru. Il est donc *indépendant* de la décision qui aurait été prise, de la teneur ou du contexte de survenance du risque, ainsi que de l'ampleur de ses conséquences dommageables – pourvu que celles-ci existent : l'admission du préjudice d'impréparation doit être limitée à l'hypothèse où le risque tu *s'est réalisé*. Cette restriction équivaut vraisemblablement, et on peut aisément le comprendre et l'admettre, à combiner, au regard du « principe du raisonnable »¹²⁵, le fondement même du droit ainsi consacré – sanctionner, au regard des principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, *tout manquement fautif* au devoir d'information dont le patient est créancier – avec une forme bienvenue de pragmatisme « dans la mesure où il aurait été aberrant de concevoir une responsabilité en présence d'une intervention bénéfique et dépourvue d'effets secondaires »¹²⁶. S'il est parfaitement logique de réserver l'indemnisation à l'hypothèse où le risque *s'est effectivement produit* – dans la mesure où le patient ne saurait se plaindre de n'avoir pu se préparer à une éventualité qui ne s'est *in fine* (et fort heureusement) pas présentée –, il serait urgent, dans ce cas, de la réclamer et de l'octroyer.

R.O. DALCQ; Cass. fr., 1^{re} civ., 29 mai 1984, *J.C.P.*, 1984, II, 20259, concl. GULPHE; 22 septembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 268; Angers, 11 septembre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 46, note M. PENNEAU).

¹²⁵ P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P.*, 2009, n° 46, 442.

¹²⁶ M. BACACHE, note sous Cass. fr., 1^{re} civ., 12 juillet 2012, *D.*, 2012, p. 2279. Comp. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2016, pp. 744-747, n° 853, qui ne se satisfont guère de l'évolution entre les deux arrêts précités, y lisant une dégradation depuis le préjudice « purement moral » vers le préjudice d'impréparation qui « place le droit à l'information dans la dépendance du droit à l'intégrité corporelle », et regrettent que « la sanction du défaut d'information se détache [...] de la théorie des droits subjectifs ».

Section 2

L'état actuel de la responsabilité médicale

32. La responsabilité cristallise, bien entendu, l'attention en droit médical¹²⁷. Au fil de plusieurs arrêts, la Cour de cassation en a clarifié le paysage, s'agissant tant de la preuve d'une faute que de la constatation judiciaire d'un lien causal certain, imprimant ce faisant un « retour à l'orthodoxie »¹²⁸. La responsabilité civile du médecin reste bien évidemment, en règle très générale, fondée sur le constat qu'au cours de la relation de soins, une *faute* a été commise (§ 1), constat auquel doivent être rattachées la description et la distinction des obligations de moyens, de résultat et de sécurité (§ 2) et qui implique de brosser un panorama des fautes retenues en jurisprudence (§ 3). Mais l'analyse peut parfois être détachée de la faute; outre la voie distincte que constitue désormais le Fonds des accidents médicaux, on le constate à propos des choses et des produits de santé (§ 4) et, timidement, en ce qui concerne les infections nosocomiales (§ 5).

La question de la *preuve* est bien entendu toujours d'une importance cruciale. À la charge – ou « fardeau », signe de la difficulté de la position de la partie qui l'endosse – de la preuve correspond le *risque* de la preuve, en ce sens que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de la partie qui a la charge de cette preuve¹²⁹. La preuve doit apporter au juge une certitude, plus précisément la *conviction d'une certitude*; s'il n'est pas complètement convaincu de la véracité des allégations respectives des parties, si un doute subsiste en lui, il devra débouter celle sur laquelle repose la charge de la preuve, qui perdra son procès même si, au fond des choses, sa thèse n'est pas moins crédible que celle de la partie adverse. L'enjeu est donc majeur. Et il ne suffit pas d'affirmer: il faut *prouver*¹³⁰. Un bémol peut toutefois être d'emblée apporté: seuls les faits *contestés* doivent être établis¹³¹.

¹²⁷ Sur le cadre conceptuel dans lequel il convient de raisonner (place de la responsabilité médicale au sein des ordres de responsabilités, identité de raisonnement), G. GENICOT, *Droit médical et biomédical, op. cit.*, pp. 336-345.

¹²⁸ J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, pp. 135-151, spéc. pp. 141-143.

¹²⁹ Jurisprudence constante; not. Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 467; 10 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 410; 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 629.

¹³⁰ On l'oublie parfois, les affirmations d'une partie dans sa propre cause constituent de simples allégations sur lesquelles le juge ne peut se fonder si elles ne sont pas assorties d'autres éléments ou d'une présomption quelconque (Cass., 14 janvier 2000, *Bull.*, 107, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1436). Sur la notion de preuve, la finalité des règles de preuve (recherche de la vérité), le droit à la preuve, l'utilisation en justice de preuves illégales ou déloyales ou de preuves unilatérales, la charge de la preuve et l'administration de la preuve, et les rôles respectifs du juge et des parties dans la réception des preuves, D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire privé*, t. 2 « Manuel de procédure civile », Fac. dr. Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 461-480; G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, p. 25.

¹³¹ Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 695; 18 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 936: les allégations dont une partie a la charge ne doivent être prouvées par elle que si elles sont contestées par l'autre partie; à défaut, le juge

La règle est claire et nette : c'est au *patient* qu'il incombe de prouver la faute qu'il reproche à l'homme de l'art, ainsi que le lien causal entre celle-ci et son dommage. La jurisprudence – en dehors des hypothèses où l'on peut admettre l'existence d'une obligation de résultat, ce qui, de toute façon, ne supprime pas la preuve dont le patient a la charge, mais en déplace l'objet – ne manque jamais de le souligner, et le patient sera souvent débouté de son action au motif qu'il ne délivre pas, *en fait*, cette preuve, notamment au moyen du rapport d'expertise. Il faut rappeler, 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 praticien¹³²; cette règle générale du droit de la responsabilité est particulièrement pertinente en matière médicale. Si on la rapproche de l'inflexion rigoureuse (ré)imprimée par la haute juridiction quant à la certitude du lien causal (que le juge doit constater) et à la consistance du dommage réparable (qu'il ne peut masquer derrière une soi-disant perte de chance lorsque celle-ci est étrangère à l'hypothèse), on voit que ce paysage probatoire est sévère pour le patient. Cette sévérité s'accompagne toutefois d'une relative souplesse et d'une large latitude dans *l'appréciation* des preuves qu'il versera au débat¹³³.

§ 1. La notion de faute et la concrétisation de la norme de diligence en matière médicale

33. La faute peut être décrite, d'une manière générale, comme « la violation, imputable à son auteur, d'une norme de comportement juridiquement obligatoire lui imposant, soit de s'abstenir ou d'agir *de façon déterminée*, soit d'agir comme une personne *normalement diligente et prudente* »¹³⁴; « ou bien c'est un acte ou une abstention qui méconnaît une norme de droit international ayant

peut décider, sans méconnaître les règles relatives à la charge de la preuve, que le fait en question est établi. Il ne renverse pas la charge de la preuve s'il se fonde sur des allégations d'une partie qui ne sont pas contestées de part adverse (Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, n° 270). Ces allégations sont en effet des éléments régulièrement soumis au débat, et l'absence de contestation peut être considérée par le juge comme une présomption de leur véracité.

¹³² Gand, 24 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 224, note H. ULRICHTS; Anvers, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, p. 158; Civ. Bruges, 18 mars 2008, *Bull. ass.*, 2008, p. 326; Civ. Bruxelles, 15 octobre 2008, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 42, note W.D.; Civ. Gand, 28 janvier 2013, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 119, note L. BODDEZ et S. CALLENS; Mons, 10 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1742 (somm.). Encourent inévitablement la cassation les décisions qui assoient une responsabilité sur la seule constatation de l'existence d'un dommage, ou d'un lien de causalité entre un *fait* et un dommage, sans relever en même temps la commission d'une *faute* (Cass., 14 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 370; 4 février 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 149; 10 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 807).

¹³³ Sur les moyens de preuve et leur appréciation par le juge, G. GENICOT, *op. cit.*, pp. 352-370 (et not., sur l'expertise, les réf. citées pp. 358-360).

¹³⁴ X. THUNIS, « Théorie générale de la faute. La faute civile, un concept polymorphe », in *Responsabilités – Traités théorique et pratique*, Kluwer, f. mob., Dossier 20, 2001, p. 22, n° 27, qui précise que « toute faute comporte, fût-ce de façon ténue, un élément objectif de *transgression de la norme* et un élément subjectif ou psychologique permettant d'imputer la *transgression* à l'auteur de celle-ci » (mise en évidence ajoutée).

des effets directs dans l'ordre juridique national ou une norme de droit interne imposant à des sujets de droit de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée. Ou bien c'est un acte ou une abstention qui, sans constituer un manquement à de telles normes, s'analyse en une erreur de conduite, laquelle doit être appréciée suivant le critère d'une personne normalement soigneuse et placée dans les mêmes conditions. [...] Cette distinction entre les deux modalités de la faute aquilienne [...] correspond à celle qui différencie l'obligation de résultat et de moyens»¹³⁵. Il est ainsi traditionnel de distinguer la faute consistant en un manquement à une règle de droit écrit (légale ou réglementaire) *prescrivant ou interdisant certains actes*, ou au *devoir général de diligence, de prudence et de précaution* auquel toute personne est tenue. Il peut, bien sûr, s'agir aussi bien d'un acte positif que d'une abstention, d'un comportement volontaire (intentionnel) que d'une simple négligence ou imprudence, pourvu que la transgression ait été commise *librement et consciemment*, qu'elle soit *imputable* à son auteur¹³⁶.

La faute contractuelle se définit sur la base de la *culpa levis in abstracto*, selon le critère général du *bonus pater familias*, comme l'acte ou l'abstention d'agir que n'aurait pas commis « un homme normalement prudent et diligent, considéré de manière abstraite, mais replacé dans les circonstances concrètes de l'espèce. Le critère de la faute est abstrait, ce qui signifie qu'il n'est pas tenu compte des caractéristiques personnelles particulières que présente concrètement l'auteur du dommage. Mais il faut replacer ce personnage dans les circonstances où il a agi, avec ses caractéristiques personnelles et professionnelles générales, en prenant en compte les compétences et les réactions que l'on peut normalement en attendre ». Il faut garder à l'esprit que « le droit de la responsabilité, contractuelle ou aquilienne, ne repose pas sur le postulat de l'infailibilité, en sorte que toute erreur d'appréciation n'est pas constitutive de faute. Il faut analyser la décision ou le comportement incriminé au moment où il a lieu, dans le contexte de l'époque, et vérifier si la personne en cause a fait preuve de légèreté, d'imprudence ou d'irréflexion. Généralement, en présence d'une situation donnée, plusieurs solutions sont possibles et admissibles; il existe une marge d'appréciation raisonnable dans le choix entre ces solutions. Le juge doit vérifier si le comportement adopté ou la décision prise sont restés dans les

¹³⁵ Concl. de M. le procureur général VELU, alors avocat général, précédant Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 (ici, p. 1078), citées par J. VAN MEERBEECK, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne: trente ans après », *R.C.J.B.*, 2008, p. 372 (ici, p. 381, n° 17). Consacrant cette définition, Cass., 19 décembre 1991, *Bull.*, 1992, n° 215, concl. de M. le procureur général VELU, alors Premier avocat général; 8 décembre 1994, *Bull.*, n° 541; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1418, *J.L.M.B.*, 2009, p. 52, note D. PHILIPPE, *N.j.W.*, 2008, p. 881, note I. BOONE (responsabilité de l'État pour faute d'un magistrat). *Adde* B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », *R.C.J.B.*, 2001, p. 28.

¹³⁶ Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 729; 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 80, *J.T.*, 1989, p. 110, *R.C.J.B.*, 1990, p. 203, note R.O. DALCQ, « Appréciation de la faute en cas de violation d'une obligation déterminée »; Cass., 3 octobre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 788, concl. de M. le procureur général LECLERCQ, alors avocat général, *J.L.M.B.*, 1995, p. 616, *J.T.*, 1995, p. 26.

limites de cette marge d'appréciation, quelle que soit l'issue finale, et même si la solution retenue ne s'est pas avérée la meilleure. Dans cette limite, la responsabilité ne saurait être engagée. D'autre part, le juge doit se garder de faire une analyse *a posteriori* du comportement incriminé, à la lumière des événements qui l'ont suivi et notamment des dommages qui ont pu en résulter; il doit se placer au moment des faits et de la situation telle qu'elle s'est présentée concrètement à la personne dont la responsabilité est recherchée¹³⁷. Ces enseignements sont particulièrement précieux en matière de responsabilité médicale.

34. La circonstance que la faute peut être constituée par la *méconnaissance d'une disposition légale ou réglementaire* conduit à porter une attention toute particulière aux obligations imposées au médecin par la *loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient*; le praticien doit les respecter « dans la mesure où le patient y apporte son concours » – ce qui est une manière de confirmer que le patient peut lui-même commettre une faute constitutive, pour le praticien, d'une cause étrangère libératoire – et « dans les limites des compétences qui lui sont conférées par ou en vertu de la loi » (art. 4). 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 imprévoyance, mais pourvu que cette violation lui soit imputable¹³⁸. À l'inverse, le constat que les éventuelles prescriptions légales ou administratives ont été *in casu* respectées n'implique pas nécessairement l'absence de faute; que le médecin ait scrupuleusement observé la loi sur les droits du patient ou le Code de déontologie, ou que l'hôpital ait obéi aux dispositions relatives à l'organisation des soins (service de garde, matériel minimal, etc.), cela n'empêche pas la reconnaissance d'une responsabilité si, dans l'espèce considérée, une négligence peut leur être imputée.

Lorsque, comme c'est le plus souvent le cas, la faute procède d'un manquement au *devoir de diligence général*, son appréhension s'avère plus délicate, car il n'existe alors aucune règle bien définie à laquelle on peut comparer l'attitude de la personne mise en cause¹³⁹. Il faut, dans un premier temps, *énoncer le comportement*

¹³⁷ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, par P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2013, pp. 1225-1226, n° 834; Cass., 5 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1125, *J.L.M.B.*, 2004, p. 543, note D. PHILIPPE, *R.G.D.C.*, 2005, p. 110, note B. WEYTS. Présentation identique sous la plume du professeur Wéry (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 473-481, n°s 538-545). Sur le *bonus pater familias*, E. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle », *For. ass.*, 2014, p. 1.

¹³⁸ Cass., 31 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 178; Cass., 10 avril 1970 et 22 septembre 1988, précités; plus récemment, Cass., 10 avril 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.206.

¹³⁹ Cf. Cass., 14 novembre 2012, *Pas.*, n° 612, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15.009: la faute ne doit pas nécessairement découler de la violation d'une obligation légale ou réglementaire particulière, la norme générale de prudence s'imposant à tous, indépendamment d'un assujettissement éventuel auxdites obligations; la faute peut dès lors trouver son origine dans une atteinte, aussi légère soit-elle et quelle qu'en soit la forme, au devoir général de prudence ou de précaution, dont la loi ne définit pas le contenu (arrêt rendu dans le cadre du procès de la catastrophe de Ghislenghien; avec réf., s'agissant de la faute au sens des articles 418

standard qui aurait dû être adopté dans les circonstances où cette personne s'est trouvée et, dans un second temps, examiner son propre comportement à l'aune de ce standard, afin de décider si elle est en faute pour s'en être écartée. Telle est, très généralement, la démarche suivie par les juges, particulièrement dans le contentieux des responsabilités professionnelles et, notamment, de la responsabilité médicale. Ils jouissent à cet égard d'une importante marge de manœuvre : en effet, comme l'on sait, si la notion de faute est une notion légale sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle, il reste que le juge du fond décide *en fait et, partant, souverainement* si tel comportement est ou non fautif, compte tenu des circonstances dans lesquelles il prend place, et s'il se situe dans un rapport de causalité avec le dommage dont la réparation est demandée¹⁴⁰. C'est également en fait que, le cas échéant, le juge appréciera la *gravité* des fautes respectives afin de déterminer souverainement, sur cette base, la responsabilité de chacune des parties impliquées dans un accident dans le dommage causé par celui-ci ou, plus précisément, l'incidence de chacune des fautes dans la genèse du dommage.

A. *Le critère de diligence normale*

35. Le fait générateur central de la 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 incriminé¹⁴¹. Il s'agit d'un critère abstrait, lequel suppose une comparaison effectuée, en théorie du moins, de manière *objective*, mais qui n'exclut cependant pas une inévitable subjectivation : 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 recherchée¹⁴². Il n'en va

à 420 du Code pénal, à Cass., 2 décembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 324; H.-D. BOSLY et C. DE VALKENEER, « Les homicides et les lésions corporelles non intentionnels », in *Les infractions*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 488-489).

¹⁴⁰ Le contrôle exercé par la Cour de cassation n'est dès lors que marginal, en ce sens qu'elle ne censure que les décisions *qui n'ont pu raisonnablement déduire* l'existence d'une faute ou d'un lien causal des faits qu'elles constatent (voy. not. L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, Bruxelles/Anvers, Bruylant/Maklu, 1991, vol. I, pp. 61-64). Sur l'appréciation marginale par le juge, voy. l'étude très instructive de J.-F. ROMAIN, « Liberté, appréciation marginale (« *marginale toetsing* »), qualification du fait générateur de responsabilité et abus de droit », in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, CUP, vol. 157, Liège, Larcier, 2015, p. 165.

¹⁴¹ Cf., parmi de multiples décisions, Mons, 29 septembre 1986, R.G.A.R., 1987, n° 11.282; Liège, 23 décembre 1997, R.G.A.R., 1999, n° 13.168; Anvers, 14 février 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 356, note N. BROECKX. D'une manière générale et pour s'en tenir à la doctrine belge la plus actuelle, T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015.

¹⁴² Jurisprudence constante; Cass., 5 juin 2003, *Pas.*, 2003, p. 1125, précité (« jeune moniteur bénévole »); 26 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 343, concl. de M. l'avocat général SPREUTELS; 21 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 911; 13 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1151; 30 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 944; 19 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 806; 26 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1046; 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802; 30 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 879.

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, de la bonne foi qui doit présider à son exécution (art. 1134, al. 3, C. civ.) et des « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » selon l'article 1135.

Le critère du bon père de famille doit en effet être *adapté aux circonstances concrètes de la cause*, notamment à la profession du débiteur de l'obligation et aux conditions dans lesquelles il l'exerce. L'acte posé, la décision prise doivent être comparés à ceux d'une personne *normalement* prudente et diligente, de la même profession précise, et placée dans les mêmes circonstances *objectives* de temps et de lieu. En règle, le recours à la norme de diligence exclut, en revanche, la prise en compte d'éléments *purement subjectifs* tels que l'état de fatigue du médecin lors de l'intervention, son expérience (pour être plus sévère) ou son inexpérience (pour l'être moins), dès lors que la norme de diligence se rapporte à un *acte litigieux*, et non à une personne. Le patient doit pouvoir escompter du titulaire d'un diplôme la compétence et l'expérience requises pour pratiquer la spécialité sanctionnée par ce diplôme ; en d'autres termes, le médecin normalement prudent est normalement expérimenté. Le médecin de référence doit être un médecin *de la spécialité requise* par l'acte médical pratiqué, disposant des mêmes connaissances approfondies et de la même pratique régulière. Si un médecin s'aventure dans une spécialité qui n'est pas la sienne, la vigilance à son égard sera accrue, car on peut estimer qu'il a, dès le départ, manqué d'une certaine prudence ; ainsi, 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 a pratiqué.

Il n'y a pas lieu de distinguer selon la *gravité* de la faute commise : la faute *la plus légère*, consistant en un manquement, si minime soit-il, à l'obligation de diligence, peut en règle entraîner la responsabilité¹⁴³. Le juge appréciera si le médecin mis en cause s'est comporté normalement, le plus souvent après avoir recueilli l'avis d'experts judiciaires ; il pourra l'estimer responsable même dans l'hypothèse où le traitement appliqué, la décision prise ne seraient pas en soi « anormaux » aux yeux du corps médical, mais seraient inappropriés en l'espèce compte tenu des paramètres concrets du cas, dont le praticien avait connaissance et dont il aurait dû tenir compte. Le médecin normalement prudent et diligent exerce son art en se fondant sur le *dernier état de la science* ; la conformité de l'acte à la norme de diligence devra être appréciée en fonction de l'état des

¹⁴³ Liège, 4 janvier 1979, R.R.D., 1979, p. 906, note B. HAUBERT ; Liège, 20 octobre 1994, J.L.M.B., 1997, p. 1075, note L. VAN GOSSUM, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 182, note N. COLETTE-BASECQZ ; Civ. Turnhout, 1^{er} mars 1990, *Turnh. Rechtsl.*, 1990, p. 21 (*culpa levis in abstracto*). Et ce, même si ledit manquement correspond à un comportement général : l'auteur d'une faute professionnelle ayant causé un dommage ne saurait trouver une cause de justification dans la circonstance que ses collègues ne travaillent pas autrement que lui (Cass., 4 septembre 2013, R.G.A.R., 2014, n° 15.065).

connaissances *au moment où l'acte a été accompli*, en veillant à ne pas céder à la tentation de tenir compte de l'évolution des connaissances et des techniques *postérieures à cet acte*. Si la terminologie tend à fluctuer, l'obligation, également imposée par l'article 34 du Code de déontologie, paraît claire¹⁴⁴. On exige une certaine unanimité scientifique sur la valeur de la méthode en cause – sous réserve de la possibilité qu'une école médicale dissidente se voie accorder un certain crédit (*respectable minority*) – et une formation *normale* du médecin, qui doit en permanence se tenir au courant des développements dans sa spécialité.

B. Urgence et (état de) nécessité

36. L'urgence ou la nécessité dans lesquelles un médecin doit intervenir constituent un *tempérament général* à la rigueur des obligations mises à sa charge. Ce n'est rien d'autre, conformément à ce qui précède, que de 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. De même, la soumission du médecin à la norme de diligence de la spécialité à laquelle appartient l'acte qu'il pratique se voit tempérée s'il doit excéder sa compétence en raison de l'urgence ; on admettra alors plus facilement qu'il n'ait pas conduit les investigations ou les soins aussi bien que l'aurait fait le spécialiste concerné¹⁴⁵.

De ce que le médecin de référence doit être replacé dans des *circonstances spatiales et temporelles identiques*, afin de déterminer quelles auraient dû être ses réactions normales en pareil contexte, il découle que le *lieu* de l'intervention peut être pris en considération par le juge et qu'il faut tenir compte de la nécessité dans laquelle le médecin s'est trouvé d'agir en urgence dans un environnement imparfait, « avec les moyens du bord ». Ainsi, selon que le médecin exerce ou non dans un hôpital, voire selon l'équipement de l'hôpital, la norme de diligence qui lui est imposée peut être plus ou moins élevée¹⁴⁶. Le *moment*

¹⁴⁴ Pour une illustration, Civ. Bruxelles, 21 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 797 : pour évaluer le caractère fautif des actes médicaux accomplis – lequel ne peut être déduit ni de la seule existence du dommage, ni du lien de causalité entre un fait et un dommage –, il convient de comparer ceux-ci avec ceux que des médecins normalement compétents et prudents auraient accomplis dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, et notamment *dans l'état de la science médicale de l'époque* et en tenant compte des aléas que comportent la plupart des actes que les médecins accomplissent ; lorsque les analyses médicales produites par les victimes ne sont pas justifiées par les données médicales de l'époque, mais par des éléments scientifiques ultérieurs, aucune faute n'est établie. Il importe d'exploiter au maximum la littérature médicale : I. LUTTE, « Littérature scientifique et aléa médical : quel lien ? », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 63.

¹⁴⁵ Jurisprudence rare ; p. ex., Civ. Turnhout, 6 février 1984, *T. Gez.*, 1987, p. 386, note T. VANSWEEVELT (un orthopédiste faisant fonction qui n'a pas soumis un accidenté de la route à un examen des reins avant de procéder à l'ablation d'un rein fragmenté, alors que le patient n'en avait plus qu'un seul, n'a pas été jugé fautif, bien que cette mesure paraîtrait évidente pour un urologue).

¹⁴⁶ Civ. Turnhout, 4 juin 1984, *R.W.*, 1986-1987, p. 2646, note T. VANSWEEVELT.

de l'intervention peut également être déterminant : les soins administrés en urgence sont soumis à une norme de diligence relativement inférieure, notamment parce que la collecte de l'information nécessaire est plus difficile (réalisation de l'anamnèse, évaluation correcte des symptômes ou examen attentif des antécédents médicaux). Une intervention chirurgicale peut être à ce point urgente que les examens préopératoires requis, telles les radiographies, ne peuvent être effectués ; il faut alors parer au plus pressé, par application de la notion d'état de nécessité. Il faut toutefois veiller à ne pas abuser du recours aux notions d'urgence ou de nécessité : le médecin demeure comptable des éventualités qu'il doit prévoir et des précautions dont il doit s'entourer.

Deux décisions inédites l'illustrent. Dans un arrêt du 22 novembre 2007, la Cour d'appel de Liège condamne pénalement un gynécologue qui avait vainement tenté un accouchement par voie basse dans un cas où manifestement une césarienne immédiate s'imposait, synthétisant au passage correctement certains principes : « le fait de ne pas avoir tenu compte d'une éventualité constitue une faute, pour autant que cette éventualité ait dû être prévue ; le défaut de satisfaire aux obligations spécifiques de sa profession peut constituer une faute à l'origine d'un dommage [qu'on aurait pu pallier] ; plus spécifiquement, en ce qui concerne le médecin, celui-ci doit répondre de sa faute la plus légère, laquelle doit être appréciée en fonction du comportement d'un médecin normalement compétent, attentif et prudent, agissant dans les mêmes circonstances ; si l'erreur de diagnostic ne constitue pas par elle-même une faute professionnelle lorsqu'un médecin normalement prudent aurait pu se tromper en présence d'un même cas et dans les mêmes circonstances, encore est-il que cette erreur devient condamnable si elle résulte d'une négligence ou d'un défaut de précaution du médecin puisqu'en agissant avec la prudence requise, celui-ci eût pu l'éviter ; dans les cas douteux, le médecin a l'obligation de contrôler l'exactitude de son diagnostic par tous les moyens d'investigations qui sont en son pouvoir ; un diagnostic erroné est une faute professionnelle condamnable s'il est posé sans qu'il ait été procédé à l'examen approfondi que les circonstances imposaient impérieusement et que la pratique exige normalement »¹⁴⁷. Dans la seconde, il était reproché à un généraliste d'avoir procédé à une infiltration dans la région cervicale, sans disposer du matériel de réanimation adéquat et sans avoir préalablement placé une perfusion intraveineuse. Bien que l'acte thérapeutique fût indiqué et fût en soi pratiqué avec compétence, le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans un jugement du 7 novembre 2005, fait

¹⁴⁷ Une décélération des battements cardiaques fœtaux avait été constatée et la parturiente avait un double utérus. Le bébé avait été extrait trop tard, en détresse respiratoire majeure, « dans un tableau hémodynamique catastrophique, en hypotonie généralisée majeure, sans qu'aucun réflexe archaïque ait jamais été présent », état qui, selon les experts, était « la conséquence directe d'une hypoxie multiviscérale et notamment cérébrale majeure, survenue lors de la tentative d'accouchement par voie basse », le lien causal certain étant ainsi établi. Il est décédé trois jours après la naissance. Les deux gynécologues intervenus ont été condamnés pour homicide involontaire. Rappr., retenant les fautes du gynécologue et de l'anesthésiste, Bruxelles, 28 janvier 2008, R.G.A.R., 2011, n° 14.803.

grief au médecin d'avoir posé cet acte sans avoir pris les précautions que tout médecin normalement prudent et diligent aurait dû prendre, telles qu'elles sont décrites dans la notice scientifique du produit injecté à la patiente. Le tribunal lui reproche « d'avoir omis de prendre les précautions nécessaires et médicalement justifiées pour faire face aux aléas prévisibles de l'acte thérapeutique qu'il posait ».

C. Responsabilité pour faute d'autrui

37. 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. Elle est parfois amenée à faire application des règles régissant la *responsabilité du fait d'autrui*, notamment à l'égard de l'hôpital, sans toujours opérer une distinction soigneuse entre le cadre contractuel et la responsabilité extracontractuelle. En règle, il convient toujours de commencer par déterminer *avec qui le patient a contracté* et quelle est la nature de la relation juridique, d'une part, entre l'hôpital et le malade et, d'autre part, entre l'hôpital et le(s) médecin(s) qui y exercent et ont pris ce malade en charge¹⁴⁸. L'examen de la mesure dans laquelle l'hôpital peut engager sa propre responsabilité en cas de traitement inefficace, parallèlement à celle du praticien, paraît demander d'abord que soit précisée la *nature des liens qui unissent l'hôpital au patient*. On peut tenir pour acquis que cette relation est, nécessairement, de nature *contractuelle* (sauf l'hypothèse marginale de l'admission aux urgences d'un blessé inconscient).

Le caractère privé ou public de l'hôpital et le régime ouvert ou fermé de l'admission sont, à cet égard, sans incidence. L'hôpital est une *personne morale*, privée ou publique, ce qui importe peu au regard du droit de la responsabilité; il n'y a pas lieu de distinguer selon le « pouvoir organisateur » de l'hôpital ni selon l'employeur effectif du médecin¹⁴⁹. Ce qui, naturellement, revêt de l'im-

¹⁴⁸ Quant aux aspects juridiques de la relation, généralement contractuelle, entre le médecin et l'hôpital, il convient de se référer prioritairement à la teneur des contrats qui les lient, aux règlements en vigueur au sein de l'institution et aux dispositions de la loi du 10 juillet 2008 relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins; T. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », t. II « La responsabilité du fait personnel », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, 2000, liv. 25, pp. 6-12; et de façon générale, du même auteur, « La responsabilité des professionnels de la santé », vol. 2 « La responsabilité au sein de l'hôpital. La responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses », *ibid.*, Dossier 25bis, 2000, et « Rechtsverhoudingen tussen arts/ziekenhuis en patiënt », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, p. 1257. Voy. aussi et surtout la thèse de doctorat de F. DEWALLENS, *Het statuut van de ziekenhuisarts. De rechtsverhoudingen tussen ziekenhuisartsen en ziekenhuizen*, Intersentia, 2015.

¹⁴⁹ Rappelons que l'article 3 de la loi relative aux droits du patient, qui en précise le *champ d'application ratione materiae*, vise indistinctement les « rapports juridiques contractuels et extracontractuels de droit privé et de droit public dans le domaine des soins de santé dispensés par un praticien professionnel à un patient »; la précision « contractuels et extracontractuels » – qui contribue à militer en faveur d'un dépassement de la figure du contrat en la matière – a été ajoutée par une loi du 13 décembre 2006. En ce sens que le malade qui se confie à une clinique sans faire le choix d'un médecin en particulier contracte (uniquement) avec l'hôpital, dont les obligations englobent l'ensemble des soins et des prestations médi-

portance au moment d'envisager l'introduction d'une action en responsabilité relativement à des soins prestés en milieu hospitalier, c'est de déterminer *qui assigner*: outre l'assureur de la responsabilité civile professionnelle des intervenants, il pourra s'agir d'un ou plusieurs médecins et/ou de l'hôpital lui-même, selon que le patient, *in concreto*, a contracté exclusivement avec un praticien extérieur à l'hôpital, directement avec celui-ci, successivement avec les deux, voire spécifiquement avec tel médecin attaché à l'hôpital. Notons toutefois que, si le patient a conclu un contrat avec l'hôpital, il n'a en général pas le libre choix des médecins qui le soigneront et n'entre donc pas en relation juridique directe avec eux; l'institution agit *par l'intermédiaire des médecins employés à son service*.

Ce contexte renvoie à la double question de la *responsabilité contractuelle pour faute d'autrui* (agents d'exécution ou organes du débiteur contractuel) et de la *responsabilité aquilienne du fait des préposés* dont le débiteur répond de plein droit.

38. En application du principe général de *responsabilité contractuelle du fait des agents d'exécution*, dégagé par la jurisprudence et la doctrine au départ de certaines dispositions relatives au bail, au mandat et au contrat d'entreprise, et selon lequel le débiteur est responsable, vis-à-vis de son cocontractant, des agents d'exécution à qui il a fait appel pour exécuter son obligation¹⁵⁰, il importe peu que le patient, hospitalisé, soit traité par plusieurs médecins et infirmiers et ne sache pas forcément à qui imputer un éventuel problème de traitement: si le médecin avec lequel le contrat a été conclu se fait aider par un ou plusieurs confrères, avec lesquels le patient n'a pas directement contracté, il est responsable à son égard des fautes que ceux-ci pourraient commettre. La jurisprudence considère en général que le malade qui se confie à un établissement de soins sans faire personnellement le choix du médecin qui le soignera, de sorte qu'il se remet implicitement entre les mains des médecins attachés à cet établissement, ne contracte qu'avec l'hôpital, lequel est contractuellement responsable à son égard des fautes commises par *l'ensemble de ses agents d'exécution*, autrement dit toutes les personnes qui y exercent et travaillent¹⁵¹. De

cales, de sorte que les fautes commises par ses auxiliaires engagent la responsabilité de l'hôpital sans qu'il faille déterminer si le médecin ou l'infirmier travaillait comme indépendant ou comme préposé, voy. Bruxelles, 13 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.655; Bruxelles, 23 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.716.

¹⁵⁰ « 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, p. 1226; Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1911, *N.j.W.*, 2006, p. 946, note I. BOONE, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, *R.G.D.C.*, 2008, p. 557); C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulpverleners of uitvoeringsagenten. Rechtsvergelijkende studie van het beginsel, zijn draagwijdte en enkele toepassingen*, Kluwer, Aansprakelijkheidsrecht, 1995; N. BROECKX, « De aansprakelijkheid van een (oog) arts voor de fout van een anesthesist-hulppersoon », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 321.

¹⁵¹ Liège, 28 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 268; Civ. Verviers, 16 octobre 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 293. Sur la responsabilité du médecin et de l'hôpital pour le fait d'autrui, selon les diverses hypothèses envisa-

même, le médecin chef de service est responsable de ceux à qui il confie ou délègue tout ou partie de ses missions¹⁵². Corrélativement, l'agent d'exécution lui-même est, en matière contractuelle, assez largement immunisé envers le créancier de l'obligation considérée, sauf dans l'hypothèse d'une faute propre qui se juxtaposerait à celle du médecin avec qui il collabore¹⁵³. On peut en rapprocher les hypothèses dans lesquelles les tribunaux sont appelés à se pencher sur la *responsabilité respective de l'anesthésiste et du chirurgien* en cas d'accident opératoire, qui font parfois référence à la responsabilité contractuelle du fait des agents d'exécution (bien qu'il s'agisse de médecins en principe indépendants l'un de l'autre)¹⁵⁴.

39. La *responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui*, inscrite dans l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, suppose, quant à elle, comme principale condition d'application l'existence d'un *lien de préposition*, caractérisé par une situation de *subordination*¹⁵⁵. Elle s'applique assurément au personnel infirmier, préposé

geables, T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 119-150, et « De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor andermans daad », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1417-1483.

¹⁵² Liège, 19 janvier 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 38; C. trav. Gand, 15 janvier 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 344 (faute des infirmières; responsabilité du chef de service et du chef de service adjoint; partage de la responsabilité entre les médecins, en qualité de commettants du personnel infirmier et en leur nom personnel, et l'hôpital, en tant qu'employeur du personnel infirmier); Anvers, 20 novembre 2006, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 368, *Bull. ass.*, 2007, p. 237 (faute des infirmières lors de la désinfection du patient, ayant entraîné des brûlures; responsabilité du chirurgien « parce qu'il aurait dû veiller à ce que les infirmières dispensent les traitements nécessaires avec les précautions de mise » et de l'hôpital en qualité de commettant).

¹⁵³ R.O. DALCQ et C. DALCQ, « Quelques réflexions sur l'immunité de l'agent d'exécution », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/Anthemis, 2008, p. 455, n° 3, qui rappellent que « ce n'est qu'en ayant à l'esprit le principe de la responsabilité contractuelle pour autrui, principe fondateur du droit des obligations, que l'on peut comprendre que, corrélativement, le substitut contractuel bénéficie, quant à lui, d'une immunité de principe ». Pour un exemple de faute propre engageant la responsabilité du médecin agent d'exécution, Liège, 22 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 740.

¹⁵⁴ Illustrations jurisprudentielles: Corr. Louvain, 30 juin 1992, *T. Gez.*, 1992-1993, p. 109, note F. DEWALLENS (responsabilité du seul chirurgien); Mons, 28 juin 1994, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 291 (responsabilité de l'anesthésiste, du chirurgien, de l'infirmière et de l'hôpital); Civ. Liège, 20 octobre 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 405, note T. VANSWEEVELT, confirmé par Liège, 18 septembre 2000, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 303 (responsabilité du seul anesthésiste); Liège, 30 juin 1995, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 49 (responsabilité conjointe des deux médecins). Responsabilité conjointe également, à des degrés divers (un tiers pour le chirurgien, deux tiers pour l'anesthésiste), dans une délicate affaire ayant donné lieu à deux arrêts successifs soigneusement motivés quant à la sphère de compétence respective des praticiens: Bruxelles, 7 novembre 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.504, partiellement cassé par Cass., 11 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1844, *J.L.M.B.*, 2011, p. 311, pour n'avoir pas respecté les règles relatives à la charge de la preuve en matière pénale, applicables à l'action civile fondée sur une infraction pénale, et, sur renvoi, Mons, 26 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1713, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.086.

¹⁵⁵ T. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé: jurisprudence récente et réflexions », in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, CUP, vol. 157, Liège, Larcier, 2015, p. 49; P. HENRY, « La responsabilité du fait d'autrui: commettants, préposés et organes », in *Droit de la responsabilité*, CUP, vol. 10, Liège, 1996, p. 201; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le point sur la responsabilité du commettant », in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, CUP, vol. 107, Liège, Anthemis, 2008, p. 167 (dans le même ouvrage, T. PAPART, « Responsabilité du fait d'autrui... Vers

de l'hôpital, lequel sera responsable du dommage résultant de la faute d'une infirmière dans l'exécution de sa mission de surveillance ou d'assistance des patients, par exemple dans une salle de réveil; la jurisprudence a souvent tendance à constater en outre une faute propre de l'institution dans l'organisation de cette surveillance¹⁵⁶. La situation est plus délicate s'agissant des médecins, et la question de leur indépendance intrinsèque ou de leur éventuelle soumission à l'autorité de l'hôpital est rarement explorée en profondeur¹⁵⁷. En soi, un médecin peut être le préposé d'un établissement hospitalier, « alors même que les organes dirigeant celui-ci ne jouissent pas des connaissances et des aptitudes qui leur permettraient d'exercer les fonctions du médecin ou même de lui donner des instructions techniques relatives à l'exercice de celles-ci »: « le lien de subordination ne requiert pas que le commettant jouisse des connaissances et des aptitudes techniques lui permettant de diriger étroitement les activités du préposé », mais suppose simplement l'existence « d'un pouvoir général de diriger son activité »¹⁵⁸. L'appréciation gît en fait et implique de rechercher s'il ressort des circonstances concrètes de la cause que le médecin, dans l'exécution de son travail, est soumis à l'autorité, à la direction et à la surveillance de l'institution où il exerce, le rapport d'autorité existant dès qu'une personne peut, *en fait*, exercer une autorité sur les actes d'autres personnes¹⁵⁹. En ce qui concerne le personnel infirmier, la question peut se poser de savoir si, lorsqu'un infirmier seconde un médecin dans l'exécution d'un acte médical, il doit être considéré comme le préposé de ce médecin, de l'hôpital qui l'emploie, ou des deux cumulativement. Faut-il prendre en compte l'exercice « virtuel » de l'autorité par l'hôpital, ou son exercice réel, effectif et concret par le médecin au moment de l'acte dommageable? Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en fournit une intéressante illustration¹⁶⁰.

une responsabilité objective? », p. 53). La présomption de responsabilité établie par cette disposition n'existe qu'en faveur des tiers victimes du dommage causé par le préposé, et ne vise pas le dommage causé au commettant lui-même (Cass., 20 juin 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.457, note J.-L. FAGNART).

¹⁵⁶ Liège, 8 octobre 1991, *T. Gez.*, 1992-1993, p. 35, note R. HEYLEN; Anvers, 14 septembre 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, p. 225, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 218; Civ. Nivelles, 24 janvier 2007, *Bull. ass.*, 2008, p. 92.

¹⁵⁷ On saluera donc la belle étude de B. FOSSÉPREZ et A. PÜTZ, « Les intervenants au procès civil en responsabilité médicale », *Consilio*, 2014, p. 189, qui se penchent (pp. 202-216) sur la relation entre l'hôpital et le médecin (contrat de travail, statut, convention de collaboration) et dès lors sur l'éventualité d'un lien de subordination, sur les conditions, dans ce cadre, de mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui, et sur la situation spécifique du médecin assistant candidat clinicien spécialiste (M.A.C.C.S.).

¹⁵⁸ H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », par P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, vol. 2, 2013, p. 1349, n° 909.

¹⁵⁹ En jurisprudence, *cf.* not. Anvers, 2 mai 1989, R.W., 1989-1990, p. 260, note H. NYS; Liège, 28 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 268.

¹⁶⁰ Bruxelles, 28 novembre 2011, R.G.A.R., 2012, n° 14.819, note D. SCIEUR: oubli dans le ventre d'une patiente d'une compresse lors d'une hystérectomie; responsabilité du chirurgien, qui a la maîtrise du champ opératoire jusqu'à la fin de l'intervention; l'infirmière chargée d'assister le chirurgien a elle-même commis une faute concurrente en ne s'acquittant pas correctement de cette tâche; les actes pré- et postopératoires accomplis par le personnel infirmier le sont sous l'autorité de l'hôpital, mais, durant les actes opératoires proprement dits, il y a transfert au chirurgien du « rapport réel caractérisant la notion d'autorité ».

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 occasionnelle¹⁶¹, qui revient pareillement à apprécier si la reconnaissance du statut de médecin préposé – donc, pratiquant dans un lien juridique de subordination – est compatible avec l'*indépendance médicale* dont il jouit nécessairement. Cette question est controversée¹⁶².

§ 2. Les obligations de moyens, de résultat et de sécurité

A. Les obligations de moyens et de résultat en matière médicale

40. La distinction de ces deux types d'obligations est l'une des pierres d'angle de la théorie générale des obligations contractuelles, et revêt une particulière importance en matière de responsabilité médicale¹⁶³. L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur qui la souscrit s'engage à *tout mettre en œuvre pour parvenir à l'objectif envisagé*, mais sans garantir qu'il l'atteindra ; elle est dite de résultat dans le cas contraire, lorsque l'on peut considérer qu'il s'est *engagé à atteindre un résultat déterminé et précis*. La reconnaissance éventuelle dans le chef du médecin d'une obligation de résultat contribue à l'allègement de la charge de la preuve et facilite la tâche du malade ; or, bien que l'obligation de soins soit

¹⁶¹ Règle inscrite dans les articles 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques ; J.-L. FAGNART, « Aspects actuels de la responsabilité médicale », in *Droit et médecine*, CUP, vol. 11, Liège, 1996, pp. 300-303. La solution ne fait bien entendu guère de doute pour le personnel infirmier, paramédical, administratif ou technique.

¹⁶² Dans l'arrêt précité du 28 mai 1998, la Cour d'appel de Liège considère que la responsabilité du médecin est liée à l'essence même de l'activité médicale et qu'il n'est dès lors 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. D'autres décisions exonèrent le médecin préposé qui a commis une faute légère occasionnelle (Mons, 13 janvier 2000, R.G.A.R., 2001, n° 13.428, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 379 : ne peut être qualifiée de lourde la faute consistant en une erreur de lecture, par le médecin de garde aux urgences, d'une radiographie en ne décelant pas une fracture), estimant qu'il peut travailler dans un lien de subordination, y compris dans le cadre de l'exercice de l'art de guérir, car l'indépendance médicale dont il dispose n'est pas en soi incompatible avec un lien juridique de subordination (Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 380, R.G.D.C., 2006, p. 108, note R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, qui se réfère sur ce point à Cass., 22 février 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 777 et Cass., 16 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 165). La situation est évidemment la même pour le personnel infirmier (Anvers, 5 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 102 ; comp. Gand, 28 juin 2006, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 408, note R.V.).

¹⁶³ Parmi une abondante doctrine : J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2001 ; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute. Violation d'une norme contractuelle », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, f. mob., L. 20bis, 2006, pp. 42-62 ; P. LE TOURNEAU et al., *op. cit.*, pp. 1084-1100, n°s 3208-3266 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, pp. 582-603, n°s 577-591 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations, le contrat*, 4^e éd., Paris, Economica, 1998, pp. 597 et s. ; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. 27, Liège, 1998, pp. 103-122 ; L. VAN VALCKENBORGH, « De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis », R.G.D.C., 2011, p. 222 (note sous Anvers, 15 septembre 2008, arrêt relatif à la responsabilité d'un avocat).

évidemment de moyens, il peut arriver qu'un médecin contracte une obligation de résultat concernant des actes ponctuels, notamment lorsque la volonté implicite des parties d'atteindre un résultat peut se déduire de la presque absence de caractère aléatoire du résultat de l'obligation et lorsque le juge, dans l'exercice de son pouvoir souverain de recherche de cette volonté implicite, constate certaines circonstances propres à la cause desquelles il peut se déduire que le médecin a accepté « de contracter une obligation de résultat à laquelle s'attendaient [les patients] »¹⁶⁴.

L'intérêt de la distinction des deux types d'obligations est d'ordre *probatoire*; il se marque sur le terrain de l'*exonération* du débiteur prétendument fautif. S'il y a reconnaissance d'une obligation de résultat, l'absence de résultat est présumée imputable à une faute du débiteur de cette obligation et il incombe, le cas échéant, à celui-ci de prouver que cette absence de résultat est due à une cause étrangère. Il sera ainsi responsable *de plein droit*, sauf s'il peut apporter la preuve d'une cause étrangère, *laquelle ne se confond pas avec la preuve de l'absence de faute*. Le juge appréciera, en fait, si le médecin établit que l'absence de résultat trouve sa cause dans une hypothèse extérieure à lui-même, au fait des personnes dont il doit répondre ou des choses qu'il a sous sa garde. Cette preuve est évidemment difficile à apporter. Le principal impact de la distinction se marque ainsi au sujet de *l'objet et de la charge de la preuve* en cas d'inexécution: reconnaître qu'une obligation est de résultat équivaut à un allègement – mais non à un renversement – de cette charge. Il est plus facile pour le créancier d'une obligation de résultat d'établir qu'elle n'a pas été exécutée par le débiteur, car il lui suffit de démontrer que *le résultat promis n'a pas été atteint* pour contraindre le débiteur à invoquer des raisons suffisantes pour s'en disculper, c'est-à-dire à apporter la preuve d'une *cause étrangère libératoire* qui l'aurait empêché de fournir le résultat prévu. Il s'agit bien d'une présomption de faute – même s'il serait plus exact de parler de présomption de responsabilité – et il ne suffit pas au débiteur d'une obligation de résultat de prouver qu'il n'a *pas commis de faute*; il doit démontrer que la non-obtention du résultat trouve sa cause dans une circonstance qui lui est *totale-ment étrangère*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Cass., 15 janvier 2010, *Pas.*, n° 41, *R.C.J.B.*, 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK, *J.L.M.B.*, 2010, p. 728, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 230, note S. PANIS, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.622, rejetant le pourvoi contre Liège, 17 avril 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.460, *R.R.D.*, 2008, p. 34, note Q. VAN ENIS, « Obligation de moyens ou de résultat en matière médicale: quand le juge doit sonder les cœurs et les reins des parties... ». Sur la distinction des obligations de moyens et de résultat en matière médicale, J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *R.C.J.B.*, 2010, p. 513; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 30-38; C. LEMMENS, « Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatverbintenis? », note sous *Civ. Gand*, 16 avril 2007, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 375; P. LE TOURNEAU *et al.*, *ibid.*, pp. 1275-1300, n°s 4198-4254.

¹⁶⁵ Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 290; Cass., 5 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 17 (la partie qui invoque l'inexécution d'une obligation de résultat doit seulement établir l'existence de l'obligation et le fait que le résultat promis n'a pas été atteint; la non-obtention du résultat promis démontre que le débiteur n'a pas

À l'inverse, si l'obligation est de moyens, le créancier (ici, le patient) doit établir que le débiteur a commis une *faute*, n'a *pas tout mis en œuvre* pour exécuter son engagement, ne s'est pas comporté avec la prudence et la diligence auxquelles il était tenu¹⁶⁶. On voit donc que reconnaître, dans le chef du médecin, l'existence d'une obligation de résultat équivaut à alourdir sa position et à *alléger la tâche du patient*, mais non à renverser complètement la charge de la preuve. Ces principes sont rappelés par une jurisprudence constante et approuvés par une doctrine unanime. Or, si l'obligation principale de soins reste assurément de moyens, il paraît tout à fait possible 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*¹⁶⁷.

En vertu du principe *d'autonomie de la volonté*, consacré par l'article 1134 du Code civil, les parties à un contrat sont libres de déterminer le contenu et la portée de celui-ci; c'est donc avant tout la *volonté commune des parties* qui permettra de déterminer le caractère des obligations souscrites, et c'est prioritairement à leur intention, telle qu'il la dégage sur la base des éléments de fait qu'il apprécie souverainement, que le juge doit se référer à cette fin¹⁶⁸; mais cette intention doit être *commune aux deux parties*¹⁶⁹. En l'absence d'indications claires et univoques quant à l'intention des parties – ce qui est fréquent –, il est unanimement admis que c'est *l'aléa* qui constitue le critère de distinction entre les

exécuté son obligation, de sorte que le créancier n'a pas à prouver sa faute s'il s'est engagé à atteindre un résultat); Cass., 18 octobre 2001, *Pas.*, n° 555 (une obligation de résultat oblige le débiteur à obtenir un résultat, à moins qu'il ne prouve l'existence de la force majeure qu'il invoque, et le juge, qui considère que cette preuve n'est pas rapportée, *n'est pas tenu de constater la faute du débiteur*; cette règle est également applicable lorsque l'inexécution de l'obligation est imputable à un vice de la chose que le débiteur a sous sa garde; le gardien de la chose doit en effet, pour échapper à sa responsabilité, établir que, non pas le vice de cette chose, *mais le dommage* est dû à une cause étrangère). Pour une application, en dehors du droit médical, Mons, 12 novembre 2015, *J.T.*, 2016, p. 94.

¹⁶⁶ Cass., 26 février 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 723.

¹⁶⁷ DEMOGUE, qui est, comme l'on sait, le père de la distinction des deux types d'obligations, n'écrivait-il pas déjà, commentant le fameux arrêt *Mercier* du 20 mai 1936 (*RTDCiv.*, 1936, p. 691, n° 20), 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 »? On observe du reste que l'un des aspects du renforcement des responsabilités professionnelles consiste à accroître les obligations de résultat par rapport aux obligations de moyens (H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », par P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 1, pp. 51-52, n° 15).

¹⁶⁸ Est dès lors légale la décision du juge qui, sur la base d'éléments de fait d'où il déduit l'intention des parties, considère que l'obligation contestée est tantôt une obligation de moyens (Cass., 3 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1081), tantôt une obligation de résultat (Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1068). Dans l'arrêt du 3 mai 1984, la Cour a approuvé le juge du fond d'avoir conclu que l'obligation était de moyens en constatant qu'il existait une incertitude dans l'exécution de la convention et un grand risque que le débiteur avait refusé d'assumer.

¹⁶⁹ Dans l'arrêt précité du 3 mai 1984, les motifs relevés par la Cour pouvaient certes justifier que le *débiteur de l'obligation* n'avait pas voulu assumer le risque et promettre un résultat, mais ils ne permettaient pas de présumer que les *créanciers*, qui n'avaient pas été avertis de ce risque, auraient marqué leur accord à cet égard; cette décision est donc critiquable (J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *R.C.J.B.*, 2010, p. 519).

deux types d'obligations : on examinera le caractère *aléatoire ou non* attaché au résultat de l'engagement souscrit. Si le résultat à atteindre est aléatoire ou incertain, l'obligation sera de moyens ; si sa réalisation apparaît quasi certaine, moyennant l'utilisation normale des moyens disponibles, elle pourra être de résultat¹⁷⁰. Ce raisonnement semble conforme à la volonté des parties, telle qu'elle est appréciée ou interprétée par le juge. Rappelons d'emblée ici, car la confusion se constate, que *l'information à fournir* au sujet d'une opération chirurgicale est une question distincte de la *portée de l'obligation souscrite* et de l'aléa qui affecte ou non cette intervention.

41. Il va de soi que les obligations du médecin ou de l'hôpital sont, d'une manière générale, de *moyens*. La tâche du médecin est d'affecter toutes les ressources mises 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, par définition, être attendu de lui qu'il garantisse cet objectif ou qu'il soit certain d'y parvenir. 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, compte tenu de la norme de diligence. Voilà pourquoi il appartient, en règle, *au patient*, créancier d'une obligation de moyens, d'établir que le médecin est fautif. Cette analyse, tout à fait certaine et constante, se fonde sur le fait que la médecine n'est pas une science exacte et que la plupart des traitements médicaux comportent une part d'aléa ; de nombreux éléments rendent la promesse générale et inconditionnelle d'une guérison totalement inenvisageable¹⁷¹. Les cours et tribunaux s'en tiennent parfois à ce constat pour débouter le patient, alors que les circonstances eussent pu leur permettre une approche plus fine et audacieuse, en particulier dans certaines hypothèses situées aux confins de l'accident thérapeutique et de l'in-

¹⁷⁰ A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *J.C.P.*, 1945, I, 449 ; la volonté des parties est alors déduite de « l'incertitude qui existait pour l'exécution de la convention et du fait que le risque était si grand que le débiteur avait refusé de l'assumer » (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », Bruxelles, Larcier, 2010, p. 484, n° 549, renvoyant à l'arrêt précité du 3 mai 1984, que pour sa part il ne critique pas) ; en matière médicale, voy. not. les études précitées de C. LEMMENS, T. VANSWEEVELT et Q. VAN ENIS. Cette question gît en fait et est, partant, abandonnée à l'appréciation souveraine du juge du fond (Cass., 7 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 503 ; Cass., 5 décembre 2002, *Pas.*, n° 652, *R.G.D.C.*, 2004, p. 203, note W. GOOSSENS, *R.W.*, 2005-2006, p. 420, note A. VAN OEVELEN).

¹⁷¹ La jurisprudence est fréquemment amenée à le rappeler (parmi de nombreux exemples, Gand, 23 avril 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 366 ; Gand, 18 novembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 366 ; Anvers, 7 mai 2007, *Bull. ass.*, 2008, p. 193). Cela paraissait d'ailleurs évident pour la Cour de cassation française dans l'arrêt *Mercier*, qui pose le principe de la nature contractuelle de la relation médicale : le médecin contracte « l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade [...] du moins de lui donner des soins, non pas quelconques mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science » (Cass. fr. civ., 20 mai 1936, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2015, t. II, n°s 162-163, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n°s 28-31 et n° 32, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS). En Belgique, cf. déjà Civ. Bruxelles, 6 février 1946, *J.T.*, 1946, p. 304 : « le médecin ne contracte pas une obligation de résultat, celle de guérir le patient, mais une obligation de moyens, celle de prodiguer ses meilleurs soins ».

fection nosocomiale¹⁷². En effet, si l'on ne considère plus le traitement médical *dans son ensemble*, mais en le *décomposant en plusieurs interventions*, en plusieurs composantes – ce que paraissent impliquer tant la pratique médicale elle-même que la théorie de l'assentiment renouvelé du patient et le respect de son intégrité physique –, il sera possible d'y découvrir *certaines obligations de résultat* à charge du praticien : si la non-guérison du patient ne pourra pas en soi lui être reprochée, certains aspects, certains actes effectués dans le cadre du traitement l'obligent à un certain résultat, à une réussite ponctuelle, qui peut avoir des conséquences sur l'état du patient. S'il n'y satisfait pas, s'il n'atteint pas ce résultat, il pourra être déclaré fautif et responsable, pourvu, bien entendu, que cet échec ait causé un dommage au malade.

En somme, 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 ; 4° que ce dommage découle de la non-obtention dudit résultat, le médecin sera *préssumé fautif* et devra prouver que le dommage trouve en réalité sa source dans une *cause étrangère libératoire* ; il ne pourra s'exonérer de sa responsabilité présumée qu'en établissant que l'échec est imputable à une cause extérieure à son intervention (faute d'un tiers, y compris le patient lui-même, ou cas de force majeure). La reconnaissance d'une obligation de résultat dans le chef du médecin – même ponctuellement, pour une partie du traitement seulement – entraîne donc un *allègement de la charge de la preuve* pesant sur le malade ; il lui suffira d'établir que certaines obligations souscrites par le médecin avaient ce caractère, et que le résultat escompté n'a pas été atteint, pour qu'une faute du praticien soit présumée, et cette faute suffira à entraîner sa responsabilité, pourvu que le dommage et le lien de causalité soient établis, sauf si le médecin établit l'existence d'une cause étrangère libératoire¹⁷³.

42. On peut distinguer *trois types d'obligations de résultat* susceptibles de peser sur un médecin¹⁷⁴ : le respect d'une *prescription ou d'une interdiction légales*, les

¹⁷² Un arrêt liégeois, soigneusement motivé mais peut-être quelque peu pusillanime, l'illustre à propos d'un bébé grand prématuré, né en détresse respiratoire majeure et présentant une infection pulmonaire, qui, en couveuse, a présenté des brûlures étendues au dos (Liège, 24 juin 2003, *Bull. ass.*, 2005, p. 150). Sur les infections nosocomiales, voy. *infra*, § 5.

¹⁷³ Principes rappelés notamment par Mons, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 307 (somm.).

¹⁷⁴ La Cour d'appel de Liège rappelle, dans un arrêt du 11 octobre 2007 (*J.L.M.B.*, 2010, p. 734), qu'en matière médicale, une obligation de résultat peut découler d'une disposition légale, d'une volonté expresse des contractants ou de la nature du résultat de l'obligation, avant de poser que « tel n'est pas le cas lorsque le caractère aléatoire attaché à ce résultat demeure présent, compte tenu notamment d'une anesthésie locale sous laquelle l'intervention a eu lieu, qui constitue un facteur de risque complémentaire ». La Cour d'appel de Mons (arrêt précité du 29 juin 1998) va un peu trop loin en qualifiant d'obligation de résultat les « 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 » ; elle retient la responsabilité d'un gynécologue des graves complications 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*

obligations découlant de la *volonté expresse des parties* et celles qui revêtent intrinsèquement ce caractère en raison de *l'absence de caractère aléatoire*. Il subsiste une controverse quant à l'éventuelle existence d'une obligation de résultat en matière de *stérilisation*¹⁷⁵.

Il se peut tout d'abord qu'une règle légale *impose l'adoption d'un comportement précis*, positif ou négatif, sans laisser de liberté d'appréciation à son destinataire ; en pareil cas, on admettra que le respect de cette règle de conduite constitue une obligation de résultat, dont la seule violation est constitutive de faute, nonobstant toute « convention » contraire. Il en va ainsi de certaines *infractions pénales* : interdiction de porter des coups ou d'administrer des blessures sans justification (art. 418 et 420 C. pén.)¹⁷⁶, omission de porter secours à une personne en danger (art. 422bis) ou respect du secret professionnel (art. 458) 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 personnel et du service, etc.) ou aux pharmacies ; c'est en ce sens que les normes d'agrément des hôpitaux, ainsi que des officines pharmaceutiques, imposent la présence constante de certains médicaments ou d'un matériel précis. Dans ce cadre, il serait possible de considérer que certaines obligations imposées au médecin par la *loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient* – fournir l'information sur tel point, recueillir le consentement à tel propos, 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. – constituent des obligations de résultat ; quoiqu'il

correctement évaluée – autrement dit, c'est bien en définitive une faute qui semble lui être reprochée en l'espèce. Pour une typologie des obligations de résultat en matière médicale, T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers/Bruxelles, Maklu/Bruylant, 1996, pp. 61-86, spéc. n° 94-116 ; du même auteur, « De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor eigen gedrag », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1279-1288 ; P. LE TOURNEAU *et al.*, *op. cit.*, pp. 1275-1300, n° 4198-4254.

¹⁷⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 423-427. En revanche, et quoi qu'il en soit de la relative banalité de l'intervention et du haut degré de sécurité et de garanties dont elle est entourée à l'heure actuelle, il ne saurait, en toute logique, être question d'une obligation de résultat en ce qui concerne *l'accouchement par césarienne* (Liège, 29 septembre 1998, R.G.A.R., 2000, n° 13.234, R.R.D., 1999, p. 445, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 31) ou *l'avortement* (Liège, 22 janvier 2009, J.L.M.B., 2009, p. 1161, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215, note S. PANIS).

¹⁷⁶ Cass., 23 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 493, concl. de M. le procureur général DU JARDIN, alors avocat général, R.G.A.R., 1992, n° 11.940, note C. HENNAU-HUBLET (condamnation d'un médecin anesthésiste pour n'avoir pas satisfait aux obligations de sa profession en omettant de prendre les mesures qui s'imposaient). L'administration de substances nocives (art. 421 C. pén.) est également réprimée (Cass., 8 décembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1344, R.G.A.R., 1994, n° 12.301, *T. Gez.*, 1993-1994, p. 145, note T. BALTHAZAR), la notion de « substances » pouvant viser des rayons radioactifs administrés à des fins thérapeutiques (Corr. Bruges, 20 septembre 1991, *T. Gez.*, 1993-1994, p. 375). Un radiothérapeute commet une faute en n'avertissant pas la patiente des conséquences possibles de radiodermite chronique et de radionécrose postérieure comme conséquences des irradiations (Liège, 27 septembre 2006, R.G.A.R., 2009, n° 14.479). Sur cette question, l'étude complète de S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid. Gezondheidsrechtelijke analyse aan de hand van het gebruik van ioniserende straling in de geneskunde*, Intersentia, 2004.

consacre pour l'essentiel des solutions précédemment dégagées par la jurisprudence, ce texte constituerait dès lors une indéniable avancée à cet égard, puisqu'il transformerait *la nature et la portée de ces obligations*. On sait toutefois que tel n'est pas le cas de l'obligation *d'information*, dont la Cour de cassation a nettement décidé qu'elle ne constitue pas une obligation de résultat¹⁷⁷.

La *volonté des parties* peut être la source d'obligations de résultat – toujours en vertu du principe d'autonomie des volontés posé par l'article 1134 du Code civil –, telle qu'elle est appréciée et interprétée par le juge, opération toujours délicate à effectuer *a posteriori*¹⁷⁸. Il est évidemment rare qu'un médecin promette expressément d'obtenir un résultat donné ; mais ce type d'obligations de résultat pourra parfois, d'une part, concerner les *moyens* à mettre en œuvre – par exemple, laisser un accouchement se dérouler naturellement, alors que le médecin avait promis de pratiquer une césarienne – et, d'autre part et exceptionnellement, viser *l'issue du traitement elle-même*¹⁷⁹. Dans ce cas, le patient pourra alléguer que le médecin a manqué à la promesse qu'il avait souscrite, et il reviendra à ce dernier d'établir que la méthode convenue a dû être écartée en raison d'une cause étrangère libératoire, par exemple un *état de nécessité*. Le médecin qui fait miroiter un résultat qu'il présente comme certain sera fautif si ce résultat n'est pas atteint, sauf preuve d'une cause étrangère qui le disculperait. Les promesses de réussite verbales, fréquentes, peuvent être à cet égard problématiques ; il appartiendra au juge d'apprécier la portée des paroles du médecin – encore faudra-t-il préalablement parvenir à en rapporter la teneur –, car elles ne sont pas nécessairement créatrices d'une obligation de résultat. Il faut pour cela que ses promesses soient claires et convaincantes, exemptes d'ambiguïté et de relativisation, autrement dit qu'une personne normale et raisonnable placée dans les mêmes circonstances les ait interprétées comme telles. Une charge probatoire assez lourde repose donc quand même sur le patient : l'existence d'une *promesse de résultat* formulée par le médecin – qu'il importe de distinguer des légitimes « apaisements thérapeutiques » ou des encouragements prodigués avant une opération – devra être établie avec le degré de certitude requis.

¹⁷⁷ Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, n° 616, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161 ; voy. *supra*, section 1, § 7 ; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, pp. 66-77.

¹⁷⁸ Voy. J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », note sous Cass., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, p. 513 ; Q. VAN ENIS, « Obligation de moyens ou de résultat en matière médicale : quand le juge doit sonder les cœurs et les reins des parties... », note sous Liège, 17 avril 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 38.

¹⁷⁹ Cela pourrait être le cas en chirurgie esthétique ou réparatrice, lorsque le médecin garantit un traitement « complètement sûr », sans séquelles visibles, notamment en montrant des photos de succès opératoires sans relativiser ceux-ci ; mais l'obligation restera de moyens si, lors de la consultation, le médecin a remis à la patiente une note d'information relative à la réduction mammaire dont il ressort qu'il ne lui a jamais garanti un résultat précis (Mons, 13 novembre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14.954).

43. Enfin et surtout, l'obligation est intrinsèquement de résultat lorsque celui-ci ne présente *aucun caractère aléatoire*. L'utilisation d'un matériel en bon état peut ainsi être constitutive d'une obligation de résultat et entraîner la responsabilité de l'hôpital de ce chef¹⁸⁰. Les incidents consécutifs au *placement d'une prothèse dentaire* l'illustrent¹⁸¹, et conduisent parfois à un raisonnement particulièrement proche de la responsabilité objective du fait des produits défectueux : le chirurgien-dentiste doit livrer un appareil sans défaut. S'agissant des *examens et analyses de laboratoire simples* ou des *injections cutanées*, on peut admettre qu'elles sont détachables de l'art médical proprement dit et que l'aléa y est bien maîtrisé ; il conviendra naturellement d'être attentif au stade exact où survient le problème¹⁸². De même, certains examens ou interventions assez simples peuvent entraîner une obligation de résultat (p. ex., analyses de sang, examens d'urine, transfusions sanguines, radiographies, voire appendicectomie, circoncision ou extraction dentaire). Tout dépend de la complexité relative de chaque hypothèse spécifique, appréciée comme il se doit *in concreto*. On évoque souvent une obligation de résultat à propos de *l'oubli d'instruments ou de matériel dans le corps du patient*, ou, à tout le moins, une présomption de faute difficilement réfragable, par référence au critère du cours normal des choses¹⁸³. La reconnais-

¹⁸⁰ Anvers, 22 février 1999, R.G.A.R., 2000, n° 13.257, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 285 : 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, de sorte que le médecin ou l'hôpital a à cet égard une obligation de résultat.

¹⁸¹ Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1494, J.L.M.B., 2004, p. 260, N.J.W., 2004, p. 271, R.G.A.R., 2004, n° 13.897, R.W., 2004-2005, p. 22, note B. WEYTS ; sur la responsabilité en médecine dentaire, Y. VERMYLEN et C. CONTRERAS (éd.), *Tandarts & Recht. Een inleiding tot het recht voor tandartsen*, Acco, 2008 ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 169-178, et « De aansprakelijkheid van de tandarts », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1505-1513. *Adde Civ.* Anvers, 29 janvier 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 352, note BAEYENS (met à la charge de l'orthopédiste « une obligation de résultat concernant la livraison d'une prothèse adéquate », en s'appuyant sur la Convention nationale entre orthopédistes et assureurs). Mais 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, p. 192, note Y. VERMYLEN ; *adde Civ.* Louvain, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 45).

¹⁸² Gand, 5 avril 2000, *Bull. ass.*, 2001, p. 810 : 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. *Rappr.* Anvers, 2 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 146.

¹⁸³ Cf. not. Anvers, 19 mai 1980, *T. Gez.*, 1981, p. 39, note R. KRUIJTHOF ; *Civ.* Charleroi, 20 février 1990, R.G.A.R., 1992, n° 12.074 ; Anvers, 29 juin 1992, *T. Gez.*, 1994-1995, p. 20, note D. FRERIKS ; *Civ.* Bruxelles, 17 novembre 1995, R.G.A.R., 1997, n° 12.751 ; Anvers, 15 mars 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 223 ; Anvers, 2 mai 2005, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 199. Par un arrêt du 28 septembre 1995 (*Bull.*, n° 404, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 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 » ; il n'est pas possible d'y voir une approbation de cette tendance jurisprudentielle, la Cour ne se prononçant que sur un problème de prescription.

sance d'une obligation de résultat à cet égard n'est toutefois pas générale, tant s'en faut ; il est fréquent que la jurisprudence raisonne en termes d'obligation de moyens et examine les circonstances concrètes de l'intervention¹⁸⁴.

Une obligation qui est assurément intrinsèquement de résultat consiste à *traiter le bon patient*. On ne reviendra pas ici sur une dramatique affaire française qui a mis ce point en lumière, laquelle a entraîné un débat nourri portant sur la possibilité de qualifier, sur le plan pénal, l'atteinte à la vie d'un fœtus en homicide involontaire¹⁸⁵. L'hypothèse est évidemment extrêmement rare, mais la jurisprudence belge récente en offre un exemple¹⁸⁶. Le même raisonnement trouve plus fréquemment à s'appliquer lorsqu'il y a *erreur sur l'organe soigné*¹⁸⁷.

En matière de *chirurgie plastique esthétique*, la jurisprudence et la doctrine ont pu se laisser influencer par la relativement faible utilité thérapeutique de l'inter-

¹⁸⁴ Comp. Civ. Audenarde, 14 février 2000, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 287 (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, et il est 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), et, en appel, Gand, 8 novembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 290 (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 » ; consécration de la théorie de l'état de nécessité).

¹⁸⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, p. 419 et la note 250.

¹⁸⁶ Dans un service hospitalier, à l'appel du médecin dans la salle d'attente répond une autre patiente que celle qui était appelée ; le médecin ne vérifie pas et lui administre le médicament prévu pour la patiente qu'il appelait, soit un comprimé d'iode radioactif visant à traiter l'hyperthyroïdie. Il est jugé fautif car il lui incombait « en tout état de cause [...] de s'assurer personnellement de l'identité de la patiente qu'il avait face à lui dans son cabinet médical [...] avant de lui administrer une médication radioactive et dangereuse pour un patient ne devant pas être traité par iode radioactif » (Liège, 16 octobre 2014, *Consilio*, 2015, p. 147, note J.-L. FAGNART, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.170, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1935, qui précise que « l'organisation administrative des consultations importe peu à cet égard : un médecin normalement compétent et prudent s'assure de l'identité de son patient *avant de lui administrer un traitement radioactif* » (mise en évidence ajoutée). On admettra que l'erreur du médecin est légitime ; cet arrêt pose la question de son caractère *invincible* et permet de rappeler que, pour pouvoir être retenue à titre de cause d'exonération, l'erreur doit présenter ce caractère (en ce sens que l'ignorance, lorsqu'elle est invincible, constitue une cause de justification, voy. Cass., 6 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 37 ; Cass., 13 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1260) ; J.-L. FAGNART, « Identification du patient : erreur légitime mais non invincible », *Consilio*, 2015, pp. 160-162, qui observe qu'à cet égard la jurisprudence était initialement d'une grande sévérité mais qu'elle semble actuellement s'adoucir ; B. GOFFAUX, « L'erreur invincible en matière civile », *R.G.D.C.*, 2013, p. 265 ; F. GLANSDORFF, « Erreur invincible et croyance légitime », note sous Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, p. 725. Déjà, sur l'obligation évidente de traiter le bon patient, Corr. Bruxelles, 11 décembre 1963, *J.T.*, 1964, p. 110, *R.G.A.R.*, 1964, n° 7273.

¹⁸⁷ Liège, 4 janvier 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 330 (placement d'une prothèse au mauvais genou ; 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) ; Corr. Bruxelles, 5 mai 1951, *J.T.*, 1951, p. 369 (opération de l'index au lieu de l'annulaire) ; Civ. Hasselt, 3 avril 1973, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9.218 et 9.268 (opération de l'appendice au lieu de l'enlèvement d'une tumeur à l'orteil...) ; Corr. Bruges, 15 janvier 1990, *T. Gez.*, 1989, p. 292 (amputation de la jambe erronée) ; Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 307 (intervention sur le genou erroné).

vention ; il existe assurément une tendance à retenir en la matière une *obligation de moyens renforcée*, appréciée avec davantage de rigueur, précisément en raison de l'absence apparente de véritable but thérapeutique, ainsi qu'on l'observe en droit français¹⁸⁸. Il ne convient toutefois pas d'opérer une distinction entre les interventions réparatrices ou de convenance, et de faire dépendre la portée et l'intensité de l'obligation pesant sur le médecin des *motifs* pour lesquels le patient se soumet à l'intervention : le chirurgien plasticien reste en principe astreint de façon générale à une obligation de *moyens*, sauf exceptions fondées sur les causes précédemment décrites¹⁸⁹ ; ceci se justifie d'autant plus que ce type d'intervention présente, comme tout acte de chirurgie, un caractère aléatoire incompatible avec la reconnaissance d'une obligation de résultat. En revanche, l'étendue de l'information est ici rigidifiée, notamment quant aux risques courus, même exceptionnels, tant il est certain que, ainsi qu'on l'a rappelé ci-dessus, l'acuité de cette exigence dépend notamment du caractère plus ou moins nécessaire de l'intervention projetée¹⁹⁰.

B. *L'obligation de sécurité*

44. Lorsqu'un patient contracte avec une institution hospitalière – ceci concerne moins les praticiens libéraux –, il conclut à titre principal un *contrat d'hospitalisation*, en vertu duquel l'hôpital s'engage à assurer *l'hébergement du patient* en mettant à sa disposition son infrastructure médicale et hôtelière¹⁹¹ et à lui fournir les soins adaptés à son état de santé, en échange d'une rémunération de ces prestations. Mais sur ce contrat principal se greffent d'autres obligations, voire des conventions distinctes. Il va tout d'abord de soi que l'hôpital est tenu à une obligation *d'assurer la sécurité du malade au cours de son séjour* ; c'est en principe une obligation de *moyens*, mais qui peut, selon les circonstances, deve-

¹⁸⁸ Pour un bilan, P. SARGOS, « Le centenaire jurisprudentiel de la chirurgie esthétique : permanences de fond, dissonances factuelles et prospective », *D.*, 2012, p. 2903.

¹⁸⁹ Anvers, 14 avril 2008, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 312, note ; Gand, 9 février 2012, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 26, et la note très complète d'I. VRANCKEN.

¹⁹⁰ Civ. Bruxelles, 1^{er} avril 1993, *R.G.D.C.*, 1993, p. 483 ; comp. Liège, 11 octobre 2007, *R.R.D.*, 2008, p. 28 (même dans le cas d'une opération d'ordre essentiellement esthétique, l'absence d'indication d'un risque extrêmement minime n'était pas fautive ; tout au plus peut-il être reproché au médecin d'avoir banalisé l'acte qui allait être posé, en ne fournissant notamment pas de précisions suffisantes quant aux séquences des différents gestes chirurgicaux et quant à leur durée ; en tout état de cause, le lien de causalité entre cette information limitée et le dommage du patient n'est pas démontré). Voy. désormais la loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique, ainsi que la publicité et l'information relative à ces actes, laquelle ne permet toutefois pas de qualifier – sauf précisément, sans doute, en ce qui concerne l'information détaillée requise par l'article 18 – les obligations du praticien d'obligations de résultat.

¹⁹¹ En ce compris sur le plan alimentaire : Gand, 6 février 2014, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 187, note T. VANSWEEVELT (intoxication alimentaire due à de la viande crue contaminée, provoquant un coma et des lésions permanentes ; manquement de l'hôpital à son obligation de sécurité ; à cette faute contractuelle s'ajoute sa responsabilité aquilienne en tant que gardien d'une chose viciée ; absence de preuve que la contamination est l'œuvre d'un tiers, et notamment qu'elle était déjà présente au moment de la livraison).

nir de résultat. Il importe en effet de ne pas confondre la notion d'obligation de *sécurité* (qualification qui décrit son contenu, sa teneur, sa consistance) avec celles d'obligation de moyens ou de résultat (qui concernent son *intensité*). La *sécurité physique* du patient, notamment contre les chutes qu'il pourrait, en fonction de son état, encourir à l'occasion des soins qu'il reçoit, constitue au premier chef l'objet de cette obligation de sécurité, et le premier domaine où la jurisprudence n'hésita pas à la reconnaître. L'hôpital doit également veiller à protéger le patient contre les agissements des autres patients ou de tiers. Si 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 et des soins – pour éviter tout accident.

Ainsi que le pose le Tribunal de première instance de Bruxelles, «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. 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»¹⁹². Il est rare que cette obligation soit considérée comme étant de résultat; l'analyse – qui concerne surtout des chutes de lits ou de tables d'examen ou d'opération – s'effectue au cas par cas. La jurisprudence prend le plus souvent soin d'épingler une véritable *négligence*, soit à la charge de l'hôpital pour manquement à son devoir de prudence spécifique, soit à celle du médecin qui n'informe pas le patient du risque de chute, soit encore à celle de l'infirmier qui néglige de l'aider à descendre de la table, le tout à condition évidemment que le patient l'établisse; on en donnera quelques illustrations¹⁹³.

¹⁹² Civ. Bruxelles, 21 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1530, *R.G.A.R.*, 1998, n° 12.980, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 42 (patient « atteint de tabagisme et d'éthylisme » qui mit le feu à son matelas et à sa literie en fumant une cigarette au lit; deux tiers de la responsabilité sont mis à sa charge et un tiers à celle de l'hôpital). À l'égard d'un patient qui n'est pas désorienté, agité ou incapable de se gérer seul, la jurisprudence tend à se contenter du constat que l'établissement hospitalier a pris toutes les mesures raisonnablement nécessaires, en fonction des éléments spécifiques de la cause, pour éviter un accident; cf., p. ex., Civ. Liège, 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1743, somm. (chute d'une patiente de 71 ans qui, après avoir subi le placement d'une prothèse au genou, a quitté son lit sans assistance alors qu'elle avait été informée qu'elle ne pouvait le faire); comp. Gand, 14 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 185, note W. VAN NOPPEN.

¹⁹³ Liège, 21 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1180 (chute d'un patient de 87 ans hospitalisé en urgence pour une gastro-entérite avec troubles d'orientation spatio-temporels et placé dans un lit non pourvu de barrières de sécurité et sans surveillance spécifique; rapp. Civ. Anvers, 23 février 1995, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 112); Corr. Bruxelles, 24 février 2014, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.096, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 230, note

45. L'obligation de sécurité se rencontre particulièrement en milieu *psychiatrique* : la surveillance des malades mentaux fait, en effet, davantage partie du *traitement proprement dit* que de ses aspects périphériques, d'autant qu'il s'agit généralement d'un traitement à long terme, et non ponctuel. La surveillance doit alors 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 ici apparaître en filigrane les notions de risque et de précaution. On attend de l'institution qu'elle réduise ce risque au maximum¹⁹⁴. S'il est certain que, comme tout médecin, le psychiatre contracte une obligation de *moyens* – l'insuccès d'une thérapie ne peut lui être imputé à faute s'il a fait preuve de la diligence professionnelle nécessaire –, y compris s'agissant de cette obligation de sécurité, il reste que celle-ci peut être appréciée avec *davantage de rigueur*, en tenant compte notamment des antécédents spécifiques du malade considéré, et qu'elle nécessite l'adoption de mesures de précaution particulières¹⁹⁵. On distinguera la surveillance du *traitement*, qui incombe au psychiatre, et la surveillance de son *exécution matérielle*, en ce compris l'obligation d'assurer la sécurité physique du malade,

B. FOSSÉPREZ et, en appel, Bruxelles, 26 juin 2015, R.G.A.R., 2015, n° 15.239 (responsabilité pénale d'un hôpital pour défaut de prévoyance quant aux mesures de contention nécessaires); Bruxelles, 16 mars 1995, R.G.A.R., 1997, n° 12.750, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 105, note R. VERMEIREN (chute en descendant d'une table d'examen radiographique; faute par imprudence du médecin qui s'est abstenu d'informer la malade du risque éventuel de malaise et de chute); Gand, 15 mai 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 345, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 262 (chute en descendant d'une table de scanner, faute de l'infirmier; rappr. Liège, 5 janvier 2012, R.G.A.R., 2012, n° 14.868); Civ. Liège, 24 juin 2003, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 259 (chute dans une douche, pas de faute); Civ. Liège, 9 mai 2007, R.G.A.R., 2009, n° 14.461 (pas de faute de la clinique qui a pris toutes les précautions utiles pour garantir la sécurité de la patiente); Bruxelles, 18 janvier 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 347 (pas de responsabilité du médecin pour une glissade du patient dans son cabinet); Anvers, 16 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 221 (exercices de kinésithérapie); Anvers, 14 septembre 1998, *Limb. Rechtsl.*, 1998, p. 225, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 218 (faute de l'infirmière et de l'hôpital pour défaut de surveillance ayant permis la fuite par la fenêtre d'une personne de 73 ans, patient « assez confus » ayant subi une grave intervention chirurgicale; une vigilance plus qu'habituelle est de mise vis-à-vis de patients d'un service de soins intensifs); Anvers, 22 mai 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 386 (responsabilité de l'hôpital pour chute d'un brancard); Liège, 22 octobre 2014, *J.T.*, 2016, p. 147 (responsabilité d'une maison de repos pour manquement à son obligation de sécurité à l'occasion de la chute d'une résidente dans les escaliers; absence de faute *in concreto*, les normes d'encadrement de la résidence étant respectées et aucune consigne de surveillance rapprochée n'ayant été donnée au personnel soignant concernant la résidente en question).

¹⁹⁴ Cf., p. ex., Mons, 13 mai 2013, R.G.A.R., 2014, n° 15.105. Adde A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten », R.G.A.R., 1980, n° 10.151.

¹⁹⁵ La Cour de cassation le confirme dans un arrêt du 8 octobre 1999 rejetant le pourvoi contre Mons, 28 avril 1998 (*Bull. ass.*, 2003, p. 152, note V. DE SMET), à propos d'une patiente qui, de nuit, parvint à se jeter par la fenêtre de sa chambre: aucune faute ni du médecin psychiatre, ni du personnel de la clinique, mais l'obligation de moyens de la clinique psychiatrique, quant à la sécurité du malade, doit pour sa part être appréciée avec rigueur; la responsabilité de l'établissement de soins peut être recherchée sur la base d'une faute personnelle dans l'exécution de l'obligation contractuelle de faire donner convenablement les soins, et *in casu* la défenestration est due à l'inefficacité et au placement incorrect de la ceinture de contention, au mauvais aménagement des lieux et à la faiblesse des systèmes de fermeture des fenêtres.

qui pèse directement sur l'établissement de soins¹⁹⁶. Les exemples ne sont pas rares¹⁹⁷.

Compte tenu du principe d'appréciation *in concreto* des fautes et, partant, de l'étendue des obligations, il est certain que la bonne exécution du devoir de surveillance des patients psychiatriques – ou simplement âgés, impotents, désorientés ou confus – sera jugée en fonction des informations dont les soignants disposent quant à la situation particulière et aux antécédents de tel malade. Elle pourra notamment être alourdie lorsqu'il s'agit d'un patient dont les tendances suicidaires sont connues, car le risque est alors davantage prévisible¹⁹⁸. Ajoutons que le renvoi du patient à son domicile ou dans sa famille est ici une décision proprement médicale, située au terme du traitement mais qui en relève; une surveillance accrue sera alors souvent nécessaire en aval et le médecin doit veiller à l'organiser. On peut conclure qu'en règle, le psychiatre endosse une

¹⁹⁶ M.-N. VEYS, « *What's in a name? Is de toezichtsplicht van een psychiatrische instelling op een geesteszieke een inspannings- of een resultaatverbintenis?* », note sous Comm. Bruxelles, 31 mai 2005, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 400; du même auteur, *De wet patiëntenrechten in de psychiatrie*, Bruxelles, Larcier, 2008. Rappr. Corr. Bruges, 2 mai 2005, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 228, note M.-N. VEYS; Gand, 10 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 189, note W. VAN NOPPEN.

¹⁹⁷ Gand, 10 septembre 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 128 (l'hôpital et le personnel soignant doivent savoir qu'héberger au premier étage une patiente instable et agressive, avec une fenêtre facile à ouvrir juste à côté de son lit, comporte un risque qu'elle cède à son désir de fuite et est « irresponsable »; vu son état psychique, des mesures de précaution particulières en matière de surveillance devaient être prises); Anvers, 19 janvier 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 309; Anvers, 20 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 369 (*a contrario*); Civ. Tongres, 15 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 362; Civ. Bruges, 10 juin 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 41; Civ. Tongres, 13 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 313; Civ. Ypres, 7 avril 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 196 (obligation de sécurité de moyens « qui doit être appréciée avec la sévérité nécessaire »); Pol. Turnhout, 18 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 108 (le devoir de surveillance du centre psychiatrique n'est pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens; il faut donc, pour examiner s'il s'est bien acquitté de sa tâche, déterminer en premier lieu concrètement l'ampleur et l'intensité de la surveillance et du contrôle à exercer, lesquelles dépendent de la nature de l'affection ou de la gravité du handicap mental). En faveur d'une obligation de résultat, voy. Liège, 13^e ch., 2 février 2010, R.G. n° 2007/RG/953, inédit (l'institution de soins psychiatriques traitant une malade diagnostiquée comme atteinte de « confusion mentale et d'agitation psychomotrice » telles qu'une contention forcée constante est ordonnée, porte seule la charge de veiller à la sécurité de cette patiente par l'exécution parfaite de la contention ordonnée; cet acte oblige celui qui le pose à l'obtention du résultat voulu: une contention forcée du malade qui est immobilisé et ne peut plus effectuer les déplacements qu'il désire). P. MUylaert, « La responsabilité des hôpitaux dans la mise en œuvre des mesures de contraintes physiques et de contention », *Consilio*, 2013, p. 76.

¹⁹⁸ Cf., p. ex., Liège, 26 mars 1986, *T. Gez.*, 1985-1986, p. 444, note R. HEYLEN (responsabilité du psychiatre); comp. Gand, 15 avril 1985, *T. Gez.*, 1985-1986, p. 438, note R. HEYLEN, confirmant Civ. Bruges, 17 octobre 1983, *T. Gez.*, 1983-1984, p. 181 (responsabilité d'un hôpital général pour le suicide d'un patient, admis dans l'aile psychiatrique alors que ses tendances suicidaires avaient été communiquées par le psychiatre, qui avait proposé son admission dans un hôpital psychiatrique). Les précautions sont sur ce point en effet supérieures dans un service de psychiatrie; partant, si la patiente choisit consciemment de séjourner en neurologie et y fait une tentative de suicide, on ne peut rien reprocher ni à la clinique, ni au psychiatre traitant (Gand, 3 octobre 2002, *T.W.V.R.*, 2002, p. 75). La responsabilité pénale du médecin-chef du service psychiatrique peut être mise en cause, qu'elle soit retenue (Mons, 19 décembre 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 126, note N. COLETTE-BASECQZ) ou non (Corr. Hainaut, div. Mons, 7 janvier 2015, et Mons, 25 septembre 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, pp. 402 et 406, note N. COLETTE-BASECQZ).

responsabilité plus grande que l'institution et relativement lourde en soi, en adéquation avec le rôle éminent que la société lui confie ; ses obligations restent de moyennes, mais sont renforcées.

§ 3. Typologie exemplative de fautes retenues

46. Nous allons ici relever quelques exemples de comportements jugés fautifs et ayant entraîné la responsabilité du praticien, en tentant çà et là de dégager des règles juridiques plus générales, susceptibles d'englober une pluralité de situations¹⁹⁹. Il est en soi certain qu'un mauvais diagnostic, un choix de traitement ou de médicament discutable²⁰⁰, l'irrespect des indications données par le patient, une maladresse technique, une imprudence, un retard de réaction excessif, un suivi postopératoire 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 externe ou contextuelle et s'ils sont considérés comme enfreignant la norme de diligence, le préjudice subséquent ne pourra être attribué à l'aléa.

A. Erreur de diagnostic

47. C'est une source quantitativement importante de responsabilité, qui suppose d'apprécier le comportement du médecin par rapport à la norme abstraite de diligence imposée à tout médecin établissant un diagnostic : le patient devra prouver non seulement que le diagnostic n'était pas le bon, mais que le médecin aurait dû prendre d'autres avis ou faire d'autres examens, le principe étant

¹⁹⁹ Au surplus, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., spéc. pp. 434-470 ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, et les pages 1273-1504 du volume I de l'inestimable somme qu'est le *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. 1 : Le fait générateur et le lien causal*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 812-836 et spéc. pp. 770-868 sur « la responsabilité des professionnels de la santé ». En France, les précieux recueils *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), 2^e éd., Paris, LGDJ, 2014, et C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016. Nous ne revenons pas ici sur la responsabilité pour manquement au devoir médical d'information (voy. *supra*, section 1).

²⁰⁰ Ou une combinaison de médicaments : Anvers, 18 juin 2001, R.G.D.C., 2003, p. 456. Responsabilité liée aux médicaments : C. DELFORGE, « La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments », R.G.D.C., 2003, p. 369 ; C. DELFORGE, « Le consommateur et la responsabilité du fait des produits de santé », D.C.C.R., 2013, n^{os} 100-101, p. 37 ; C. DELFORGE, « Médicaments dangereux : qui est responsable de quels défauts ? », *Consilio*, 2014, p. 86 ; J.-L. FAGNART, « La conception des produits pharmaceutiques. Précautions et responsabilité », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 749 ; I. LUTTE, « Le médicament : de sa prescription à sa consommation. Un nouvel enjeu de responsabilité », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Anthemis/Bruylant, 2008, p. 747 ; et O. MIGNOLET (dir.), le *Traité de droit pharmaceutique. La commercialisation des médicaments à usage humain*, Kluwer, 2011. Sur la responsabilité spécifique du pharmacien à cet égard, Corr. Tongres, 21 novembre 2002, J.L.M.B., 2006 (somm.), p. 1204, R.W., 2005-2006, p. 865, note S. VAN OVERBEKE (délivrance d'un médicament à un patient sans recevoir l'ordonnance nécessaire ; pas de responsabilité du pharmacien pour le dommage qui résulte de l'utilisation impropre de ce médicament par le patient).

qu'il est fautif s'il n'a pas utilisé tous les moyens ni fait preuve de la diligence nécessaire pour identifier le mal dont souffre le malade. Il est dès lors constant 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 réelle marge d'appréciation ; il peut commettre des erreurs ou des mauvaises appréciations, sans que cela constitue une faute. Il y aura lieu 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'éviter²⁰¹. Les solutions adoptées dépendent étroitement des circonstances de fait de chaque espèce – notamment la complexité et l'ambiguïté des symptômes, le caractère exceptionnel de la maladie, la connaissance par le médecin des antécédents spécifiques du patient – et de l'état des connaissances scientifiques au moment où le diagnostic a été posé. Le médecin doit penser à toutes les éventualités raisonnablement envisageables pouvant entraîner les symptômes qu'il constate²⁰² et à toute évolution funeste qui peut être redoutée ; il se doit d'être *proactif*.

48. L'erreur fautive de diagnostic doit être soigneusement distinguée de la *non-assistance à personne en danger*, ainsi que l'a expliqué la Cour de cassation en recadrant, dans un important arrêt du 7 novembre 2012, particulièrement didactique, cette incrimination dont les contours sont stricts. Les articles 422bis et 422ter du Code pénal punissent, au titre des « abstentions coupables », d'une part, « celui qui s'abstient de venir en aide ou de procurer une aide à une personne exposée à un péril grave » alors qu'il « pouvait intervenir sans danger

²⁰¹ Outre les arrêts cités ci-après, Gand, 24 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 224, note H. ULRICHTS ; Mons, 23 décembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 371 (médecin de garde insuffisamment attentif aux signes alarmants et qui ne prend dès lors pas les mesures nécessaires). De façon générale, la jurisprudence considère que « le médecin commet une faute lorsqu'il ne pratique pas ou n'ordonne pas les examens qui permettraient de déceler l'origine des maux dont souffre son patient, et que ces carences sont incompatibles avec le critère du médecin normalement diligent et avisé » (Mons, 13 décembre 1983, *R.G.A.R.*, 1985, n° 10.930, *R.R.D.*, 1984, p. 175, note X. DIJON). Mais, par exemple, l'hypoglycémie d'un nouveau-né peut légitimement être confondue avec un simple rhume (Mons, 22 mars 2013, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 118, note M. EGGERMONT). Dans les cas les plus graves, une telle négligence peut entraîner sa responsabilité pénale ; cf., p. ex., Corr. Bruxelles, 2 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1193, somm. (faute constitutive du délit d'homicide involontaire en relation de causalité avec le décès de la victime) et, en appel, Bruxelles, 16 juin 2009, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.631, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 317, note N. BLAISE ; rappr. Corr. Hasselt, 9 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 258.

²⁰² Civ. Termonde, 7 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 238 (erreur de diagnostic du médecin traitant car il est « apparu que les maux sévères dans le bas-ventre étaient présumés provenir d'une rotation possible du cordon spermatique, décrite dans tous les manuels élémentaires de pathologie ») ; Civ. Gand, 14 octobre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 23, note D. VERHOEVEN (concluant à l'absence de faute).

sérieux pour lui-même ou pour autrui » et, d'autre part, « celui qui, le pouvant sans danger sérieux pour lui-même ou pour autrui, refuse ou néglige de porter à une personne en péril le secours dont il est légalement requis » ou qui « refuse ou néglige de faire les travaux, le service, ou de prêter le secours dont il aura été requis dans les circonstances d'accidents » au sens large du terme²⁰³. Ces dispositions sont d'une grande importance, notamment en matière médicale où elles trouvent particulièrement à s'appliquer²⁰⁴. Le médecin est en effet, par définition et en vertu de sa profession, plus que quiconque apte à agir et, donc, *tenu d'intervenir* pour sauvegarder la santé et la vie de toute personne, fût-ce parfois *contre le gré de celle-ci*. Cette obligation personnelle qui pèse sur lui est susceptible – dans certaines hypothèses, mais assurément pas de manière générale et en règle – de constituer une *exception à la règle du consentement éclairé du patient*²⁰⁵.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation commence par rappeler que ce délit suppose, outre la connaissance du péril grave et actuel auquel la victime est exposée, le *refus intentionnel* de lui apporter l'aide apte à conjurer ce danger dans la mesure du possible; au titre de cette infraction, la loi punit, indique la Cour, « l'inertie consciente et volontaire, le refus égoïste de porter secours, et non l'inefficacité, la maladresse ou l'inadéquation de l'aide procurée sur la base d'une erreur d'appréciation ou de diagnostic »²⁰⁶. Reprenant dans sa motivation – de manière assez inhabituelle – l'essentiel des constatations factuelles détaillées de l'arrêt attaqué, elle conclut que, « s'il peut éventuellement se déduire, de l'activité [du médecin] telle que les juges d'appel l'ont décrite, que ses interventions *n'ont pas atteint le niveau de qualité ou d'efficacité attendu* d'un médecin normalement compétent et diligent placé dans les mêmes circonstances, il ne saurait en être inféré qu'elle n'a rien fait, s'est désintéressée sciemment du cas ou a voulu priver la per-

²⁰³ En doctrine, I. DE LA SERNA, « Les absentions coupables », in *Les infractions*, vol. 2 « Les infractions contre les personnes », Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 545-583; J. DU JARDIN, « Schuldig verzuim », in *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, f. mob., 2007; du même auteur, « Actuele bedenkingen over het schuldig verzuim bij de geneeskundige hulpverlening », in *De wetgeving inzake dringende geneeskundige hulpverlening*, coll. Recht en Gezondheidszorg, Mys & Breesch, 1995, p. 7; A. JACOBS et A. MASSET, « Abstentions coupables », in *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Kluwer, f. mob., 2006; et, instructif car comprenant maints exemples et considérations relatifs aux médecins, H. VUYE, « Schuldig hulpverzuim. Analyse van artikel 422bis Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht », in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Kluwer, 2001, p. 431.

²⁰⁴ Pour un exemple: Cass., 26 mai 2009, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 58, note E.D. Le juge du fond apprécie souverainement en fait l'existence des éléments constitutifs de l'infraction (Cass., 23 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 951, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 261, note E. DELBEKE, *T. Strafr.*, 2010, p. 334, note J. VAN GAEVER).

²⁰⁵ J. PROESMANS, « Veronderstelde toestemming ingeval van spoedhulp », *Jura Falc.*, 2007-2008, p. 421; adde T. GOFFIN, « Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem », *R.W.*, 2007-2008, p. 1306.

²⁰⁶ Cass., 7 novembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2162, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 310 (mise en évidence ajoutée). Pour un pertinent recadrage pénal, sous cet arrêt ainsi que sous l'arrêt cassé (Bruxelles, 20 avril 2012), N. COLETTE-BASECQZ, « L'erreure fautive de diagnostic n'est pas assimilable à l'abstention coupable de porter secours à personne en danger », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 312-318.

sonne en péril de l'assistance qui lui était nécessaire ». L'arrêt attaqué, qui « ne constate pas que le défaut d'application des soins spécifiques qu'appelait la maladie ait été le fruit d'une *décision prise par [le médecin] après avoir identifié correctement la pathologie à combattre* », encourt la cassation : « le fait de n'avoir compris que tardivement la nature réelle de l'infection, nonobstant les avis recueillis et les observations effectuées ou qui auraient pu l'être, ainsi que *l'inadéquation des mesures engendrées par une perception inexacte de l'état de la malade*, peuvent, le cas échéant, constituer un comportement inattendu de la part d'un médecin assistant de garde dans un service de soins intensifs », mais « ces faits ne sauraient s'analyser pour autant comme étant constitutifs du refus délictueux de porter secours, visé par l'article 422bis du Code pénal »²⁰⁷.

49. Le diagnostic commence en principe par un *interrogatoire fouillé du patient* sur la nature de son mal (origine, symptômes, etc.) et ses antécédents médicaux, qui peuvent permettre non seulement d'orienter le diagnostic, mais aussi de déceler d'éventuelles contre-indications²⁰⁸. À l'anamnèse, le patient doit fournir le plus de renseignements possible ; le cas échéant, il peut commettre lui-même une faute, susceptible de rompre le lien causal, s'il tait certains éléments qu'il devait révéler. La consultation du *dossier médical* peut également se révéler essentielle. Cet entretien est complété par un *examen corporel*. Si l'un ou l'autre sont mal conduits, superficiels ou bâclés, le médecin peut voir sa responsabilité engagée. 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 ; s'il pose un diagnostic erroné, cela peut priver le patient d'une chance d'échapper aux conséquences de l'affection dont il est atteint²⁰⁹. En revanche, une erreur lors d'un diagnostic difficile ne peut être imputée à faute à un médecin généraliste, pourvu que celui-ci ait effectué tous les examens indispensables et en rapport avec les symptômes correspondants²¹⁰. La Cour d'appel de Liège a fourni quelques illustrations instructives de ces principes²¹¹.

²⁰⁷ Cass., 7 novembre 2012, précité. À noter qu'il y eut dans cette triste affaire une seconde cassation, pour d'autres motifs (Cass., 29 octobre 2014, R.G.A.R., 2015, n° 15.183, concl. de M. l'avocat général VANDERMEERSCH).

²⁰⁸ Cf., p. ex., Corr. Malines, 7 avril 2006, *Bull. ass.*, 2009, p. 322.

²⁰⁹ Liège, 23 décembre 1997, R.G.A.R., 1999, n° 13.168.

²¹⁰ Civ. Anvers, 9 novembre 2007, *Bull. ass.*, 2008, p. 324 ; *adde* Anvers, 15 décembre 2003, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 397.

²¹¹ Liège, 20 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1075, note L. VAN GOSSUM, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 182, note N. COLETTE-BASECQZ (diagnostic posé « sans qu'il ait procédé à l'examen approfondi que les circonstances imposent impérieusement et que la pratique médicale exige normalement », mais pas de responsabilité du médecin, car « le patient a tu au médecin une série de renseignements indispensables » et le médecin « a, en fonction de toutes les circonstances qu'il pouvait scientifiquement et humainement connaître, opté pour une solution parfaitement admissible »); Liège, 3 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 742, *Rev. dr. santé*, 1996-1997 p. 30 ; G. SCHAMPS, « L'établissement d'un diagnostic à distance et la responsabilité médicale », *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 8 ; Liège, 19 janvier 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 38 (responsabilité conjointe d'un chirurgien et d'un radiologue à l'occasion d'une perforation œsophagienne tardivement diagnostiquée par le premier et dont le second ne l'avait pas informé).

Appliqués à l'épineuse question du *diagnostic prénatal*, les principes précités veulent que l'absence de dépistage d'une anomalie fœtale soit 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 »²¹².

50. Il se peut que le diagnostic soit correctement posé, mais intervienne *trop tard*. Le dommage dont souffrira le patient dans cette hypothèse pourra consister en la *perte d'une chance* de guérir plus vite ou dans de meilleures conditions²¹³; c'est du reste un diagnostic tardif et négligent qui est à l'origine de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1984 dans lequel on a pu voir une consécration « pleine et entière » par celle-ci de la théorie de la perte d'une chance de guérison ou de survie (« relation de cause à effet entre les fautes d'un médecin et la perte des chances qu'avait la victime d'un accident de ne pas être amputée ou de l'être d'une manière moins importante », fautes jugées comme étant « à l'origine du dommage »), alors qu'il apparaît que, dans cet arrêt, la Cour de cassation a exercé son contrôle davantage sur la *caractérisation du lien causal* que sur la consistance du préjudice tel que le juge du fond l'avait décrit. Ceci permet, d'emblée, d'en relativiser l'importance – que d'aucuns ont estimée décisive – quant à l'admission dans le domaine de la responsabilité médicale de la théorie de la perte d'une chance, laquelle est un *type particulier de dommage* et n'a rien à voir avec la certitude qui doit prévaloir sur le plan causal²¹⁴.

²¹² Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 380, *R.G.D.C.*, 2006, p. 108, note R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ (« les fautes de diagnostic et de dépistage sont alléguées avec vraisemblance mais pas avec la certitude requise pour qu'une condamnation puisse en résulter »); Civ. Liège, 28 juin 2005, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 43, note G.S., *Bull. ass.*, 2007, p. 466, note J. DE SMET (la faute ne naît qu'avec le caractère *anormal* de l'erreur; l'expert doit se placer dans les circonstances de temps et de lieu où les faits se sont produits, sans céder à la tentation de les juger *a posteriori* à la lumière d'éléments d'information et d'appréciation dont ne pouvait disposer l'urgentiste au moment de poser le diagnostic critiqué; la certitude du lien causal ne doit toutefois pas être absolue, un degré élevé de vraisemblance pouvant être suffisant et la certitude étant alors judiciaire).

²¹³ Anvers, 30 juin 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 126 (faute de diagnostic d'un gynécologue et retard à demander un avis d'un neurologue; lorsque le dommage n'aurait pas pu être évité par un diagnostic et un traitement posés à temps, mais que cela aurait permis une *meilleure récupération*, une indemnité pour la *perte de chance d'amélioration* peut être accordée); dans le même sens, Civ. Liège, 15 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2004, nos 13.828 et 13.831 (absence de recours par un gynécologue à une biopsie, méthode d'investigation banale, avec pour conséquence un retard d'au moins quatre mois dans le diagnostic d'une tumeur cancéreuse du col utérin devenue fatale; faute ayant entraîné la perte d'une chance de survie, voire de guérison); *adde* Civ. Neufchâteau, 4 mai 2007, *Bull. ass.*, 2008, p. 436 (dommage causé par un retard de diagnostic qui est le résultat des erreurs conjuguées commises par deux médecins).

²¹⁴ Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 548, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11.084, note T. VANSWEEVELT.

Le médecin n'est pas tenu de diagnostiquer une affection *tout à fait exceptionnelle*, du moins lorsque le juge estimera qu'un médecin normalement compétent et diligent n'y aurait pas non plus pensé. On ne peut pas davantage lui reprocher une faute de diagnostic lorsque le patient a *tu certaines informations importantes* sur son état, l'origine de ses troubles ou ses antécédents médicaux, dès lors que l'examen par un tel médecin n'aurait alors pas non plus permis de déceler l'information erronée ou incomplète²¹⁵. Le médecin ne doit pas se limiter au seul organe ou au seul endroit du corps dont se plaint le patient ; il doit savoir quelles autres parties du corps sont susceptibles d'être endommagées et, partant, doivent être examinées, compte tenu des circonstances et de l'état général du malade, et doit penser aux questions à poser à ce dernier et aux vérifications à opérer d'initiative ; il se doit d'adopter une attitude *proactive*. Enfin, en vue d'affiner le diagnostic, il est souvent nécessaire de compléter l'examen corporel par des examens particuliers qui, souvent, constituent déjà des actes médicaux qui comportent des risques spécifiques ; ils sont dès lors régis par les mêmes principes juridiques que le traitement proprement dit. *Ne pas prescrire un examen utile* peut être constitutif de faute, tout comme le fait de laisser effectuer un examen par un *infirmier*, même spécialisé, sans vérifier soi-même le résultat²¹⁶.

51. Il se peut que l'examen destiné à établir le diagnostic *comporte en lui-même certains risques*. Sous peine de voir sa responsabilité éventuellement engagée, le médecin veillera alors à prendre en considération deux règles déjà examinées : d'abord, l'obligation générale d'*informer le patient*, sans masquer ni minimiser les risques, mais en les présentant avec doigté et sans brusquerie, et de recueillir son *consentement* au sujet de l'examen proposé ; ensuite, le *principe de proportionnalité* entre les risques de l'examen et l'avantage escompté. Si l'examen devant être pratiqué est en soi dangereux et risqué, le médecin court un risque moins grand de voir sa responsabilité mise en cause s'il ne l'effectue pas ; il ne pratiquera un tel examen qu'avec circonspection, en tenant compte notamment de la gravité de l'affection dont souffre le patient, de l'opinion qu'il a déjà pu se forger quant au diagnostic, de la possibilité éventuelle de recourir à un examen moins dangereux, etc.²¹⁷.

Ces principes sont toutefois à concilier avec la *liberté diagnostique et thérapeutique* dont jouit le médecin ; en règle, c'est lui qui choisit l'examen à pratiquer en

²¹⁵ Liège, 20 octobre 1994, et Corr. Malines, 7 avril 2006, précités.

²¹⁶ Liège, 25 juin 1986, *J.L.*, 1986, p. 674 ; pourvoi en cassation rejeté par Cass., 11 février 1987, *Rev. dr. pén.*, 1987, p. 812, concl. de M. l'avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN, note C. HENNAU-HUBLET, *T. Gez.*, 1987, p. 41, note ANDRÉ, *J.T.*, 1987, p. 738, note F. KÉFER, *J.L.M.B.*, 1987, p. 630, note M. PREUMONT. Cet important arrêt concerne la responsabilité pénale au moment de la naissance ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 660-662 ; J.-L. FAGNART, « La sage-femme face à ses responsabilités », in G. GENICOT (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, p. 107. Adde Mons, 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 307 (somm.).

²¹⁷ Civ. Anvers, 9 novembre 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 1336, note T. VANSWEEVELT.

vue de poser son diagnostic, au vu des circonstances propres à chaque cas. Cette liberté fondamentale n'est pas absolue, mais elle demeure et doit être constamment affirmée. Il peut arriver que, pour éviter le risque que sa responsabilité soit recherchée, le médecin veuille « en faire trop » ou à l'inverse « pas assez », c'est-à-dire soit pratiquer *plus d'examens qu'il n'est nécessaire* (« médecine défensive positive », attitude visant à éviter qu'on lui reproche ensuite de n'avoir pas tout mis en œuvre), soit *refuser d'effectuer des examens utiles, mais risqués* (« médecine défensive négative », dans le but d'éviter la survenance du risque en question), ce qui constitue un effet pervers de la responsabilisation croissante des médecins et induit le risque qu'ils ne se laissent plus guider par le seul intérêt du patient.

52. Enfin, le *diagnostic par téléphone et à distance* représente un point particulier qui pourrait être amené à connaître des développements et affinements sensibles avec l'avènement des diverses formes de télémédecine, notamment les appareils et logiciels permettant aux malades chroniques de surveiller eux-mêmes leurs paramètres à domicile²¹⁸. Il arrive évidemment très fréquemment qu'un médecin généraliste soit appelé par téléphone pour donner un conseil ou, surtout, effectuer une visite à domicile. Il n'est *pas tenu* de se rendre au chevet du malade, à tout le moins sans désespérer; cela serait naturellement irréaliste. Il lui appartient de planifier ses déplacements et donc de sélectionner les cas les plus urgents, ce qui suppose à tout le moins un « prédiagnostic » par téléphone, susceptible de conduire au refus de se déplacer dans certains cas²¹⁹.

Le médecin doit se montrer particulièrement prudent à cet égard, car il va de soi qu'un diagnostic correct implique généralement l'examen direct du malade; il doit garder à l'esprit que sa responsabilité pourrait être mise en cause si un refus de déplacement ou un déplacement tardif s'avéraient dommageables. S'il donne un premier avis par téléphone, donc sans examen corporel approfondi, en vue de prêter dûment assistance à un patient qu'il sait – ou doit raisonnablement savoir – être en danger, le médecin doit poser des questions plus nombreuses et plus précises pour forger son opinion, et il va de soi que le malade doit y répondre sérieusement et complètement²²⁰. Son attitude dépendra essentiellement des circonstances de fait, et son obligation d'investigation variera notamment selon qu'il connaît plus ou moins bien le patient et ses antécédents; il devra se montrer prudent s'il prescrit une thérapie à un patient

²¹⁸ Voy. G. SCHAMPS, « L'établissement d'un diagnostic à distance et la responsabilité médicale », *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 8; S. CALLENS et J. TER HEERDT, « Juridische beschouwingen bij telegeneeskunde », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 310. Adde J.-M. CROELS, *Le droit des obligations à l'épreuve de la télémédecine*, P.U. Aix-Marseille, 2006.

²¹⁹ Aux termes de l'article 118 du Code de déontologie, le médecin ne peut se soustraire à un appel urgent qu'après avoir acquis la conviction qu'il n'y a pas de réel danger ou que s'il est retenu par une urgence d'au moins égale importance.

²²⁰ Civ. Anvers, 30 novembre 1987, *T. Gez.*, 1990, p. 213, note T. VANSWEEVELT; Bruxelles, 18 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 51 (faute professionnelle inexcusable commise par un pédiatre); Liège, 3 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 742, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 30.

qu'il ne connaît pas. À ceci fait écho la question du « triage médical », notamment dans les services d'urgence, visant à identifier les patients nécessitant les soins les plus urgents²²¹.

B. Choix du traitement

53. Le point de départ est ici la *liberté thérapeutique de principe* dont dispose le médecin dans « le choix des moyens à mettre en œuvre, soit pour l'établissement du diagnostic, soit pour l'institution du traitement et son exécution, soit pour l'exécution des préparations magistrales »²²², dont on peut considérer qu'elle découle d'une manière générale tant de *l'autonomie contractuelle* (liberté des parties quant à la détermination de l'objet et du contenu de leur contrat) que du droit du patient à la *protection de son intégrité physique*, couplé à celui de disposer de son corps. Le Conseil d'État a consacré le principe de la liberté thérapeutique²²³ en tant que règle garantissant à tout praticien de l'art de guérir le libre choix des thérapies à appliquer aux patients qui le consultent; cette règle n'a toutefois pas la valeur d'un principe général du droit, et une sanction disciplinaire pour abus de liberté thérapeutique est possible²²⁴.

Le médecin apprécie *en conscience* les soins qu'il dispense au patient. Il peut refuser d'administrer le traitement sollicité s'il n'emporte pas sa conviction professionnelle, voire s'il est contraire à ses opinions philosophiques : c'est la *clause de conscience*, expressément prévue en matière d'avortement, d'euthanasie ou de procréation médicalement assistée. Le Code de déontologie l'autorise, « hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, [à] refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles »; il doit « s'efforcer d'éclairer son malade sur les raisons de toute mesure diagnostique ou thérapeutique proposée » et « ne prendra que des décisions dictées par sa science et sa conscience »²²⁵. Ainsi qu'on l'a rappelé, il doit en règle respecter le

²²¹ C. DE RIDDER, « Aansprakelijkheid bij medische triage », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 6.

²²² Art. 31, al. 1^{er}, de la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé; l'article 36 du Code de déontologie médicale proclame également le principe de la liberté diagnostique et thérapeutique du médecin, en assortissant de balises et restrictions.

²²³ C.E., 29 juillet 1994, *R.A.C.E.*, 1994, n° 48.689; C.E., 23 décembre 1993, *R.A.C.E.*, 1993, n° 45.471, *A.P.T.*, 1994, p. 48, avis B. HAUBERT. Ces arrêts concernent des dispositions du Code de déontologie visant la prévention des assuétudes, depuis lors modifiées. *Adde* C.E., arrêts n° 28.124 du 19 juin 1987 et n° 54.802 du 16 août 1995, *T. Gem.*, 1996 (abrégé), p. 43.

²²⁴ Cass., 13 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 317, *R.W.*, 1986-1987, p. 2022; pareil abus ne requiert aucun dol (Cass., 5 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 289).

²²⁵ Art. 28, 29 et 32; Gand, 10 septembre 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 128. Sur la clause de conscience, qui entraîne un débat particulièrement vif en ce qui concerne les questions touchant à la fin de vie et notamment à l'euthanasie (cf. l'avis du Comité consultatif de Bioéthique n° 59 du 27 janvier 2014 relatif aux aspects éthiques de l'application de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, spéc. pp. 13-34), E. MONTERO, « La loi contre la conscience : réflexions autour de l'objection de conscience », in *Jérusalem, Athènes, Rome. Liber amicorum Xavier Dijon*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 163; G. ROUSSET, « La clause de conscience dans le domaine de la santé, une notion à la croisée des chemins », in V. FORTIER et F. VIALLA (dir.), *La religion dans les établissements de santé*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2013, p. 289;

choix du patient de ne pas se voir appliquer un traitement donné (art. 8, § 4, de la loi relative aux droits du patient); s'il estime que ce choix porte préjudice à la santé du malade, il est tenu de l'en avertir et de tenter de le convaincre, mais, s'il n'y parvient pas, il doit *s'abstenir d'intervenir*, le malade étant maître de son corps et libre de refuser les soins suggérés; *l'urgence ou la nécessité* sont, bien sûr, de nature à tempérer cette règle²²⁶.

54. D'une façon générale, le médecin doit opter pour le traitement *le plus efficace* et qui comporte *le moins de risques*, par application du critère de proportionnalité. Sa décision à cet égard n'est pas complètement discrétionnaire et est susceptible de faire l'objet d'un contrôle, à l'aune de la notion juridique de faute. On répétera ici que le médecin doit *informer le patient* sur les risques inhérents au traitement choisi (possibilité d'échec, effets secondaires, complications possibles, etc.), spécialement s'il opte pour un traitement moins efficace ou plus incertain²²⁷. Il s'agira pour le surplus de *justifier*, dans le cadre d'une action en responsabilité, le choix du traitement exécuté, au regard du principe de liberté thérapeutique et de l'état de la science à l'époque de la prise de décision.

Les fautes concernent surtout une mauvaise appréhension par le médecin du nécessaire *équilibre* entre les risques courus et le bénéfice escompté : l'utilité du traitement ou de la prescription doit, en effet, être envisagée en fonction de leur effet thérapeutique et des risques qui y sont liés. Si ces risques sont élevés, la responsabilité pourra être retenue si le médecin n'a pas pratiqué d'exams préliminaires suffisants ni envisagé de thérapies alternatives²²⁸. Il y a là non pas

D. FENOUILLET, « Conscience et droit. Liberté et responsabilité », in F. TERRÉ (dir.), *Regards sur le droit*, Paris, Dalloz, Académie des sciences morales et politiques, 2010, p. 345; D. HIEZ, « La clause de conscience ou la conscience source du droit? », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 209; N. HAOULIA, « La clause de conscience des professionnels de santé : étude comparée des jurisprudences constitutionnelles américaines et françaises », in *Santé, religion et laïcité*, coll. Les cahiers de droit de la santé du sud-est, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2011, p. 257; N. MATHEY, « L'objection de conscience », in *La diversité du droit. Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 861.

²²⁶ G. GENICOT, « Le refus de soins entraînant une aggravation du préjudice causé par la faute d'un tiers : une hypothèse délicate et controversée », note sous Cass. fr., 1^{re} civ., 15 janvier 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 269.

²²⁷ Illustré par un beau jugement, très intéressant, car abordant une question rarement soumise aux tribunaux avec autant de netteté, et longuement motivé : Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *Consilio*, 2016, p. 97, note I. REUSENS, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370. Le tribunal conclut à une indication opératoire *purement et simplement fautive*, compte tenu des critères communément admis par la science médicale pour justifier une gastroplastie destinée à traiter une obésité morbide, intervention lourde et qui « entraîne un bouleversement total de la vie du patient ». Au passage, il rappelle judicieusement que les dispositions réglementaires concernant le *remboursement par la sécurité sociale d'une intervention* n'ont aucune incidence ni sur la liberté thérapeutique du médecin, ni sur son obligation de « justifier l'attitude qu'il a adoptée » s'il s'écarte des recommandations de la science médicale à l'époque de son intervention. Bel exemple de contrôle judiciaire d'une décision médicale prise *in casu* à la légère.

²²⁸ Corr. Marche-en-Famenne, 10 juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1173; Civ. Louvain, 10 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 163; Civ. Anvers, 12 février 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 148; Anvers, 22 juin 1998, *R.W.*, 1998-

une responsabilité à base de risque, mais plutôt 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. Dans le cadre de ce contrôle, le juge peut et doit, sur la base de toutes les données dont il dispose, *apprécier* la technique médicale utilisée ; ceci ne va pas à l'encontre de la liberté thérapeutique²²⁹ car, dans l'exercice de cette liberté, le médecin est astreint à respecter le droit du patient à un traitement efficace et diligent ; en d'autres termes, la liberté thérapeutique du médecin est *asservie à un intérêt supérieur*, le droit du patient à être soigné dans les règles de l'art.

Le juge aura généralement recours à une *expertise* pour déterminer si le choix du traitement appliqué était judicieux. Le rapport d'expertise peut conclure que plusieurs traitements étaient possibles pour une même maladie, que chacun présente des avantages et des inconvénients, et qu'aucun d'eux ne fait l'unanimité sur le plan scientifique ; dans ce cas, le juge n'a lui-même aucune compétence pour décider quel traitement aurait dû être appliqué, mais il lui revient *d'apprécier* la technique médicale utilisée à l'aune de la norme de diligence et de l'intérêt du patient²³⁰. Si le médecin s'est écarté de la pratique usuelle, cela n'implique évidemment pas qu'il ait commis une faute ; on ne peut se contenter d'exiger que son comportement soit toujours conforme à cette pratique et, au demeurant, la conformité à la pratique usuelle n'exclut pas, à l'inverse, l'existence d'une faute. Il convient de ne pas faire obstacle à l'évolution de la science médicale, laquelle suppose parfois, en toute logique, une attitude s'écartant des usages antérieurement admis. Le juge ne s'arrêtera pas au fait que la technique utilisée n'est prônée que par un petit nombre de médecins : si elle est suffisamment justifiée sur le plan scientifique et si un médecin diligent et compétent placé dans les mêmes circonstances *aurait également pu* l'adopter, il ne tiendra pas le praticien pour fautif²³¹. La responsabilité du praticien a pu, en jurisprudence, être retenue pour divers choix de traitement

1999, p. 544, note H. Nys, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144, note T. VANSWEEVELT ; Civ. Bruxelles, 9 octobre 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 174.

²²⁹ Laquelle implique en revanche qu'en l'absence d'abus manifeste, les magistrats ne s'immisceront pas dans l'examen de l'opportunité *strictement médicale* du choix effectué ; le contrôle est effectif, mais marginal. Il n'est d'ailleurs pas rare que les avis divergent sur le plan scientifique (Anvers, 18 février 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 341).

²³⁰ Anvers, 27 mai 1980, *T. Gez.*, 1981, p. 38 ; Liège, 4 janvier 1979, *R.R.D.*, 1979, p. 906, obs. B. HAUBERT (« Sans s'immiscer dans un domaine dans lequel il ne dispose pas de connaissances suffisantes, force est au juge du fond de constater, comme l'admettent la doctrine et la jurisprudence, que l'erreur contraire à des données médicales certaines, démontrant une ignorance ou une négligence caractérisée, incompatible avec le critère du médecin diligent et avisé, constitue la faute la plus légère dont tout médecin doit rendre compte ») ; Civ. Bruxelles, 21 mars 2006, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 137, note M.-N. V. (censure du choix d'une technique chirurgicale « non scientifiquement validée »).

²³¹ On n'hésitera pas à accorder en pareil cas foi à l'opinion d'un critère issu de la jurisprudence américaine, celui de la *respectable minority*, pour ne stigmatiser que les choix *manifestement* déraisonnables ; pour qu'une école médicale dissidente soit digne de confiance, elle doit défendre des principes décrits avec précision, et recevoir l'adhésion d'une minorité significative de médecins (T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers/Bruxelles, Maklu/Bruylant, 1996, n^{os} 140-143).

hasardeux, sans indication suffisamment claire, procédant d'une prise en considération insuffisante des paramètres du cas et faisant courir au patient des risques excessifs²³².

C. Exécution du traitement

55. La norme de diligence générale – appréciation en fonction du comportement qu'aurait adopté ou dû adopter un médecin compétent et diligent de la même spécialité, placé dans les mêmes circonstances objectives – implique ici que le médecin *ne peut être négligent* au cours du traitement. Le manquement au devoir de prudence et de prévoyance peut consister en un oubli de procéder à certaines vérifications, un geste négligent sur le plan technique, etc., au gré des espèces soumises aux juridictions. L'obligation de moyens prend ici tout son sens, et le patient doit donc apporter la preuve positive de la négligence qu'il reproche; celle-ci peut concerner tant le *choix* de la méthode de traitement retenue que l'*administration* des soins proprement dite. Dans le premier cas, c'est la *règle de proportionnalité* qui jouera: on comparera l'efficacité de la méthode et les risques qu'elle entraîne. Dans le second, c'est la soumission du comportement du médecin à la *norme de diligence* qui permettra d'apprécier l'existence éventuelle d'une faute dans son chef.

Il est fréquent que, confronté à une issue défavorable, le patient soit enclin à reprocher au médecin des négligences opératoires. Sa tâche probatoire est lourde, et il sera souvent débouté sur ce terrain, en raison de la marge de manœuvre reconnue à l'homme de l'art et du caractère par essence aléatoire de toute intervention corporelle. Il faudra se garder, on l'a déjà relevé, de juger le comportement adopté dans un contexte particulier à l'aune des résultats qui sont constatés *a posteriori*; ce qui rétrospectivement peut apparaître comme une erreur ne révèle pas forcément la commission d'une faute. Mais la jurisprudence n'hésite pas à stigmatiser les négligences véritables²³³.

Selon le degré de difficulté des actes à accomplir, le médecin doit se faire assister par un ou plusieurs confrères, le cas échéant mieux formés que lui à l'in-

²³² Bruxelles, 22 décembre 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 232; Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 282; Civ. Anvers, 13 mai 1993, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 190; Anvers, 12 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 334, R.G.D.C., 2003, p. 102, note M. DEBAENE. Pour un cas d'absence de responsabilité (choix acceptable d'une reconstruction arthroscopique, qui ne donna pas le résultat escompté, en lieu et place d'un traitement conservatoire; complications « imprévisibles mais classiques, propres à l'intervention et à la technique appliquées, dans les limites de ce qui est habituel et possible »), Anvers, 16 septembre 2002, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 26.

²³³ Quelques exemples: perforer une artère lors d'une stérilisation laparoscopique en introduisant le trocart trop verticalement (Civ. Turnhout, 4 juin 1984, R.W., 1986-1987, p. 2646, note T. VANSWEEVELT); perforer la paroi du myocarde avec une sonde pendant une pneumo-angiographie (Anvers, 9 novembre 1987, R.W., 1987-1988, p. 1336, note T. VANSWEEVELT); ne pas traiter suffisamment une blessure annexe, ce qui entraîne une infection (Cass., 27 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 553, R.G.A.R., 1965, n° 7403); perforer le globe oculaire à la suite d'une injection dans le mauvais sens chez une patiente nerveuse et angoissée (Bruxelles, 22 juin 2010, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 318, note N. BROECKX).

tervention pratiquée ou à la technique novatrice employée²³⁴. Ceci vaut principalement en matière d'opérations chirurgicales et concerne surtout *l'anesthésiste*, dont l'intervention ne s'arrête pas à l'administration du produit anesthésiant : pendant l'opération, il doit surveiller l'état respiratoire et cardiovasculaire du patient et, ensuite, il est chargé de la phase délicate du réveil. Dans un cas d'*allergie à l'anesthésie*, une imprudence peut résulter non d'une erreur de diagnostic, mais du fait de ne pas s'être enquis du danger que prétendait courir le patient, alors que le médecin disposait du temps nécessaire à cet effet et de la possibilité concrète d'être mieux informé²³⁵. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de condamner un chirurgien ou un hôpital pour avoir effectué ou laissé effectuer une opération sans le concours d'un anesthésiste, du moins lorsque cette circonstance avait un lien de causalité avec le dommage subi par le patient²³⁶.

56. Les précautions particulières que doit prendre le médecin varient évidemment en fonction du type de traitement mis en œuvre. De façon générale, il importe qu'il *consulte le dossier médical* du patient. Il commet une faute lorsqu'il ne prend pas la précaution de réaliser l'ensemble des examens préopératoires qu'il préconise lui-même, dès lors qu'il est 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 risque²³⁷. La jurisprudence est assez fournie en ce qui concerne les dentistes²³⁸. Le médecin doit également *surveiller* l'évolu-

²³⁴ Cf., p. ex., Liège, 30 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1183 (opération du poignet en utilisant une nouvelle méthode que le médecin n'avait jamais tentée auparavant; au cours de l'ouverture du canal carpien, le nerf médian est blessé; responsabilité engagée pour faute légère, car il a pratiqué une opération qu'il n'avait jamais réalisée auparavant, sans faire appel à l'aide d'un autre médecin formé à ce genre d'intervention).

²³⁵ Cf., p. ex., Bruxelles, 1^{er} octobre 1987, *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.598.

²³⁶ Liège, 4 janvier 1979, *R.R.D.*, 1979, p. 906, note B. HAUBERT. Le médecin doit aussi veiller à ce que le patient soit complètement à jeun avant une anesthésie.

²³⁷ Liège, 19 mai 2000, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 160; comp. Anvers, 27 novembre 2000, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 294 (technique chirurgicale inadaptée et traitement non adéquat d'une complication, dont au demeurant le patient n'a pas été informé); Civ. Gand, 9 juin 2006, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 23 (faute du stomatologue qui procède à une intervention sans indication suffisante, avec une préparation préopératoire lacunaire, et qui informe erronément le patient que l'intervention ne présente quasiment pas de risques).

²³⁸ Bruxelles, 16 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 832, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.755 (mise en cause du chirurgien maxillo-facial à la suite d'une atteinte au nerf lingual lors de l'extraction de dents de sagesse). Arrêt intéressant et longuement motivé: la cour d'appel juge la technique d'incision choisie non adéquate « car réalisée au mépris des connaissances anatomiques requises »; le « tracé d'incision, qui a eu pour effet de diminuer la couche protectrice du nerf, doit être considéré comme fautif [...] car réalisé au mépris des règles de l'art »; « la négligence à visualiser et à protéger le nerf lingual [...] est fautive, dès lors qu'elle n'aurait pas été commise par tout praticien prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances ». À ceci s'ajoute une autre faute, consistant à avoir décidé d'entreprendre une deuxième intervention, en dépit des plaintes de la patiente. Également à propos d'un dentiste et d'une faute technique, Liège, 3 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1072 (fautes techniques dans le cadre du placement de deux bridges complets, supérieur et inférieur, et soins de rattrapage approximatifs, en relation causale avec les problèmes d'inconfort et de fissuration et de fracture de la porcelaine rencontrés par la patiente).

tion de l'état de santé du patient au cours même du traitement – vigilance qui l'astreint à lui rendre des visites régulières – et, enfin, il ne peut *persister dans la poursuite d'un traitement inefficace*, ce qui a notamment des implications en ce qui concerne les traitements de fin de vie²³⁹.

C'est fréquemment un *retard de réaction* qui est reproché au médecin : avoir décidé trop tard de pratiquer telle intervention, de faire appel à un spécialiste ou de transférer le patient dans un hôpital mieux équipé, ce qui peut entraîner – pourvu que le préjudice soit adéquatement décrit et le lien causal soigneusement constaté – la *perte d'une chance de guérir* ou d'éviter les séquelles ou l'atteinte à l'intégrité physique²⁴⁰. Une nouvelle fois, le rapport d'expertise sera ici crucial, avec la difficulté déjà relevée 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 ; il importe de bien délimiter la *sphère de compétence* de chacun des intervenants, dont plusieurs peuvent être déclarés responsables²⁴¹.

Le retard mis à faire appel à un spécialiste s'observe régulièrement en matière *d'accidents d'accouchement* : responsabilité conjointe du généraliste et du gynécologue²⁴², responsabilité du seul généraliste pour mauvaise appréciation des risques, retard mis à solliciter l'aide d'un gynécologue et faute dans les gestes pratiqués²⁴³ ; responsabilité conjointe de l'obstétricien et de l'anesthésiste, le

²³⁹ Liège, 4 janvier 1979, R.R.D., 1979, p. 906, obs. B. HAUBERT (médecin ayant persisté dans son approche alors qu'il aurait dû, comme un médecin normal, prudent et avisé placé dans les mêmes conditions, s'abstenir) ; rappr. Bruxelles, 28 février 2012, R.G.A.R., 2012, n° 14.925 (faute du chirurgien pour avoir pratiqué une chirurgie extensive alors qu'il aurait dû, compte tenu des circonstances, privilégier une intervention plus localisée).

²⁴⁰ Cf., p. ex., Anvers, 22 mars 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 298 ; Civ. Turnhout, 4 juin 1984, R.W., 1986-1987, p. 2646, note T. VANSWEEVELT (faute du chirurgien qui, après de nouvelles complications, a fait transporter le malade vers un hôpital universitaire alors que, compte tenu de la gravité de la situation, il devait savoir qu'il disposait de moyens insuffisants pour transporter le patient en toute sécurité ; il aurait dû à nouveau faire appel au chirurgien de l'hôpital voisin pour que le malade soit soigné sur place).

²⁴¹ Cf., p. ex., Anvers, 24 septembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 47, note S. CALLENS : responsabilité solidaire d'un orthopédiste et d'un anesthésiste « pour leur manque de précaution pendant une intervention, ayant entraîné une complication exceptionnelle » qu'ils ont de surcroît mal gérée ; défaut de surveillance adéquate du traitement et importance insuffisante accordée aux plaintes de la victime ; sous-évaluation de la gravité de la complication et réaction tardive ; perte de chance de guérison et de survie.

²⁴² Liège, 31 janvier 2001, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 382 ; *adde*, s'agissant d'une infection dont la mère était atteinte, Civ. Dinant, 31 mai 2005, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 35, note N.V. (responsabilité du gynécologue et du pédiatre pour manque de prudence et de diligence ayant causé la détérioration de l'état de santé et *in fine* le décès du bébé ; condamnation pour coups et blessures involontaires) ; rappr. Bruxelles, 28 janvier 2008, R.G.A.R., 2011, n° 14.803.

²⁴³ Bruxelles, 8 février 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 264, note R. HEYLEN (implicitement, application du standard de diligence supérieur imposé au médecin qui excède ses compétences et fait ainsi preuve d'imprudence) ; *adde* Civ. Anvers, 8 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 256 ; Civ. Gand, 14 avril 2006, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 281, et *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 142, note T.V.

premier ne pouvant se décharger sur le second « de leur commune responsabilité quant au choix des examens et/ou avis préparatoires requis par l'état de leur patiente »²⁴⁴ ; absence de responsabilité²⁴⁵. Il peut aussi s'agir d'un retard ou d'une abstention de transfert au service des *soins intensifs* exerçant une influence déterminante dans l'évolution concrète de l'œdème pulmonaire aigu, qui a entraîné une détresse respiratoire aiguë et précipité la patiente vers une issue fatale²⁴⁶. Tel n'était, en revanche, pas le cas d'une ischémie subie par un nouveau-né grand prématuré, dont l'origine n'a pu être déterminée avec précision par les experts, de sorte que, sous l'angle de la perte d'une chance, il n'était pas établi qu'il existait une possibilité de réduire, par des soins optimaux, l'évolution péjorative, et ce même si la Cour d'appel de Liège stigmatise un défaut de surveillance manifeste, doublé d'une décision fautive de ne pas transférer le bébé vers un service de soins intensifs²⁴⁷.

D. Postcure et soins postopératoires

57. La relation de soins, tant médicale que juridique, ne s'arrête pas toujours à l'issue du traitement ou de l'intervention : donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science implique aussi de

²⁴⁴ Mons, 25 octobre 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 388 : travaillant en équipe, il doit exister entre l'obstétricien et l'anesthésiste « une étroite collaboration tant au stade de la préparation qu'au niveau de l'exécution et du suivi de l'opération » ; s'y ajoute la responsabilité d'un médecin stagiaire qui a excédé ses compétences et qui avait « l'obligation de s'informer de 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 ».

²⁴⁵ Anvers, 27 novembre 2006, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 132, note R.V. : dystocie des épaules, soit une complication grave, imprévisible et inévitable ; utilisation, pour sauver la vie de l'enfant en train de naître, d'une technique – la symphysiotomie – susceptible d'atteindre ce but, mais entraînant des lésions graves et inévitables chez la mère ; les accoucheuses ont reçu des instructions correctes et les ont exécutées correctement ; les réactions de l'équipe par rapport à une complication sont appropriées, et les techniques et instructions gynécologiques correctes ; pas de responsabilité du gynécologue ni de l'hôpital. *Adde Corr.* Anvers, 24 novembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1423, notes C. DESMET et H. NYS (responsabilité d'un gynécologue qui 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 » ; « 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 »). Dans un autre domaine, Civ. Tongres, 10 septembre 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 232.

²⁴⁶ Bruxelles, 24 mars 1999, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.154, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 305, note N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE. *Adde Corr.* Marche-en-Famenne, 28 juin 2002, et Liège, 8^e ch. corr., 28 janvier 2003 (retard de transfert et réactions inappropriées constatées à l'arrivée dans un hôpital universitaire, qui sont à la base des responsabilités retenues ; dramatique affaire largement médiatisée).

²⁴⁷ Liège, 22 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1700, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.072 : défaut de surveillance alors que l'hôpital ne disposait pas d'un service néonatal de soins intensifs et que l'encadrement par un personnel infirmier qualifié était insuffisant, d'où une mise en évidence tardive du phénomène ischémique et un retard de diagnostic ; la pédiatre de garde a par ailleurs commis une erreur d'appréciation et une imprudence constitutives d'une faute en prenant la décision de garder le nouveau-né dans le service de néonatalogie en dépit de la faiblesse de l'encadrement, alors qu'il s'agissait d'un cas lourd et à très haut risque, et en n'effectuant pas, après la découverte de l'ischémie, de démarche diagnostique à même d'en identifier la cause et d'adapter la thérapie en fonction du diagnostic précis.

veiller à accompagner le malade durant la phase postopératoire, d'être à son écoute, de le recevoir à nouveau si nécessaire et de prendre en temps utile les mesures qui s'imposent. La responsabilité du médecin pourra dès lors être recherchée pour d'éventuelles négligences postérieures à un traitement lui-même exempt de reproches²⁴⁸, et *a fortiori* s'il ne l'est pas²⁴⁹. L'extension particulière du « contrat médical », qui transcende la stricte figure contractuelle, implique que le médecin s'engage, en règle, non à un simple acte ponctuel, mais à soigner son patient, c'est-à-dire à lui fournir ses services *aussi longtemps que son état de santé l'exige*. C'est le principe de la *continuité des soins*, imposé tant par la loi que par le Code de déontologie²⁵⁰.

La surveillance postérieure au traitement fait, dans cette analyse, partie de celui-ci et le médecin doit y pourvoir de façon diligente²⁵¹, car il est tenu de *surveiller l'évolution de l'état de santé du patient* après l'intervention de manière à prévenir et traiter les complications éventuelles ou, à tout le moins, de s'en décharger sur un collègue compétent et informé. Cela peut impliquer qu'il procède, comme au cours même des soins, à des visites régulières, en fonction de la gravité du cas en cause, et à tout le moins qu'il réagisse à toute interpellation ou tout signal d'alerte qui lui est rapporté. La nature et la gravité de la maladie supposent parfois une surveillance *permanente*, notamment en ce qui concerne les pathologies mentales ou lorsque l'on peut craindre la réalisation de certains risques prévisibles, et nécessiter, par exemple, l'admission temporaire dans un service de soins intensifs. L'obligation de surveillance est particulièrement de mise après une intervention chirurgicale²⁵²; elle peut supposer

²⁴⁸ Cf., p. ex., Gand, 23 avril 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 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).

²⁴⁹ Civ. Liège, 3 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1752: dentiste qui, n'assurant pas le suivi des soins, témoigne d'un manquement que ne commettrait pas un dentiste raisonnablement prudent et diligent; il lui appartient de réserver suite aux demandes du patient qui vient de subir une intervention d'extraction des dents et de placement de prothèses amovibles qui ne répondent pas aux critères techniques et fonctionnels requis; outre les risques d'infection à la suite de l'extraction des dents, des adaptations de la prothèse devaient s'avérer nécessaires pour éviter les risques d'inflammation et assurer une adaptation à la situation et un confort d'utilisation.

²⁵⁰ Art. 5 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (droit à des prestations de qualité répondant aux besoins du patient); art. 27 de la loi coordonnée du 10 mai 2015 relative à l'exercice des professions des soins de santé (les praticiens « ne peuvent sciemment et sans motif légitime dans leur chef, interrompre un traitement d'un patient en cours sans avoir pris au préalable toutes dispositions en vue d'assurer la continuité des soins »). Assurer la continuité des soins est un devoir déontologique (art. 113 du Code de déontologie) et il appartient à chaque médecin de prendre les mesures nécessaires suivant les cas, afin d'assurer cette continuité à ses malades (art. 114). Ceci concerne, d'un point de vue déontologique, essentiellement les *services de garde*, visés par les articles 115 à 117 du Code.

²⁵¹ On peut penser à la phase de réveil après une anesthésie (Anvers, 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 38), ou à la surveillance du patient psychiatrique. Pourra ainsi être tenu pour fautif le médecin qui partirait en vacances immédiatement après l'opération, sans veiller au suivi ni se faire remplacer, pourvu que le lien de causalité entre l'abandon du patient et le dommage subi par ce dernier soit établi.

²⁵² Corr. Bruxelles, 13 décembre 1985, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11.092: « la prudence exige, sur le plan médical, qu'un patient qui se trouve encore dans la chambre de réveil et qui n'a pas encore récupéré une pleine

l'accomplissement de nouveaux actes médicaux ou des examens supplémentaires²⁵³.

58. La surveillance comprend aussi la décision d'*arrêter le traitement et/ou de laisser rentrer le patient chez lui*, laquelle ne doit pas être prise à la légère ni trop tôt : le médecin doit s'assurer que le malade ne courra aucun risque important s'il n'est plus soumis à une surveillance étroite. Il ne peut toutefois le retenir à l'hôpital contre son gré, car il serait contraire au respect dû à son intégrité physique et à son autonomie de le *contraindre à continuer à subir* un traitement médical (art. 8, § 4, de la loi relative aux droits du patient). Le malade peut donc décider d'arrêter le traitement ou de quitter l'hôpital ; mais si le personnel soignant le désapprouve et le met d'abord en garde, il le fera *à ses propres risques* et devra supporter lui-même les éventuelles conséquences néfastes de sa décision.

Pour se prémunir, l'hôpital fait fréquemment signer une *décharge de responsabilité* au patient ; le procédé est en soi valable, mais, à l'instar des formulaires de consentement, il ne doit pas apparaître comme une formalité purement administrative et dépersonnalisée. Si un problème survient, les circonstances seront comme de coutume examinées *in concreto* ; une telle décharge ne constitue pas une sorte de blanc-seing exonérant le personnel soignant et l'hôpital de toutes poursuites. Rappelons que le médecin doit systématiquement veiller à *informer le malade* des conséquences possibles de sa décision et des précautions à prendre pour éviter la survenance de complications ; l'article 8, § 2, de la loi relative aux droits du patient lui impose d'informer ce dernier au sujet des « conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement ».

Il a pu, en jurisprudence, être reproché au médecin d'avoir négligé, après une intervention, de faire procéder à un examen approfondi, malgré les symptômes que présentait la patiente et dont elle se plaignait²⁵⁴. On relèvera également, dans une espèce où une thrombose de l'artère fémorale survint après le place-

conscience après la narcose *reste sous une surveillance permanente, soit par monitoring, soit par la présence constante d'un médecin ou du personnel infirmier qualifié* ; « le médecin qui, comme chef de service responsable, sait ou doit savoir que les infirmières qui se trouvent dans la salle de réveil ont également d'autres missions à remplir, notamment la préparation de la salle d'opération pour l'intervention suivante, commet une faute puisqu'il sait que, dans ces conditions, la surveillance effective du patient pendant son réveil ne sera pas assurée ». Dans le même sens, Civ. Nivelles, 5 septembre 1995, R.R.D., 1995, p. 298 (« 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 »).

²⁵³ Les opérations comportant le plâtrage d'une partie du corps réclament une attention particulière ; si le plâtre présente des taches brunâtres, on peut redouter la présence d'une gangrène gazeuse (cf. l'espèce ayant donné lieu à Cass., 19 janvier 1984, R.G.A.R., 1986, n° 11.084, note T. VANSWEEVELT). De même, après une vasectomie, des tests réguliers sont nécessaires pour déterminer si le sperme contient encore des spermatozoïdes (Civ. Anvers, 17 janvier 1980, *Bull. ass.*, 1981, p. 183 ; Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT).

²⁵⁴ Mons, 12 mai 1997, R.G.A.R., 1998, n° 12.937, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 216. *Adde* Anvers, 4 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 103 (responsabilité d'un kinésithérapeute : vu la rareté du risque qui s'est réalisé, on ne peut lui reprocher 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

ment d'une prothèse de la hanche et fut tardivement diagnostiquée, un intéressant arrêt retenant une triple responsabilité : celle du chirurgien orthopédiste ayant opéré, celle du chirurgien de garde qui a pris le relais et celle de l'hôpital en qualité de commettant du personnel infirmier²⁵⁵.

59. Après le traitement, le médecin doit encore s'acquitter d'un devoir d'information particulier, qui porte avant tout sur la *façon dont l'intervention s'est déroulée* et sur son *résultat*, y compris l'insuccès éventuel, les anomalies décelées, voire les erreurs éventuellement commises. Ceci est implicitement englobé dans l'obligation générale d'information qui pèse sur lui, dès lors que ces renseignements peuvent avoir une incidence sur le décours futur des soins. Au-delà et surtout, le nécessaire accompagnement que le médecin doit procurer après une intervention découle de la *bonne foi* et de la *confiance* qui doivent présider à ses relations avec le patient : un éclairage honnête, spontané et compréhensif pourra, le cas échéant, rassurer un malade en simple quête d'une oreille attentive et désamorcer d'éventuelles rancœurs qu'il pourrait nourrir, coupant ainsi court à un litige potentiel. Le cas échéant, la médiation mise en place par la loi relative aux droits du patient (art. 11) pourra y veiller. Le médecin doit aussi informer le patient de *l'évolution future de son état*, en ce compris les précautions à prendre (p. ex., quant aux habitudes de vie, aux activités ou au régime alimentaire), les contrôles ou examens à effectuer le cas échéant, les complications éventuelles et la manière de les résoudre (symptômes à surveiller, médicament à prendre, service à contacter, etc.). Ce sera l'occasion d'attirer son attention sur la différence entre un effet secondaire « normal » et passager, au sujet duquel il n'y a pas lieu de s'alarmer, et une véritable complication devant entraîner une réaction urgente et précise.

Un cas particulier peut exceptionnellement se présenter : lorsque le médecin a soigné son patient de façon diligente et efficace, mais apprend, parfois après plusieurs années, que la progression des connaissances scientifiques permet de conclure que le traitement dispensé pourrait s'avérer dangereux ou supposer un suivi plus étroit, ou que le médicament prescrit comporte de graves effets secondaires, il peut devoir procéder à ce que l'on appelle un *patient recall*. Il

rempli son obligation de surveillance par le fait de se rendre disponible et de pouvoir intervenir lors de la manifestation de douleurs).

²⁵⁵ Mons, 6 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1726 : erreur de diagnostic fautive du chirurgien orthopédiste qui n'a pas donné à un confrère et/ou au personnel infirmier de consignes de surveillance particulière, alors qu'il a suspecté un spasme artériel fémoral ; le chirurgien de garde qui a pris le relais n'a aucune obligation d'effectuer le tour des chambres pour s'assurer de l'état des patients opérés par ses confrères, mais en l'espèce il avait assisté le chirurgien traitant lors de l'opération et avait été informé de la suspicion de spasme artériel fémoral, et il n'a cependant pas, lors de son tour de salle en fin de journée, consulté le dossier infirmier et examiné la jambe du malade, ne fût-ce que pour s'assurer de la disparition du spasme, ce qui aurait permis de poser le bon diagnostic et d'éviter, par une intervention de chirurgie vasculaire plus précoce, les séquelles irréversibles subies ; quant au personnel infirmier, il a procédé à des constatations constituant des signaux alarmants mais n'en a pas référé directement et expressément au chirurgien traitant ou au médecin de garde, manquant ainsi de prévoyance et de précaution.

paraît logique que, tout comme un fabricant a l'obligation de prévenir les consommateurs lorsqu'un défaut grave est décelé sur un produit vendu, voire de « rappeler » la marchandise défective pour y remédier, tout comme un avocat peut devoir avertir son client lorsqu'un avis rendu est infirmé par une évolution législative ou jurisprudentielle, le médecin *informe à tout le moins* son ancien patient, dans toute la mesure du possible, des nouvelles connaissances acquises à propos de son cas. Ceci vise en tout cas l'hypothèse de risques graves et de dommage prévisible. Cela étant, pour pouvoir mettre à charge du praticien une *réelle obligation en ce sens*, il convient que l'information à fournir soit d'un intérêt considérable et décisif, de manière à ce qu'une certaine proportionnalité entre la difficulté de retrouver un ancien patient et le risque couru par celui-ci s'il n'est pas mis au courant soit respectée. Le dommage sera jugé prévisible lorsque les patients ne pourront en principe accéder à l'information en question *que par un patient recall*²⁵⁶.

§ 4. Le dépassement de la faute : responsabilité du fait des choses et des produits de santé

60. Si la responsabilité médicale reste en grande partie à base de *faute*, une synthèse de celle-ci suppose en outre l'exploration 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*, dont il est parfois possible de se passer²⁵⁷. La fonction du droit ne devrait pas se cantonner à la sanction d'un abus plus ou moins manifeste, ou au constat aussi compatissant qu'impuissant qu'un aléa s'est produit ; il devrait s'agir, 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'exerce²⁵⁸.

²⁵⁶ À titre d'exemple, on peut citer les prothèses mammaires PIP ou un contraceptif mécanique intra-utérin dont on décèle, cinq ans après une large implantation, qu'il présentait des dangers (T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers/Bruxelles, Maklu/Bruylant, 1996, n°s 437-443, et « Rechtsverhoudingen tussen arts/ziekenhuis en patiënt », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, p. 1263, n° 2659 ; D. VERHOEVEN, « The duty to perform a patient recall », *Med. & Law*, 2014, p. 91). Dans ce genre d'hypothèses, lorsque le fabricant découvre le défaut, il ne saurait avertir que les médecins ou les hôpitaux à qui le produit a été fourni ; c'est alors à eux d'apprécier le risque et ensuite de parcourir leurs dossiers pour rechercher les patients concernés. Le « contrat médical » étant à ce moment en principe terminé, on se placera sur le terrain purement *extracontractuel*, en relevant cependant qu'un contrat a existé auparavant entre les parties, ce qui permet d'apprécier l'étendue de l'obligation de diligence du médecin par la suite.

²⁵⁷ Sur les raisons qui rendent cette évolution souhaitable, voire nécessaire, afin de prendre l'exacte mesure de la gestion des risques et des attentes sécuritaires, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 472-477 et 495-503 (risque et précaution comme faits générateurs de responsabilité médicale), et les références citées.

²⁵⁸ En ce sens, P. LOKIEC, « La décision médicale », *RTDciv.*, 2004, p. 641, spéc. pp. 649 et s., et sa thèse de doctorat consacrée 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*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2004). Voy. déjà les pistes percutantes tracées par I. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.682, et plus récemment par

Cela étant, l'heure ne sera pas ici à la prospective ; on se contentera d'indiquer que le dépassement de la notion de faute est de nature à permettre, d'une part, l'indemnisation des dommages causés par une défaillance des appareils, produits, médicaments et dispositifs médicaux, notamment au travers des hypothèses traditionnelles de responsabilité objective, voire en référence aux notions de sécurité et de risque.

La responsabilité sans faute existe depuis longtemps en ce qui concerne les *choses* (dispositifs, matériel, produits, etc.) utilisées par le médecin dans le cadre des soins qu'il prodigue. Cette possibilité, classique, de retenir la responsabilité en raison d'un vice de la chose utilisée (A) ou d'un défaut du produit employé (B) illustre déjà la prise en compte d'un risque et l'exigence corrélative de sécurité du patient – puisque l'on se passe alors de la constatation d'une négligence –, exigence dont le passage au premier plan paraît du reste traduit, en filigrane, par l'évolution générale de la responsabilité du fait des choses²⁵⁹ et par l'essor de l'obligation plus générale de sécurité (C).

A. Responsabilité du fait des choses viciées

61. Il va de soi que le médecin doit toujours veiller à *disposer du matériel nécessaire* pour pouvoir procéder au traitement de façon sûre et faire face aux risques prévisibles, et à ce que ce matériel soit en bon état et correctement utilisé²⁶⁰. Il peut arriver qu'un dommage résulte d'un *défaut du matériel*, sans que l'on puisse imputer une faute au médecin. Celui-ci sera alors, par application du droit commun de la responsabilité (quasi délictuelle), responsable du dommage causé par le fait des *choses qu'il a sous sa garde* (art. 1384, al. 1^{er}, C. civ.) ; le gardien d'une chose *affectée d'un vice* qui cause à autrui un dommage est *présumé responsable de celui-ci*, et ce de façon irréfragable, c'est-à-dire sans pouvoir apporter la preuve contraire (maniement correct de la chose, origine inconnue du vice, etc.), la seule échappatoire portant sur le lien causal : le gardien doit établir que la chose viciée n'a pas été l'instrument, la cause du dommage²⁶¹. Une réflexion, autant

E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 422.

²⁵⁹ De la preuve de l'existence d'un *vice* – qui n'est somme toute, à bien des égards, guère éloignée de celle d'une faute –, on est passé, souvent sous l'impulsion européenne, à un régime où seul le *défaut* est requis (loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, transposant la directive européenne du 25 juillet 1985), régime couplé ensuite avec l'exigence de *sécurité des produits* (loi du 9 février 1994 relative à la sécurité des produits et des services, qui constitue désormais le livre IX du Code de droit économique) et désormais avec la garantie des biens de consommation (loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, transposant la directive européenne du 25 mai 1999). Cette tendance mérite d'être soulignée, même si elle est en soi étrangère à la responsabilité médicale.

²⁶⁰ Il doit renvoyer le patient vers un autre hôpital mieux équipé quand il ne dispose pas sur place de l'équipement nécessaire afin que le traitement puisse être réalisé sans risque (Anvers, 30 juin 1997, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 201, note S. LIERMAN).

²⁶¹ En tant que tel, en matière *contractuelle*, ce principe n'existe pas ; mais cela n'a en soi guère d'incidence : « la nature de [la responsabilité contractuelle] dépend purement et simplement de l'intensité de l'obligation assumée par le débiteur et, en particulier, de la question de savoir si elle est de moyens ou de résultat.

juridique qu'éthique et dont l'enjeu est important, existe en ce qui concerne les *éléments et produits du corps humain* (organes transplantés, sang transfusé, gamètes utilisés dans le cadre de procréations médicalement assistées, etc.) : il s'agit bien de choses²⁶², mais le donneur – ou l'établissement qui les traite – en a-t-il la « garde », et peut-on les considérer comme viciées ?

L'un des mérites d'une approche moins contractuelle de la relation de soins pourrait consister à ouvrir plus largement le droit de la responsabilité médicale à la responsabilité *objective*, sans exigence de faute, du fait des choses. On constate d'ailleurs qu'il n'est pas rare que la jurisprudence raisonne en termes de responsabilité contractuelle lorsqu'elle souhaite rendre le débiteur responsable de la faute commise par l'agent d'exécution qu'il s'est substitué, et en termes de responsabilité aquilienne lorsqu'elle entend lui imputer le dommage causé par une chose qu'il a employée. Rappelons qu'indépendamment des conditions propres à cette responsabilité, le chirurgien ne doit pas *oublier de matériel dans le corps du patient* ; dans le cas contraire, la jurisprudence lui reproche très volontiers une négligence, même s'il démontre avoir compté les objets (instruments opératoires, compresses...) avant et après l'intervention (faute présumée, voire obligation de résultat de ne rien oublier dans le corps du patient)²⁶³. Les seuls motifs d'excuse, rarement admis, sont l'urgence avérée ou la nécessité d'achever prématurément et rapidement l'opération, sous peine de mettre la vie du patient en danger. En toute hypothèse, après l'opération, le chirurgien doit veiller à informer le patient de ce fait.

62. Pour mettre en œuvre la responsabilité du fait des choses viciées dans le chef du médecin ou (le plus souvent) de l'hôpital, le patient devra tout d'abord identifier le *gardien* de la chose, ensuite établir que cette chose était *affectée d'un vice* et, enfin, démontrer que son dommage est *dû à cette chose*, que celle-ci a été l'instrument de sa réalisation²⁶⁴. Le gardien sera alors responsable de plein droit,

Peu importe qu'une chose doive ou non être utilisée pour l'exécution de l'obligation » (C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 552). S'en tenant à la responsabilité contractuelle et rejetant l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, Civ. Anvers, 3 avril 2006, et Anvers, 19 mars 2012, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 24 et 29, note S. ILLEGEMS.

²⁶² Avis fouillé du Comité consultatif de Bioéthique n° 43 du 10 décembre 2007 relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain ; F. BELLIVIER et C. NOUVILLE, *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, coll. Traité des contrats, Paris, LGDJ, 2006.

²⁶³ Cf., p. ex., Anvers, 19 mai 1980, *T. Gez.*, 1981, p. 39, note R. KRUIHOF ; Cass., 23 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1180, rejetant le pourvoi contre Bruxelles, 7 janvier 1958, *Pas.*, 1958, II, p. 46 ; Bruxelles, 28 novembre 2011, R.G.A.R., 2012, n° 14.819, note D. SCIEUR (oubli d'une compresse lors d'une hystérectomie : faute du chirurgien, responsable du champ opératoire jusqu'à la fin de l'opération et qui a omis de s'assurer qu'il n'oublie pas dans le corps de la patiente un objet de nature à provoquer une infection, et de l'infirmière chargée de l'assister durant l'intervention et qui ne s'est pas correctement acquittée de cette tâche ; c'est le chirurgien, et non l'hôpital, qui est le commettant de l'infirmière pendant les actes opératoires proprement dits, accomplis sous l'autorité et la surveillance du chirurgien, auquel le *rapport réel caractérisant la notion d'autorité* a, durant ces actes, été transféré).

²⁶⁴ Jurisprudence constante ; Cass., 12 février 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 652 ; 13 mai 1993, *Bull.*, n° 235 ; 14 mai 1999, *Bull.*, n° 283. Sur les règles gouvernant la responsabilité du fait des choses viciées, L. CORNELIS, *Principes du*

sauf s'il parvient à prouver que non pas le vice de la chose, mais le *dommage* est dû à une *cause étrangère* (cas fortuit, force majeure, fait d'un tiers ou fait de la victime elle-même). Autrement dit, la victime doit établir que l'origine de l'accident est à trouver dans le vice, et qu'elle n'aurait pas subi de dommage en l'absence du vice; le gardien peut rétorquer que l'on ne peut pas exclure toute autre cause que le vice. Cela peut, le cas échéant, concerner d'autres objets que le matériel médical *sensu stricto*; on pense par exemple, s'agissant de l'hôpital, aux ascenseurs, portes, sols, escaliers ou à l'éclairage²⁶⁵.

La détermination du gardien de la chose ne pose guère de problème en droit médical. Selon une jurisprudence constante, le gardien est celui qui, en fait, use de la chose, en jouit ou la conserve pour son propre compte, et qui dispose sur celle-ci d'un pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle²⁶⁶. La notion de garde doit être déterminée sur la base d'un examen des circonstances concrètes de la cause; il s'agit d'identifier la personne qui avait, au moment où le dommage s'est produit, l'usage, la conservation et la jouissance de la chose incriminée et disposait, à son égard, du pouvoir de surveillance, de garde et de direction²⁶⁷.

63. La difficulté centrale à laquelle donne lieu cette responsabilité consiste à déterminer si le dommage dont la réparation est poursuivie a été causé par un

droit belge de la responsabilité extracontractuelle, vol. I, Bruxelles/Anvers, Bruylant/Maklu, 1991, pp. 480-546; L. CORNELIS et I. VUILLARD, « La responsabilité du fait des choses », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Kluwer, t. III, L. 30, 2001; B. DUBUISSON, « Développements récents concernant les responsabilités du fait des choses (choses, animaux, bâtiments) », in *Droit de la responsabilité*, CUP, vol. 10, Liège, 1996, p. 273, spéc. pp. 285-320; E. MONTERO et R. MARCHETTI, « Le point sur la responsabilité du fait des choses (choses, animaux, bâtiments): 10 ans de jurisprudence », in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, CUP, vol. 107, Liège, Anthemis, 2008, p. 98; R. MARCHETTI, « Quelques considérations à l'égard de la notion de vice et de l'exigence causale dans le cadre de la responsabilité du fait des choses vicieuses », *R.G.D.C.*, 2005, p. 336.

²⁶⁵ Liège, 13 octobre 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 221 (ascenseur); Anvers, 20 octobre 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 369 (porte de secours); Gand, 22 mai 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 147, note F. AUVRAY, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 129, note W. BUELENS (absence d'éclairage dans la cage d'escalier d'un hôpital; vice dont l'arrêt constate, avec une vraisemblance proche de la certitude, qu'il a entraîné une chute mortelle); comp. Gand, 23 décembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 34, note W. BUELENS; Liège, 28 avril 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.841 (la rampe d'accès pour les personnes à mobilité réduite ne constitue nullement une caractéristique anormale d'un couloir d'hôpital).

²⁶⁶ Cass., 18 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 3031, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.756; 25 mars 1999, *Bull.*, 1999, 453; 24 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 500; 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 251; 21 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 111; 15 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 88; 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 948, *J.T.*, 1987, p. 195, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.275; 11 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 149; 21 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 567; 15 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, n° 28, concl. M.P.; 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1023; 11 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 39; 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1362; 25 mars 1943, *Pas.*, 1943, I, p. 110. Sur la notion de gardien d'une chose, L. CORNELIS, *op. cit.*, pp. 489 et s., n°s 283 et s.; R. KRUIHOF, « La garde en commun d'une chose affectée d'un vice », note sous Cass., 15 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 577; et le point complet de B. DUBUISSON, « La garde de la chose... pour des prunes », note sous Cass., 20 mars 2003, *R.C.J.B.*, 2006, p. 14.

²⁶⁷ L. CORNELIS et I. VUILLARD, « La responsabilité du fait des choses », *op. cit.*, pp. 8 et s., et les références citées, qui précisent que « ni le droit de propriété, ni l'existence éventuelle d'une convention ayant la chose pour objet ne jouent en soi un rôle déterminant ». Le juge décide bien entendu souverainement en fait qui est le gardien d'une chose au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, pour autant qu'il ne viole pas la notion légale de gardien de la chose (Cass., 18 décembre 2008, précité).

vice de la chose qui est intervenue dans sa genèse. De façon générale, en vertu de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, « on est responsable du dommage résultant du fait d'une chose que l'on a sous sa garde, pour autant qu'il soit prouvé que ce dommage a été causé par le *vice de la chose*; celle-ci est affectée d'un vice si elle présente une *caractéristique anormale qui la rend, en certaines circonstances, susceptible de causer un préjudice* »²⁶⁸. L'origine du vice – fautive ou fortuite –, de même que sa consistance, sont indifférentes; la victime ne doit pas préciser quel est le vice de la chose qu'elle incrimine, mais doit prouver qu'il n'y aurait pas eu de dommage si un vice n'avait pas existé. La preuve du vice se fait naturellement par toutes voies de droit; le vice peut être établi de manière positive ou déduit de l'absence de toute autre cause, ou du mauvais comportement de la chose incriminée; mais il ne peut être déduit du simple comportement anormal de la chose que si l'on exclut parallèlement que ce comportement ait une autre cause que le vice²⁶⁹.

Une fois le vice de la chose établi, le juge ne pourra exonérer le gardien *sans constater* que, sans ce vice, le dommage *se serait néanmoins produit comme il s'est produit*, le débat se nouant donc sur le plan du lien causal. Il importe peu que le gardien ne soit pour rien dans l'apparition du vice et que celui-ci ait été pour lui indécélable; il ne s'agit pas d'une responsabilité à base de faute, et toute défense sur ce terrain est exclue²⁷⁰. L'ignorance du vice par le gardien, fût-elle invincible, ne le libère pas de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui. En cas de pluralité de causes potentielles, le gardien ne peut donc être exonéré que si le juge constate que le dommage, *tel qu'il s'est produit*, est *entièrement imputable à une cause extérieure au vice* et serait donc survenu de la même façon en l'absence de celui-ci; en revanche, la circonstance que le dommage a

²⁶⁸ Jurisprudence constante; Cass., 19 septembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 54, R.G.A.R., 1987, n° 11.218 (mise en évidence ajoutée); cette définition se retrouve dans de nombreux arrêts postérieurs. Le juge du fond apprécie *in concreto* le vice de la chose, sur la base des faits qu'il constate souverainement (Cass., 30 octobre 2009, R.G.A.R., 2010, n° 14.640). Le caractère anormal de la chose ne peut être apprécié qu'en effectuant une comparaison avec des choses du même genre et du même type, afin de déterminer les qualités auxquelles la victime pouvait normalement s'attendre (Cass., 11 mars 2010, R.G.A.R., 2011, n° 14.703). Et le vice « n'est pas exclusivement une défectuosité *intrinsèque*, un élément *permanent, inhérent à la chose* et survenu en dehors de toute intervention d'un tiers » (Cass., 13 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 481, *J.T.*, 1994, p. 231).

²⁶⁹ Jurisprudence pareillement constante; Cass., 11 septembre 2008, *For. ass.*, 2009, p. 36, note J.-L. FAGNART; 11 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 214; 18 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1130; 11 mars 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 765; 18 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 70. Sur la preuve du vice, en synthèse, L. CORNELIS, *op. cit.*, pp. 516 et s.; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, « Examen de jurisprudence, 1987 à 1993, La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 622-633; A. GOSSELIN, « Les vicissitudes de la notion de vice de la chose », *Act. Dr.*, 1992, p. 1307; R. MARCHETTI, *op. cit.*, R.G.D.C., 2005, p. 336; M. VAN QUICKENBORNE, « Le vice d'une chose complexe: sa caractéristique intrinsèque et anormale », note sous Cass., 20 février 1987, *R.C.J.B.*, 1990, p. 50.

²⁷⁰ Cass., 2 septembre 1986, *Bull.*, 1987, n° 4; 8 mars 1988, *Bull.*, n° 420; 26 mars 1992, *Bull.*, n° 399; 15 décembre 1992, *Bull.*, n° 795; 23 février 2000, *Bull.*, n° 140; 21 février 2001, *Bull.*, n° 107; J. DE COOT, « L'appréciation de la causalité dans le jugement des actions publique et civile », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, pp. 42-57.

été causé *à la fois* par la faute d'un tiers – ou, le cas échéant, de la victime – et par le vice de la chose n'exclut pas la responsabilité du gardien de celle-ci, mais lui permet de solliciter un partage de responsabilités²⁷¹.

Ajoutons enfin que, par-delà la réflexion portant sur le fondement contractuel ou quasi délictuel de la responsabilité médicale, il est un point certain : dès lors que, sauf exception, le contrat médical ou hospitalier ne porte *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 poursuit la réparation est survenu *en dehors du cadre des soins*²⁷². Ceci pose la question du *domaine de l'obligation de sécurité* accessoire à l'obligation principale : si le dommage est *nécessairement lié au contrat*, la question de l'existence et de la nature de cette obligation de sécurité 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 ; tel n'est, en revanche, pas le cas si le dommage aurait pu se produire dans n'importe quelle autre occasion ; il n'est alors *pas lié à l'objet du contrat* et ne doit pas être soumis aux règles de la responsabilité contractuelle.

64. Au titre des applications jurisprudentielles de la responsabilité du fait des choses viciées en matière médicale, on relève la mise en cause de l'hôpital, propriétaire et gardien d'une installation électrique défectueuse (p. ex., défaillance d'isolation d'un bistouri causant une brûlure du patient), la responsabilité personnelle du médecin étant écartée s'il a contrôlé les appareils litigieux avant l'opération et ne les a pas utilisés d'une manière fautive²⁷³. Il peut y avoir – le constat est fréquent en pratique – coexistence d'une *faute du praticien dans l'usage de l'appareil* et du vice de celui-ci ; on retombe alors dans le domaine de la responsabilité pour fait personnel, les deux fondements pouvant naturellement être juxtaposés. De manière générale, de la circonstance qu'une chose est

²⁷¹ Cass., 30 septembre 2004, *Pas.*, n° 444, R.G.A.R., 2006, n° 14.158, R.G.D.C., 2005, p. 333, note R. MARCHETTI.

²⁷² Ainsi en est-il si le patient, après avoir heurté une marche ou un objet quelconque, fait une chute dans le hall d'accueil du centre médical où il avait rendez-vous pour une consultation ; il n'y a alors pas lieu d'envisager l'existence d'une *obligation de sécurité*, puisqu'on se situe dans le domaine extracontractuel, la sécurité du consommateur dans les *locaux* du prestataire étant *étrangère à l'objet du contrat* (cf. Cass. fr., 2^e civ., 10 janvier 1990, *RTDciv.*, 1990, p. 481, obs. P. JOURDAIN).

²⁷³ Liège, 3 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 346 ; Liège, 24 octobre 1995, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 42, qui absout le chirurgien de toute responsabilité personnelle car il n'a pu apercevoir la défectuosité de l'équipement et n'a pas eu connaissance de défaillances antérieures et, du reste, un médecin hospitalier « peut légitimement supposer que la clinique met à sa disposition un équipement soumis à un entretien régulier effectué par une firme spécialisée » ; Gand, 4 mai 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 53, qui déduit de manière indirecte le vice de l'appareil de son comportement anormal, puisque toute autre cause fait défaut ; dans le même sens, Civ. Mons, 8 décembre 1999, *Bull. ass.*, 1992, p. 281. Comp. Civ. Gand, 27 novembre 2000, *Intercontact*, 2001, p. 6 (la clinique a comme devoir de mettre du matériel convenable à la disposition du chirurgien ; elle prend un risque lorsque, sachant 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, elle met néanmoins cet appareil à la disposition du chirurgien ; elle doit, dès lors, assumer la responsabilité de ce risque et indemniser le dommage qui en résulte).

devenue défectueuse par l'usage que le gardien en a fait, il ne résulte pas qu'elle ne présente aucun vice au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, une faute dans la manipulation d'un matériel qui s'avère de surcroît défectueux pouvant entraîner la responsabilité sur les deux plans²⁷⁴. L'hôpital est, enfin, responsable en cas de non-disponibilité de dispositifs utiles (p. ex., salles de réveil en nombre suffisant) ou de non-utilisation (correcte) d'appareils disponibles et en bon état²⁷⁵.

B. Responsabilité du fait des produits défectueux

65. Le régime de responsabilité objective instauré par la directive européenne n° 85/374 du 25 juillet 1985 et la loi du 25 février 1991 relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux pourrait trouver à s'appliquer en matière médicale. Au demeurant, selon la Cour de justice de l'Union européenne, cette directive doit être interprétée en ce sens que la responsabilité qu'elle instaure s'applique à la fabrication et à l'utilisation par les médecins de produits défectueux à des fins thérapeutiques²⁷⁶. Rappelons que, dans ce régime, le producteur – auquel peut être assimilé le fournisseur si le véritable producteur ou l'importateur ne peuvent être identifiés (art. 3 et 4 de la loi du 25 février 1991) – est responsable de plein droit du dommage causé par un défaut du produit qu'il met en circulation²⁷⁷; il appartient à la personne lésée – cocontractant ou tiers – d'appor-

²⁷⁴ Cass., 20 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 62, *Bull. ass.*, 1992, p. 530, *J.T.*, 1992, p. 445; Bruxelles, 17 novembre 1989, *J.L.*, 1990, p. 331, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11.904 (responsabilité personnelle du chirurgien pour l'utilisation dangereuse d'un bistouri électrique vétuste mais réparé, et responsabilité de l'hôpital pour faute de son service technique, qui avait réparé l'appareil malgré l'interdiction du fabricant; décision sévère, puisqu'elle retient « que le fait que d'autres chirurgiens, même nombreux, placés dans les mêmes circonstances, agiraient de manière identique, ne confère pas aux actes qui ont été posés le caractère de prudence qui leur fait défaut »).

²⁷⁵ Anvers, 2 mai 1989, *R.W.*, 1989-1990, p. 260, note H. NYS; *adde* Civ. Bruges, 10 novembre 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 293, note T. VANSWEEVELT (responsabilité de l'anesthésiste pour les fautes commises dans l'exécution de ses directives par le personnel hospitalier mis à sa disposition par l'hôpital, malgré un mauvais raccordement de tuyaux qui pouvait s'assimiler à un vice de l'appareil; le tribunal ajoute que « la responsabilité de l'anesthésiste persiste tout au long du processus de réveil du patient; lorsque plusieurs anesthésies sont effectuées simultanément, la sécurité du patient doit être assurée à tout moment »; il conclut en l'espèce que « l'anesthésiste est seul responsable à la suite d'une faute personnelle dans la surveillance du patient après l'intervention chirurgicale »).

²⁷⁶ C.J.C.E., 10 mai 2001, <http://curia.europa.eu>, concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 188, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1332, note F. BONNAMOUR, *D.*, 2001, p. 3065, note P. KAYSER, *RTDciv.*, 2001, p. 988, obs. J. RAYNARD, *J.T.*, 2002, p. 207, note J.-L. FAGNART, « Transplantation d'organe et responsabilité du fait des produits défectueux », *D.C.C.R.*, 2002, p. 53, note I. LUTTE, « Transplantation d'organe au regard de la jurisprudence de la C.J.C.E. ». Il s'agissait en l'espèce d'un rein traité, en vue d'une transplantation, au moyen d'une solution de perfusion préparée par la pharmacie d'un hôpital; en raison d'un défaut de ce produit, une artériole présentait une occlusion rendant le rein inutilisable pour toute transplantation. La Cour de Justice décide notamment qu'un produit défectueux est mis en circulation lorsqu'il est utilisé à l'occasion d'une prestation de service concrète, de nature médicale, consistant à préparer un organe humain en vue de sa transplantation, et que le dommage causé à celui-ci est consécutif à cette préparation.

²⁷⁷ Une obligation de sécurité, de résultat, est ainsi mise à la charge du producteur (C. LARROUMET, « La notion de risque de développement, risque du XXI^e siècle », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-

ter la preuve du défaut, du dommage et du lien de causalité entre ce défaut et ce dommage (art. 7 de la loi). Ceci peut viser les « dommages en série »²⁷⁸ : selon la Cour de justice de l'Union européenne, le constat d'un défaut potentiel de produits appartenant au même groupe ou relevant de la même série de production, tels des stimulateurs cardiaques et des défibrillateurs automatiques implantables, permet de qualifier un tel produit de défectueux *sans qu'il soit besoin de constater ledit défaut dans le produit précis incriminé*; et le dommage causé par une opération chirurgicale de remplacement d'un tel produit défectueux constitue un « dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles » dont le producteur est responsable, lorsque cette opération est nécessaire pour éliminer le défaut du produit considéré²⁷⁹.

Au sens de l'article 5 de la loi, un produit sera défectueux 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 de celui-ci et du moment auquel il a été mis en circulation. Cette définition met au premier plan l'exigence consumériste de sécurité, et non celle d'anormalité d'une caractéristique de la chose. Outre que la définition du défaut est donc plus large que celle du vice²⁸⁰, les *causes d'exonération* dont le producteur peut se prévaloir sont envisagées de manière plus étroite dans la loi du 25 février 1991 que dans le système de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. Il s'agit des principaux avantages de ce régime spécifique de responsabilité *objective*, duquel *toute référence à une faute éventuelle est absente*. Il faut toutefois se garder de confondre un produit *dangereux*, ou *a fortiori* ne donnant pas (entière) satisfaction, et un produit défectueux : un produit susceptible de présenter des effets secondaires indésirables, voire un produit dangereux comportant certains risques, n'est pas nécessairement un produit défectueux et ne le devient que s'il manque à la *sécurité à laquelle l'utilisateur peut légitimement s'attendre*. Le défaut peut résulter exclusivement d'une

Assas (Paris II), Paris, Dalloz, 2000, pp. 1591-1592, n° 1613). Sur l'identification du producteur, Mons, 13 janvier 2012, *For. ass.*, 2014, p. 239, note C. DELBRASSINE, D.C.C.R., 2013, p. 105, note S. VANDEMAELE.

²⁷⁸ B. DUBUISSON, « Les dommages en série – Responsabilité, assurance et indemnisation », *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.182 et 15.195.

²⁷⁹ Ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier dans les affaires au principal; C.J.U.E., 15 mars 2015, <http://curia.europa.eu>, concl. Y. BOT, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.201, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 43, note D. VERHOEVEN, D.C.C.R., 2016, p. 15, note E. BUYUKSAGIS.

²⁸⁰ L'article 5, alinéa 2, précise judicieusement qu'un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis en circulation ultérieurement. Jugé que « l'absence de sécurité doit être évaluée à l'aide d'un critère objectif; la norme est la sécurité que le grand public est en droit d'attendre, ce qui doit *in abstracto* être évalué selon le critère de la personne normalement consciencieuse, placée dans les mêmes circonstances; le juge doit vérifier quelles étaient les attentes de sécurité légitimes du grand public, en tenant compte de toutes les circonstances; l'énumération des facteurs d'évaluation à l'article 5 de la loi du 25 février 1991 est énonciative et non pas limitative » (Anvers, 13 avril 2005, *R.W.*, 2008-2009 [somm.], p. 803). Pour une appréciation souple, notamment de la notion d'« usage raisonnablement prévisible » et de l'exonération pour défaut apparu postérieurement à la mise en circulation, Anvers, 28 octobre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 381, note D. VERHOEVEN.

information insuffisante ou erronée, par exemple sur la notice d'un médicament²⁸¹.

66. Aux termes de l'article 8 de la loi, le producteur pourra être exonéré notamment s'il peut établir que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui et est né postérieurement²⁸², qu'il est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics, que, s'agissant du producteur d'une partie composante ou d'une manière première, le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie composante ou matière première a été incorporée, ou aux instructions données par le producteur de ce produit, ou enfin que *l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit* ne lui permettait pas de déceler l'existence du défaut ; c'est ce que l'on appelle le « risque de développement »²⁸³. La loi belge ne comporte à cet égard aucune disposition spécifique concernant l'activité médicale, au contraire de la loi française du 19 mai 1998 transposant la directive européenne et insérant les articles 1386-1 à 1386-18 dans le Code civil français²⁸⁴.

²⁸¹ Liège, 17 janvier 2013, *Consilio*, 2014, p. 81, note C. DELFORGE (qui toutefois déboute le plaignant, faute de preuve d'un défaut et d'un lien causal avec le dommage).

²⁸² Il est à cet égard uniquement requis du producteur qu'il prouve qu'il peut être *estimé* que le défaut n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation ou que ce défaut est né postérieurement, et non que ceci est *établi*; cela étant, dès que le juge considère que le dommage, le défaut et le lien de causalité sont prouvés, le producteur, qui invoque qu'il n'est pas responsable, supporte la charge de cette preuve et, s'il se borne à invoquer que la cause du dommage est incertaine, il ne satisfait pas à la charge qui lui incombe (Cass., 4 mai 2007, *Pas.*, 2007, p. 835, R.G.A.R., 2008, n° 14.412, R.W., 2007-2008, p. 1283, note D. WUYTS).

²⁸³ Sur cette notion et sur la question de savoir si elle constitue une véritable cause d'exonération, C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 1589; O. BERG, « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *J.C.P.*, 1996, I, 3945; T. VANSWEEVELT, « Les risques de développement », in *Les assurances de l'entreprise*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 317; C. VERDURE, « Le risque de développement dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux », *R.G.D.C.*, 2007, p. 131. La Cour de cassation a précisé à cet égard qu'ainsi qu'il ressort de la jurisprudence communautaire, l'impossibilité de découvrir l'existence d'un vice ne résulte pas de l'état des connaissances dont le producteur concerné était ou pouvait être concrètement ou subjectivement informé, mais de la situation *objective* des connaissances techniques et scientifiques, dont le producteur est *censé* être informé (Cass., 6 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 802, *N.j.W.*, 2007, p. 460, note I. BOONE, *R.G.D.C.*, 2007, p. 188).

²⁸⁴ L'article 1386-12 prévoit en effet que le producteur ne pourra invoquer la cause d'exonération constituée par le « risque de développement » lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les *produits issus de celui-ci*. Aux termes de l'article 15 de la directive, cette cause d'exonération était en effet facultative, les États pouvant décider de ne pas l'inclure dans leur législation. Le législateur français a donc *expressément intégré* les *éléments du corps humain* parmi ceux pouvant être qualifiés de défectueux, tout en précisant, à leur propos, que l'exonération pour risque de développement n'est pas admise, ce qui est susceptible d'avoir une incidence notamment en ce qui concerne les transfusions sanguines et l'obligation (de sécurité) imposée aux centres de transfusion de fournir aux receveurs des produits exempts de vices, dont ils ne peuvent s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée. Ceci fit couler pas mal d'encre chez nos voisins, où la responsabilité objective du fait des produits de santé défectueux paraît plus fréquemment mise en œuvre qu'en Belgique (G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 488-489, et les réf. citées).

67. Il n'existe aucune raison d'exclure les appareils et instruments médicaux du régime de responsabilité objective du fait des produits défectueux²⁸⁵ ; il serait bon d'y penser, vu son caractère favorable pour la victime. La jurisprudence concernant les *prothèses* semble offrir un terrain propice à l'irruption de ce régime en matière médicale, où il ne fait pour l'heure que de bien timides incursions ; une affaire dramatique en témoigne, relative à un appareil dentaire composé d'un arc facial extraoral relié par des élastiques à un casque muni de crochets, porté par une enfant²⁸⁶. Cela peut également concerner les effets secondaires graves de certains médicaments (surdité complète et divers troubles connexes)²⁸⁷, la mise sur le marché de matériel d'ostéosynthèse d efectueux²⁸⁸ ou des appareils défectueux utilis es dans le cadre de soins hospitaliers²⁸⁹. En ce qui concerne les notices des médicaments, il convient que le patient apporte la preuve d'une présentation *incomplète ou inexacte* – par exemple, en ce qu'elle

²⁸⁵ La Cour de justice des Communautés européennes le confirme dans l'arrêt pr ecit e du 10 mai 2001. En ce sens, T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 159-164, et *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, pp. 1493-1500, et les exemples cit es.

²⁸⁶ La cour d'appel (Liège, 4 avril 2001, inédit) a consid er e cet appareil comme défectueux car il nécessitait « l'utilisation d'élastiques dont le système de fixation présentait un danger, essentiellement pour les jeunes enfants », et « l'usage du produit était susceptible de causer un dommage raisonnablement pr evissable dans la mesure où il était destin e notamment à de jeunes enfants qui ne sont généralement pas en mesure d'apprécier les risques d'utilisation » ; le producteur « ne pouvait ignorer le risque que présentait pareil appareil, nonobstant les conseils de prudence normalement prodigués aux jeunes utilisateurs » (partage de la responsabilité par moitié entre le fabricant et les parents, en conséquence de la faute commise par l'enfant). Le pourvoi de la soci ete fabricante, pris, en substance, de la méconnaissance de la notion de défaut au sens de l'article 5 de la loi, est rejet e : la cour d'appel a légalement justifi e sa décision que l'appareil litigieux n'offrait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre (Cass., 26 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1494, *J.L.M.B.*, 2004, p. 260, *N.j.W.*, 2004, p. 271, note I.B., *R.G.A.R.*, 2004, n o 13.897, *R.W.*, 2004-2005, p. 22, note B. WEYTS). Il en résulte que la Cour de cassation se réserve certes de contrôler la notion légale de défaut du produit, mais elle renvoie à cet égard à la motivation des juges du fond ; en l'espèce, celle-ci n'était pas exempte de reproches puisqu'elle semblait verser dans une confusion entre le *défaut* et le *risque* ou le *danger* que présentait l'appareil, lequel avait été dûment port e à la connaissance de l'enfant et de ses parents, qui avaient reçu toutes les instructions nécessaires quant aux précautions à adopter.

²⁸⁷ Civ. Bruxelles, 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1193, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 284, note C. LEMMENS. Le tribunal, qui se déclare convaincu par la certitude de ce lien causal, constate que la notice du médicament en question mentionnait la possibilité de troubles auditifs *réversibles*, tandis que le *compendium* destin e aux professionnels relevait que lesdits troubles s'étaient av er es *réversibles dans la majorité des cas* ; ceci le conduit à décider que les consommateurs n'ont « manifestement pas été correctement inform es du risque de troubles irréversibles de l'ouïe pouvant être consécutifs à la prise du médicament litigieux, dont (la soci ete pharmaceutique) avait pourtant connaissance », de sorte que ce médicament était défectueux au sens de l'article 5 de la loi du 25 février 1991, dès lors que la présentation inad equa, incomplète ou erronée d'un produit, notamment dans les notices destinées au consommateur, peut être constitutive d'un défaut.

²⁸⁸ Bruxelles, 28 novembre 2005, *R.G.A.R.*, 2008, n o 14.341 (responsabilité *in solidum* du fabricant et du médecin chirurgien).

²⁸⁹ Gand, 18 septembre 2008, *Intercontact*, 2009, p. 81 (lorsque, dans un hôpital, un patient est blessé par un appareil défectueux, non seulement l'hôpital et son assureur peuvent être impliqu es sur la base de la responsabilité extracontractuelle, mais aussi le fournisseur de l'appareil et son assureur, sur la base de la responsabilité des produits) ; Civ. Gand, 7 mai 2004, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 162 (responsabilité de l'hôpital et du fournisseur pour le dommage causé par une lampe défectueuse, utilis e lors des soins).

diffère des indications destinées aux médecins –, en tenant compte de ce que tout patient normalement attentif et prudent doit comprendre, et du *lien causal* avec son dommage²⁹⁰. Sur ce terrain causal, on épinglera un étonnant arrêt français relatif à une sclérose en plaques imputée au vaccin contre l'hépatite B, lequel témoigne de ce que « la certitude du lien causal semble appréhendée avec moins de rigueur en France que dans notre pays et dans d'autres systèmes juridiques »²⁹¹.

C. Vers une obligation de sécurité des appareils, produits, médicaments et dispositifs médicaux ?

68. Cette revendication croissante, intrinsèquement liée à la protection de la partie réputée faible, à la prise en compte du risque et à la garantie des droits fondamentaux, est d'une grande importance : dans le contexte médical et hospitalier, il n'est guère de traitements ou d'interventions qui ne supposent l'utilisation de divers appareils ou dispositifs susceptibles, en eux-mêmes, de faire courir un risque au patient. Répondant aux revendications sécuritaires, qui illustrent la tendance « consumériste » empruntée par le droit depuis la fin du siècle dernier, la jurisprudence, notamment française, a entrepris « d'hypertro-

²⁹⁰ Liège, 17 janvier 2013, *Consilio*, 2014, p. 81, et la note substantielle de C. DELFORGE (hémorragie cérébrale imputée à la prise de Plavix et à un supposé manque d'informations sur la notice). Décision critiquable sur le plan du lien causal : selon la cour d'appel, le patient « reste en défaut de démontrer que, compte tenu de la sévérité et du caractère évolutif de sa pathologie cardiaque, il n'aurait pas accepté le traitement médical prescrit par son médecin, même en ayant pu prendre connaissance [...] du risque hémorragique majeur [...] ». Il apparaît à cet égard hautement vraisemblable que tout patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances et souffrant aussi sévèrement d'une pathologie cardiaque et ayant déjà subi de multiples opérations et divers traitements se révélant insuffisants à stabiliser son état aurait accepté le traitement prescrit, malgré les risques qu'il comporte » ; ceci démontre que la cour d'appel confond lien causal certain et acceptation des risques. Pour rappel (voy. *supra*, section I, § 8), il n'y a pas lieu de se demander *ce qu'aurait fait un « patient raisonnable » s'il avait su ce qu'il n'a pas su* ; c'est se perdre en conjectures et là n'est pas la question (G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps. Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation », in I. LUTTE (dir.), *Droit médical & dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal/Bruxelles, Anthemis/ULB, 2014, p. 77).

²⁹¹ Cass. fr., 1^{re} civ., 9 juillet 2009, *Consilio*, 2010, p. 47, note J.-L. FAGNART et I. LUTTE (ici cités). Déduire le défaut, comme dans l'espèce bruxelloise précitée, de la circonstance que « la poussée de sclérose en plaques » était connue des professionnels, mais non indiquée (à l'époque) dans la notice de présentation du vaccin, peut être approuvé ; c'est le rejet du moyen portant sur le lien causal qui surprend. Selon la Cour, les juges d'appel ont pu, d'une part, relever que les études scientifiques produites *n'excluaient pas un lien possible* entre la vaccination et la survenance d'une sclérose en plaques et, d'autre part, retenir la temporalité et le contexte (maladie survenue peu de temps après l'injection du produit, absence d'antécédents neurologiques ; « dès lors aucune autre cause ne pouvait expliquer cette maladie, dont le lien avec la vaccination relevait de l'évidence selon le médecin traitant ») ; la cour d'appel a ainsi « souverainement estimé que ces faits constituaient des présomptions graves, précises et concordantes [et] a pu en déduire un lien causal entre la vaccination [...] et le préjudice ». Nous rejoignons pleinement les excellents commentateurs en ce qu'ils relèvent qu'ainsi la Cour de cassation française admet une causalité *simplement possible* (fut-elle vraisemblable), mais en réalité parfaitement incertaine et d'ailleurs démentie par les études scientifiques. Rappr., sur la preuve du caractère défectueux d'un vaccin et du lien causal avec une affection neurologique, souplement admise, Liège, 9 octobre 2014, R.G.A.R., 2015, n° 15.153.

phier» divers contrats en greffant sur eux une *obligation de sécurité*, en général sur le fondement de l'article 1135 du Code civil²⁹². En droit médical, cette orientation trouve un appui dans la *loi sur les droits du patient*, dont il est permis de considérer, sans vraiment forcer le trait, qu'elle saisit ce dernier comme le *consommateur* de services médicaux et hospitaliers, autorisé en cette qualité à faire valoir certaines revendications à l'égard de leurs prestataires; encore faudra-t-il, bien entendu, que le patient démontre que ce sont bien les dispositifs incriminés qui sont à la source de son dommage, l'exigence stricte du lien causal étant naturellement requise *quel que soit le fait générateur de responsabilité*.

La jurisprudence française s'est, sur ce point, fixée en adoptant un régime strict; il est pertinent de s'y référer, afin de mettre en lumière les indéniables apports qu'elle est susceptible de fournir. Tel qu'il résulte, en France, des 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), le système applicable combine la responsabilité médicale «classique» et une prise en charge collective par la solidarité nationale, par le biais de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ci-après, «ONIAM»), de l'indemnisation des victimes de risques sanitaires, au moyen d'un mécanisme *no fault* assorti de limitations diverses²⁹³. L'ONIAM a pour mission d'indemniser les victimes d'aléas thérapeutiques pour lesquels la responsabilité d'un prestataire de soins n'est pas rapportée; son intervention peut avoir lieu après une procédure contentieuse fixant le montant de l'indemnisation.

²⁹² En matière de transport routier, ferroviaire ou aérien, de compétitions sportives, d'hébergement hôtelier, etc.; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, n°s 454, 568 et 590; P. LE TOURNEAU *et al.*, *op. cit.*, pp. 1101-1107, n°s 3292-3309 (qui critique l'obligation de sécurité, «viciée dans son principe»); sur le recours à cette fin à l'article 1135 du Code civil, les thèses de P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2005, et C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2006.

²⁹³ Présentation synthétique du système français: Y. LAMBERT-FAIVRE, «La responsabilité médicale et sa garantie d'assurance dans la législation française de 2002», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 797; D. MARTIN, «Le dispositif français d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, par la voie du règlement amiable», in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2008, p. 473; 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. n° 5; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2016, spéc. pp. 519-611 et pp. 678-795; P. LE TOURNEAU *et al.*, *ibid.*, pp. 1271-1307, n°s 4188-4283, et pp. 2151-2178, n°s 8501-8587; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *ibid.*, pp. 1004-1028, n°s 999-1025. Pour un bilan: M. BACACHE, A. LAUDE et D. TABUTEAU (dir.), *La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades: 10 ans après*, coll. Centre de droit médical et biomédical, Bruxelles, Bruylant, 2013; *Dix ans d'application de la loi Kouchner*, R.G.D.M., 2013, numéro spécial. Notre loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé calque désormais celle-ci sur le système français, à tout le moins sur le plan des principes.

S'agissant de l'obligation de sécurité ici examinée, l'hôpital public est, selon la jurisprudence du Conseil d'État, 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 utilise²⁹⁴; 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. En effet, comme en matière d'infections nosocomiales (*infra*, § 5), la Cour de cassation française 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*, ainsi que – et, ici, elle vise aussi le médecin lui-même – quant au *matériel utilisé pour l'exécution d'un acte d'investigation ou de soins*²⁹⁵.

69. Cette orientation pourrait séduire certains juges belges. Ainsi a-t-on déjà pu retenir que « l'utilisation de produits contaminés ou impropres dans le cadre d'examens de laboratoires préalables du matériel donneur constitue un manquement à l'obligation de sécurité de l'hôpital d'utiliser des produits sûrs et stériles dans ses laboratoires et de fournir du matériel d'implantation donneur non contaminé; le fournisseur du matériel donneur contaminé est contractuellement responsable des conséquences liées à la fourniture impropre d'un produit contaminé, et donc tenu de garantir l'hôpital », ou, de façon encore plus générale, que « 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 »²⁹⁶.

Selon la Cour d'appel de Liège, il existe dans le chef du chirurgien une 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 », obligation de sécurité qui « oblige le médecin – bien qu'agis-

²⁹⁴ C.E. fr., 9 juillet 2003, *D.*, 2003, p. 2341, *A.J.D.A.*, 2003, p. 1946, note M. DEGUERGUE (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; c'est donc davantage qu'une *présomption de faute* dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier). La même règle avait déjà été formulée en matière de transfusion sanguine.

²⁹⁵ Cass. fr., 1^{re} civ., 7 novembre 2000, *D.*, 2001, somm., p. 3085, obs. J. PENNEAU, *Deffrénois*, 2001, art. 37.309, n° 19, obs. E. SAVAUX (en l'espèce, une table d'opération); Cass. fr., 1^{re} civ., 9 novembre 1999, *D.*, 2000, jur., p. 117, note P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2000, I, 199, obs. G. VINEY, *J.C.P.*, 2000, II, 10251, note P. BRUN, *Deffrénois*, 2000, p. 251, note D. MAZEAUD, *R.G.D.M.*, 2000, p. 89, rapport P. SARGOS, note C. CAILLE (chute d'une patiente d'une table de radiographie; la position est ici généralisée, tout en maintenant, ce qui illustre 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 »); A. LAUDE, « La responsabilité des produits de santé », *D.*, 1999, chr., p. 189.

²⁹⁶ Civ. Gand, 16 avril 2007, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 370, note C. LEMMENS; Anvers, 22 février 1999, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13.257, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 285.

sant totalement correctement – à ne pas compromettre le bien du patient. Le fait de ne pas compromettre le bien du patient est lié aux dommages sérieux qui dépassent les limites de ce qui est normalement prévisible dans une maladie ou affection définie ne mettant pas la vie en danger, qui n’aurait pas été traitée par l’acte médical contesté. 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», mais cette obligation de sécurité se voit qualifiée d’obligation de moyens, et non de résultat²⁹⁷.

70. En France, l’utilisation d’un matériel *même en bon état* peut être l’objet d’une obligation de sécurité qualifiée de résultat, pourvu, bien entendu, que le patient démontre que le matériel incriminé est la *cause de son dommage* : 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 dispositif ou du produit mis en cause n’est requis²⁹⁸. En l’absence d’erreur (de manipulation, de dosage, d’entretien du matériel, etc.), de défaut et de vice, comment expliquer cette orientation autrement 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 d’une responsabilité entraînée par la simple *réalisation d’un risque aléatoire*, ce qui pourrait sembler excessif ou injuste par rapport à la finalité même de la responsabilité civile ; mais il s’agit d’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. Une – timide – tendance consistant à ne plus accepter qu’un « simple objet », même correctement manipulé, mette en péril l’intégrité physique du malade semble se dessiner également en droit belge, bien que la

²⁹⁷ Liège, 24 mai 2004, R.G.A.R., 2005, n° 13.999, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 301. La cour d’appel poursuit en plaçant – de manière originale – 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 ».

²⁹⁸ Comp. Cass. fr., 1^{re} civ., 3 mars 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10049, rapport P. SARGOS ; Cass. fr., 1^{re} civ., 28 avril 1998, *J.C.P.*, 1998, II, 10088, rapport P. 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 ; du même auteur, pour une synthèse, « Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins », in *Droit et économie de l’assurance et de la santé. Mélanges en l’honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 375.

jurisprudence ne semble pas avoir encore eu l'occasion ou l'audace de l'affirmer au-delà de l'hypothèse d'une infection nosocomiale « certaine ».

Cette tendance n'est pas critiquée : le professeur Van Ommeslaghe, s'il prend précisément comme exemple la guérison du malade et l'obligation de soins du médecin comme archétype de l'obligation de moyens, précise que « la détermination de la nature de l'obligation dépend [...] de l'existence d'un aléa *et de la question de savoir qui l'assume* » ; en ce qui concerne les obligations de sécurité « souvent assumées à titre accessoire en vertu de certains contrats », il relève que, « le plus souvent, la jurisprudence les range parmi les obligations de moyen, du moins en Belgique » (il en va ainsi de « l'obligation de sécurité liée à la garde et à la surveillance dans un hôpital à l'égard des malades, notamment en milieu psychiatrique »), mais qu'« une certaine tendance consiste cependant à accroître en ce domaine le champ des obligations de résultat, ce qui aboutit à aggraver la responsabilité du débiteur de la sécurité ». Ainsi, « l'obligation de sécurité assumée par les hôpitaux, les cliniques, les organisations dispensant des soins de santé est considérée comme étant de résultat lorsqu'elle porte sur le matériel employé et l'utilisation de celui-ci et comme de moyen lorsqu'elle porte sur les soins eux-mêmes, avec d'importantes nuances selon les circonstances propres à chaque espèce »²⁹⁹.

§ 5. Les infections nosocomiales et l'aléa thérapeutique

71. Infections nosocomiales et accidents médicaux ne sont pas synonymes et n'appellent pas le même raisonnement. S'il est normal que le médecin ne puisse promettre la guérison ou le résultat thérapeutique visé, il se conçoit difficilement qu'une intervention ou une hospitalisation entraîne un dommage *sans rapport* avec le mal initial, et c'est en cela que gît l'enjeu d'une appréhension juridique novatrice des infections nosocomiales. En effet, l'aléa médical – qui justifie assurément que l'obligation principale du médecin soit de moyens – ne devrait pas intervenir lorsque le litige ne trouve pas sa source dans 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 dont il n'est pas impensable qu'il pèse sur celui qui le fait courir à autrui³⁰⁰.

²⁹⁹ H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II « Les obligations », par P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 1, pp. 52-53, n° 16-17, et pp. 58-59, n° 17 ; mise en évidence ajoutée.

³⁰⁰ 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). La matière des infections nosocomiales constitue sans doute le *terrain d'élection de la responsabilité médicale à base de risque* : « 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 » (F. CHABAS, « Les infections nosocomiales : responsabilité en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.*, 21-23 avril 2002, p. 3).

Si l'on peut parfaitement comprendre les réserves qu'est susceptible de susciter l'extension de l'obligation de sécurité de résultat aux *médecins libéraux*, on doit aussi constater, s'agissant des institutions de soins, que, contrairement à certaines craintes parfois émises, l'évolution jurisprudentielle qu'a connue en France la matière des 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*. Il faut garder à l'esprit que toute victime devrait pouvoir obtenir l'indemnisation d'un dommage constitutif d'une atteinte à sa sécurité corporelle et qui est *indépendant du résultat aléatoire des soins reçus*³⁰¹, tout en maintenant un délicat équilibre entre deux exigences tout aussi légitimes et nécessaires : l'indemnisation des victimes et la préservation des intérêts du corps médical, laquelle profite au demeurant aussi aux patients, puisqu'elle permet d'éviter la pusillanimité du praticien par crainte de conséquences juridiques trop sévères³⁰².

Il est 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 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'ins-titution de soins pour méconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat (A). En revanche, 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, par conséquent, la preuve d'une négligence fautive dans le chef du débiteur, car, si le patient *espère* sortir guéri du traitement qu'il entreprend, il ne peut en être *certain*, et la réparation des conséquences des aléas thérapeutiques excède, très logiquement, les bornes de la responsabilité *médicale* (B). Il y a là une frontière à tracer ; cette tâche est délicate, mais pas insurmontable. À notre estime, le droit médical moderne impose de ne pas se contenter d'examiner si l'hôpital ou l'un quel-conque de ses préposés a commis une faute et, si pareille faute n'est pas établie, de conclure que l'on se situe dans le champ de l'aléa thérapeutique et qu'aucune indemnisation n'est envisageable – sauf en empruntant la voie, escarpée et semée d'embûches, du Fonds des accidents médicaux.

A. *Les infections nosocomiales : la souhaitable reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat*

72. Les infections nosocomiales sont, 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*. Elles sont dites exogènes si elles

³⁰¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.*, 1994, chr., p. 81 ; et, du même auteur, « L'éthique de la responsabilité », *RTDciv.*, 1998, p. 1.

³⁰² M. GOBERT, « L'aléa thérapeutique en droit civil », in D. TRUCHET (dir.), *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, coll. Droit sanitaire et social, Paris, Sirey, 1995, p. 16.

sont indépendantes de l'état du patient et de son évolution prévisible³⁰³. Il s'agit donc d'infections acquises au cours du séjour du malade à l'hôpital, en tenant compte d'un délai d'incubation généralement admis de quarante-huit heures³⁰⁴. Quelles que soient l'ampleur et la rigueur des mesures d'asepsie et de désinfection, le taux d'infections nosocomiales est incompressible et relativement constant; elles existent dans toute institution hospitalière et il paraît impossible de les éradiquer, ne fût-ce qu'en raison de leur genèse très certainement multifactorielle et quasiment toujours impossible à déterminer avec précision.

Il s'agit de l'une des pierres d'achoppement du droit de la responsabilité civile médicale « classique », frontalement confrontée à ses limites. Des tentatives, somme toute timides, visant à faire admettre en la matière la possibilité d'une responsabilité médicale à base de *risque* et non de faute – notion inadéquate ici –, ou, à tout le moins, la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat, peuvent être décelées; elles prennent principalement appui sur l'évolution de la jurisprudence (puis de la loi) en France. On ne saurait en effet, ici, éviter de s'inspirer des développements du droit français; il s'agit par excellence d'un secteur dans lequel son influence pourrait – et devrait – se faire ressentir.

La question qui se pose est double. Il s'agira tout d'abord d'identifier le dommage dont l'indemnisation est réclamée comme procédant d'une infection nosocomiale « pure », donc *exogène*, autrement dit indépendante de l'état du patient et de son évolution prévisible; à cet égard, l'expertise préalable à la discussion sur la responsabilité sera souvent d'une importance cruciale. Si tel est bien le cas – infection contractée plus de quarante-huit heures après l'admission et pour laquelle aucune autre cause n'est établie –, il conviendra ensuite de s'interroger sur le *raisonnement juridique à tenir* et de déterminer la réponse que le droit peut apporter à cette revendication légitime d'un patient injustement, douloureusement et arbitrairement frappé par un mal totalement *distinct* des soins qu'il a reçus.

³⁰³ I. LUTTE, « Aspect médico-légal des infections nosocomiales », in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *Actualités du dommage corporel. La responsabilité médicale*, Juridoc, 2003, p. 65, ici, pp. 78-81, qui observe que « les enquêtes de prévalence réalisées à ce jour révèlent un taux de $\pm 7\%$. Cela signifie que $\pm 7\%$ des patients hospitalisés au jour fixé présentaient une infection nosocomiale. Il s'agit d'une prévalence moyenne au sein d'un établissement hospitalier ». Pour un panorama et une analyse juridique complète, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 508-522; C. LEMMENS, « Het al dan niet vermijdbaar karakter van nosocomiale infecties en de impact daarvan op de verbintenissen van de zorgverlener », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 362-380; du même auteur et précédemment, « Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis? », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 375.

³⁰⁴ Définition reprise dans l'une des premières décisions publiées ayant trait spécifiquement à la question (Civ. Liège, 7 janvier 2002, R.G.A.R., 2002, n° 13.573), qui a fait florès; M. VANDERWECKENE, « Les infections nosocomiales: une simple question d'hygiène hospitalière? », R.G.A.R., 2002, n° 13.568.

La jurisprudence belge en matière d'infections nosocomiales *stricto sensu* se densifie, et la doctrine étudie désormais ce phénomène³⁰⁵. Une évolution pourrait se laisser entrevoir, et la Cour de cassation vient d'être enfin saisie de la question.

73. Dans trois arrêts du 29 juin 1999 concernant des patients victimes d'une infection nosocomiale consécutive à l'introduction dans l'articulation du genou de staphylocoques dorés, la première chambre civile de la Cour de cassation française a posé une règle de principe : un médecin est 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 ; de même, 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 étrangère³⁰⁶. Ce raisonnement avait été largement souhaité par la doctrine, qui appelait de ses vœux la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat *coexistant*, au sein du contrat médical, avec l'obligation principale de moyens concernant les soins donnés au malade³⁰⁷.

³⁰⁵ Outre les études déjà citées, S. CALLENS, « Gezondheidsrechtelijke bedenkingen bij ziekenhuisinfecties », in *Recht in beweging*, Maklu, 2006, p. 237 ; R.O. DALCQ, « À propos des infections nosocomiales », *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 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, p. 276 ; G. GENICOT, « Infections nosocomiales: la responsabilité médicale au milieu du gué », *J.L.M.B.*, 2010, p. 755 ; E. LANGENAKEN, « Les infections nosocomiales: un revirement de jurisprudence des juridictions liégeoises », *Consilio*, 2013, p. 85 ; P. MUYLAERT, « Les maladies nosocomiales: état de la jurisprudence et questions actuelles », *Consilio*, 2012, p. 87 ; *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/UCL, Recueil des travaux du GRERCA, 2015, pp. 223-289 (rapports nationaux et rapport de synthèse par B. DUBUISSON, p. 269).

³⁰⁶ Cass. fr., 1^{re} civ., 29 juin 1999, *J.C.P.*, 1999, II, 10138, rapport P. SARGOS, D., 1999, jur., p. 559, note D. THOUVENIN, *Defrénois*, 1999, art. 37.041, p. 994, note D. MAZEAUD, *RTDciv.*, 1999, p. 841, obs. P. JOURDAIN ; *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n^{os} 82-84, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2000, t. II, n^{os} 161-162, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE ; *Les grandes décisions du droit médical*, F. VIALLA (dir.), Paris, LGDJ, 2009, pp. 603-627, obs. O. SMALLWOOD et B. APOLLIS. Dans la première espèce, la cour d'appel avait retenu la responsabilité du médecin et de la clinique, condamnés *in solidum*. Le médecin lui faisait grief d'avoir retenu sa responsabilité alors qu'un chirurgien n'est tenu qu'à une obligation de moyens, de sorte qu'il appartient au patient, qui recherche sa responsabilité, de démontrer l'existence d'une faute commise par le praticien. Le pourvoi est rejeté. Dans les deux autres espèces, les arrêts attaqués estimaient au contraire que le médecin et/ou la clinique n'avaient commis aucune faute à l'occasion de l'apparition de l'infection nosocomiale, et les mettaient hors cause de ce chef. Ils sont cassés : l'arrêt qui, pour débouter le patient de son action en réparation de son préjudice à raison de la survenance d'une infection nosocomiale, action formée soit contre le médecin soit contre la clinique, énonce que le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non de résultat et que le patient doit être débouté de ses demandes s'il ne rapporte pas la preuve d'une faute commise par le médecin, faute qui ne peut se déduire de la seule apparition du préjudice, fût-il en relation de causalité avec l'acte médical pratiqué, ou qui retient qu'aucune négligence ou défaillance fautive ne pouvait être reprochée à l'établissement de santé pendant la phase pré- et postopératoire, viole l'article 1147 du Code civil.

³⁰⁷ Les commentaires des arrêts précités furent donc fort logiquement largement approuvés ; outre les notes précitées des professeurs Jourdain, Mazeaud et Thouvenin, F. CHABAS, « Les infections nosocomiales : responsabilité en droit privé et en droit public », *Gaz. Pal.*, 21-23 avril 2002, p. 2 ; S. HOCQUET-BERG,

C'est que l'aléa thérapeutique, ainsi entendu, « n'a rien à voir avec l'aléa dans l'exercice de la médecine »³⁰⁸, et on « peut fortement douter que l'obligation de moyens soit 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 »³⁰⁹. Une étude particulièrement autorisée, pionnière et qui fit date, montra les limites de l'obligation générale de moyens et la voie d'une possible distinction entre accident médical et échec des soins : « jusqu'à présent, la Cour de cassation s'est toujours refusé [...] à introduire des distinctions selon l'origine du dommage. [...] Mais ce refus n'est pas fondé sur un obstacle issu d'un texte légal. En effet, le droit général des contrats [est] d'une étonnante modernité par la souplesse qu'il offre ». Ainsi de l'article 1135 du Code civil qui « permet, à l'intérieur d'un même contrat, de retenir des obligations de nature et d'intensité différentes suivant la phase du contrat qu'elle concerne »³¹⁰.

Cette jurisprudence française a pour conséquence qu'il ne suffit 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'ils ont pris toutes les 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 irrésistible, ce qui est une preuve quasiment impossible à rapporter lorsqu'un lien de causalité entre l'hospitalisation et l'infection est établi par le rapport d'expertise. C'est bien parce qu'il s'agit ici *non pas des soins, mais de la sécurité du patient, chose toute différente*³¹¹.

« Commentaire des arrêts du 29 juin 1999 », *Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, p. 14 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « La réparation de l'accident médical », *D.*, 2001, chr., p. 570.

³⁰⁸ C. LARROUMET, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », *D.*, 1999, chr., p. 35, n° 8.

³⁰⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, « L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? », *J.C.P.*, 1997, I, 4016.

³¹⁰ P. SARGOS, « Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale », *D.*, 1996, chr., p. 365, qui conclut, avant les arrêts précités, que « c'est donc sans se livrer à une innovation juridique discutable que la Cour de cassation pourrait, sur le fondement de l'art. 1135 C. civ., combiné avec le "classique" art. 1147, introduire un "coïn" dans l'obligation de moyens inhérente au contrat médical, et qui doit rester le principe. Ce "coïn" implique le recours à la notion d'obligation de résultat » ; « en technique juridique la Cour de cassation pourrait donc, sans heurter aucun principe du droit des contrats, introduire une part d'obligation de résultat dans les obligations nées du contrat médical » ; « il n'est pas déraisonnable de soutenir que l'une des charges de l'activité professionnelle médicale est d'indemniser le dommage causé par un acte médical indépendamment de l'état du patient et de son évolution » (p. 370).

³¹¹ Les solutions jurisprudentielles françaises ont ensuite été intégrées 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. not., dans les *Mélanges offerts à Marcel Fontaine* [Larcier, 2003], Y. LAMBERT-FAIVRE, « La responsabilité médicale et sa garantie d'assurance dans la législation française de 2002 », p. 808, et G. VINEY, « L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français », p. 851).

La même solution est désormais de mise au *grand-duché de Luxembourg*, dont la Cour de cassation a accueilli un moyen reproduisant l'enseignement des arrêts français précités: «l'obligation accessoire de sécurité contractée par l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale est une obligation de résultat», d'où il suit «qu'en retenant qu'il appartient aux demandeurs de rapporter la preuve d'une faute à charge [de l'hôpital] en relation causale avec l'infection nosocomiale litigieuse», la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision³¹².

74. La jurisprudence belge est divisée sur cette question. Certaines décisions s'en tiennent à la responsabilité pour faute et exigent que le patient démontre que l'hôpital n'a pas pris toutes les mesures d'hygiène propres à lutter contre le risque d'infection nosocomiale³¹³, ou le déboutent à défaut de lien causal en considérant, par exemple, que le seul fait qu'un patient ait 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 viciée³¹⁴. La responsabilité pour faute est parfois retenue, en particulier lorsque le patient parvient à établir que l'infection est due à un matériel insuffisamment désinfecté³¹⁵. L'analyse en termes d'*aléa thérapeutique* et de responsabilité pour *faute prouvée* demeure majoritaire³¹⁶.

Par contraste, à Liège, il fut à diverses reprises posé qu'à côté de l'obligation principale de soins – mettre tout en œuvre pour réussir l'intervention pour laquelle le patient a consulté –, qui est de moyens, *coexiste une obligation de sécurité accessoire de nature différente*, qui consiste à ne pas causer au patient des *dommages s'ajoutant à son mal initial et qui sont sans rapport avec lui*, sur la base de l'idée qu'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. Partant, en matière d'infections nosocomiales, le contrat d'hospitalisation et de soins liant

³¹² Cass. lux., arrêt n° 8/13 du 31 janvier 2013, *J.T. lux.*, 2013, p. 153, et en ligne sur le site de la Cour. Il s'agit là d'un nouvel appui, précieux, en faveur d'une évolution de notre jurisprudence; mais il faut noter, avec le professeur Dalcq, que «la jurisprudence française est dans ce domaine plus créatrice que la nôtre» et qu'il est permis de «dout[er] que notre Cour de cassation accepte dans un futur relativement proche de s'engager dans cette voie» (R.O. DALCQ, «À propos des infections nosocomiales», *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 6).

³¹³ Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.573.

³¹⁴ Bruxelles, 29 septembre 1998, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 55; voy. également un arrêt assez critiquable de la Cour d'appel d'Anvers du 26 janvier 2004, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 293.

³¹⁵ Anvers, 12 décembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 295.

³¹⁶ Civ. Bruxelles, 7 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 752, note G. GENICOT: les infections nosocomiales constituent un risque inévitable; le risque de contracter pareille infection est donc un aléa thérapeutique comme un autre; il n'y a pas de motif de le traiter différemment des autres et de placer systématiquement la charge de cet aléa sur le médecin plutôt que sur le patient. Dans le même sens: Civ. Bruxelles, 11 juin 2012, *Consilio*, 2012, p. 154; Gand, 2 février 2012, *N.j.W.*, 2013, p. 76, note S. GUILIAMS; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 1^{er} juillet 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.240.

un patient à un établissement de santé met à charge de ce dernier une *obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère*³¹⁷.

Dans deux jugements liégeois des 18 janvier 2011 et 23 octobre 2012, il fut précisé qu'afin de pouvoir statuer en ce sens, il doit être établi, en fait, que le dommage dont l'indemnisation est réclamée procède d'une *infection nosocomiale « pure », donc exogène*, autrement dit indépendante de l'état du patient et de son évolution prévisible ; ce n'est qu'alors que l'on peut mettre de ce chef, à charge de l'établissement hospitalier, une obligation de sécurité ; tel ne saurait être le cas à défaut d'infection nosocomiale exogène, sous peine de tenir en échec l'exclusion, indispensable, de la réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique³¹⁸.

75. La Cour d'appel de Liège opère depuis quelques années une sorte de « courbe rentrante ». Elle en revient à l'analyse classique selon laquelle, en ce qui concerne les infections nosocomiales, contractées à l'hôpital et qui étaient absentes à l'admission du patient, l'hôpital et le médecin *ne sont, en règle, tenus que d'une obligation de moyens*, l'impossibilité d'éradiquer ce type d'infections, quelles que soient les mesures d'asepsie et de désinfection prises par le personnel hospitalier et les médecins, empêchant de considérer *d'une manière générale* qu'ils se seraient engagés à ce que le patient ne contracte pas d'infection nosocomiale et qu'en cas d'infection, ils seraient présumés en faute et contraints de prouver l'existence d'une cause étrangère libératoire. Mais, poursuit la cour, il existe cependant des cas où l'hôpital et/ou le médecin, *en fonction du type d'infection nosocomiale rencontré (exogène ou endogène) et des circonstances connues dans lesquelles le patient a été infecté*, se voient tenus d'une obligation de résultat : c'est « notamment le cas » lorsque le patient établit que l'infection trouve son origine dans un matériel, un médicament, un dispositif ou un produit utilisé, à propos desquels le patient était en droit de s'attendre à l'absence de tout défaut. Ce n'est donc qu'« en fonction du type d'infection rencontré et de son mode de

³¹⁷ Civ. Liège, 17 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1185 (infection au staphylocoque doré clairement qualifiée d'infection nosocomiale exogène par le collège d'experts) ; Civ. Liège, 30 novembre 2009, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.682, *J.L.M.B.*, 2010, p. 748, note G. GENICOT (également infection nosocomiale non contestée au staphylocoque doré) ; Liège, 15 novembre 2006, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.352, *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 362 (contamination par le virus de l'hépatite C) ; Liège, 18 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 745, note G. GENICOT (abcès hépatique).

³¹⁸ Civ. Liège, 18 janvier 2011 et 23 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 792. Cette approche se retrouve dans un jugement du 24 février 2015 (*J.L.M.B.*, 2016, p. 1949) dans lequel ce même tribunal pose qu'en présence d'une infection dont la nature nosocomiale n'est pas contestée, la question du caractère exogène de l'infection est centrale, quel que soit le courant jurisprudentiel retenu, dans la mesure où la responsabilité de l'hôpital ne peut être retenue que si l'on se trouve en présence d'une infection nosocomiale *exogène*, indépendante de l'état du patient et de son évolution prévisible, en lien causal avec l'intervention pratiquée (*quod non* dans cette espèce où, selon l'expert, l'hypothèse la plus probable est que l'infection venait d'une bactérie cutanée dont le patient était un porteur sain, autrement dit une infection endogène, de sorte que l'on ne peut retenir la responsabilité de l'hôpital).

transmission » que peut être débattue la question de savoir si le médecin et/ou l'hôpital ont contracté une quelconque obligation de résultat³¹⁹.

Cette motivation n'est guère satisfaisante ; la cour d'appel n'explique pas *pourquoi*, et dans quels cas *précisément*, l'obligation de résultat restera de mise. Dans un arrêt ultérieur, elle pose que l'institution hospitalière n'assume pas d'obligation de sécurité de résultat concernant *toute* infection contractée durant le séjour d'un patient et qu'une telle obligation « ne sera retenue à charge de l'hôpital que pour autant que soit rapportée la preuve de l'existence d'une infection nosocomiale exogène, en lien causal avec l'intervention ou les interventions pratiquée[s] »³²⁰. La juridiction liégeoise a-t-elle ainsi voulu apporter une « nuance de principe » consistant à indiquer que l'obligation de résultat sera de mise *dès que sera rapportée la preuve* ainsi requise ? Certains semblent le penser³²¹, mais tout cela ne brille pas par sa netteté.

76. Le Tribunal de première instance de Bruxelles a, au moins à deux reprises, souscrit à la thèse reconnaissant l'existence, en matière d'infections nosocomiales exogènes (au staphylocoque doré), d'une *obligation de sécurité de résultat qui coexiste avec l'obligation principale de soins* qui, elle, n'est bien sûr que de moyens. Cette obligation de sécurité accessoire consiste à *ne pas causer au patient de dommages s'ajoutant à son mal initial et qui sont sans rapport avec lui* ; elle ne vise pas les hypothèses d'aléa médical – soit l'hypothèse où le résultat de l'acte médical ne serait pas atteint ou celle où le patient souffrirait de complications –, que le tribunal distingue soigneusement du risque d'infection nosocomiale « présent dans toute institution hospitalière lors de tout acte médical, que le respect de toutes les règles d'hygiène et d'asepsie ne permet pas d'éviter, et dont rien ne justifie [qu'il] soit mis à charge du patient. Il est nettement plus cohérent de le faire supporter par les médecins et hôpitaux, qui font courir ce risque à leurs patients dans le cadre de l'exercice rémunéré de leur profession. Il apparaît du reste que telle a été la volonté – certes implicite, mais certaine – des parties lors de la conclusion du contrat médical. Cette volonté implicite se déduit du fait qu'avant l'intervention litigieuse, la clinique [...] n'a pas évoqué avec son patient le risque qu'il contracte une infection nosocomiale. Elle ne lui a communiqué aucune information lui permettant d'évaluer ce risque. Ce

³¹⁹ Liège, 18 octobre 2012 et 15 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 788, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.038, *J.T.*, 2012, p. 776, *Consilio*, 2013, p. 85, note approbative E. LANGENAKEN.

³²⁰ Liège, 18 septembre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.169, note B. DE CONINCK. Ce motif figurait déjà dans un arrêt du 9 janvier 2014 (*J.L.M.B.*, 2014, p. 1734) dans lequel la Cour d'appel de Liège estime que « la proximité temporelle de l'intervention chirurgicale et de l'apparition de l'infection ne suffit pas à qualifier celle-ci de nosocomiale et encore moins à conclure qu'il s'agit d'une infection nosocomiale de type exogène plutôt que de type endogène » et conclut – curieusement sans même ordonner une expertise – que, « lorsque le germe à l'origine de l'arthrite septique, à supposer qu'il ait été contracté à l'hôpital, n'est pas identifié, il n'est pas permis de retenir qu'il s'agit d'un germe de nature exogène ».

³²¹ B. DE CONINCK, « Les infections nosocomiales. Rapport belge », in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/UCL, Recueil des travaux du GRERCA, 2015, pp. 236-237, n° 10.

faisant, elle s'est engagée à couvrir ce risque et a donc souscrit à l'égard de son patient une obligation de résultat»³²².

Ce jugement progressiste du 28 janvier 2014 fut cependant réformé par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 19 septembre 2016 – à ce jour inédit – qui refuse d'admettre que «les hôpitaux et/ou les médecins seraient tenus envers leurs patients, accessoirement à leur obligation générale de soins (obligation de moyens), d'une obligation de sécurité qui répondrait au régime d'une obligation de résultat et qui aurait pour conséquence que leur responsabilité serait *ipso facto* établie en présence d'une infection nosocomiale, sauf pour eux à rapporter la preuve d'une cause étrangère exonératoire». Elle s'en explique par deux ordres de considérations tenant, d'une part, à l'existence d'un aléa irréductible et, d'autre part, à l'absence de volonté implicite des parties en faveur d'une obligation de résultat : «dès lors que la large majorité des infections nosocomiales se présentant habituellement dans les hôpitaux ne peuvent être évitées malgré le respect strict des consignes d'hygiène, l'hôpital ne peut être tenu, en ce qui concerne de telles infections, que d'une obligation de moyens»; l'infection nosocomiale, qui «n'est contractée par le patient qu'en raison du fait qu'il se voit administrer des soins dans un environnement médicalisé», est «également un aléa thérapeutique» et, en ce qui concerne la volonté des parties, il est «totalement improbable qu'un médecin ou un établissement de soins s'engage à obtenir à ce propos un résultat déterminé – à savoir l'absence d'infection –, s'agissant en grande majorité d'infections dont le risque est inhérent au milieu hospitalier et que l'hôpital ne peut éradiquer malgré toute la vigilance dont il pourrait faire preuve».

77. L'appréhension judiciaire de ces questions demeure donc pour le moins fluctuante, et cette disparité met à mal la sécurité juridique, face à ce qui représente un risque majeur de santé publique³²³. La doctrine est majoritairement opposée à la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les infections nosocomiales – hors l'hypothèse où il est établi que l'infection est due à un matériel médical affecté d'un vice –, au motif de la présence d'un aléa irréductible et qui demeure important : «si, malgré la mise en œuvre de tous les moyens visant à éviter un événement dommageable, la possibilité d'éviter un accident reste incertaine, l'obligation de sécurité ne peut être qu'une obligation de moyens»; or «l'application rigoureuse des règles d'hygiène strictes, encore appelées règles de précaution universelles, permet de

³²² Civ. Bruxelles, 28 janvier 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 133, note G.G., solidement motivé; Civ. Bruxelles, 19 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1942 (dans cette espèce, les éléments versés aux débats n'ont pas permis de retenir avec une certitude raisonnable que l'infection dont a souffert le patient est une infection nosocomiale d'origine exogène, de sorte que la responsabilité de l'hôpital ne fut pas retenue).

³²³ Cf. not. la note précitée, interrogative, de B. DE CONINCK, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.169, qui appelle à une intervention du législateur; G. GENICOT, «Infections nosocomiales: la responsabilité médicale au milieu du gué», *J.L.M.B.*, 2010, p. 755; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 43-44, n° 41.

réduire de 30 à 40 % le nombre d'infections nosocomiales. Cela signifie que 60 à 70 % des infections nosocomiales ne peuvent être évitées malgré l'application et le respect des mesures de précaution universelles. Une complication médicale qui ne peut pas être évitée dans 60 à 70 % des cas est incontestablement un aléa médical. Dès lors, dans ce domaine, l'obligation de sécurité est une obligation de moyens »³²⁴.

Les professeurs Vansweevelt³²⁵ et Lemmens³²⁶ se prononcent en ce sens, de même que B. De Coninck qui voit dans la distinction entre l'aléa thérapeutique inhérent à l'intervention et le risque général d'infection nosocomiale une construction « artificielle » qui ne repose pas sur un « fondement objectif » ; il lui

³²⁴ I. LUTTE, « Aspect médico-légal des infections nosocomiales », in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *Actualités du dommage corporel. La responsabilité médicale*, Juridoc, 2003, p. 74 et pp. 87-88. Dans le même sens et reprenant les mêmes chiffres – lesquels ne sont pas contestés –, T. VANSWEEVELT, *op. cit.*, p. 46, n° 43 : « il n'y a pas de base juridique pour accepter ici une obligation de résultat. [...] Les infections nosocomiales sont donc souvent un risque inévitable, sauf lorsqu'on peut prouver une faute ou une chose affectée d'un vice ».

³²⁵ T. VANSWEEVELT, « De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor eigen gedrag », in *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, vol. I, p. 1298, n° 2729 : « Nu zoals gezegd ziekenhuisinfecties zelfs mits zorgvuldig gedrag slechts beperkt kunnen worden vermeden, kan van een ziekenhuis geen resultaatverbintenis worden verwacht. Het ziekenhuis zou dan enkel aansprakelijk kunnen worden gesteld indien de patiënt een fout kan aantonen, bijvoorbeeld dat het ziekenhuis niet alle doelmatige hygiëne maatregelen heeft genomen om het risico op besmetting te voorkomen ». Le professeur Vansweevelt n'approuve pas la jurisprudence liégeoise précitée affirmant l'existence d'une obligation de sécurité de résultat : « Met deze rechtspraak kan evenwel niet worden ingestemd, nu er geen juridische basis is om hier een resultaatverbintenis te aanvaarden, nu het resultaat, het 100% kunnen vermijden van een nosocomiale infectie, in de huidige stand van de wetenschap niet mogelijk is. [...] Nosocomiale infecties maken aldus vaak een onvermijdbaar risico uit, tenzij er een fout of een gebrekkige zaak kan worden bewezen » (*op. cit.*, p. 1300, n° 2730).

³²⁶ C. LEMMENS, « Het al dan niet vermijdbaar karakter van nosocomiale infecties en de impact daarvan op de verbintenissen van de zorgverlener », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 362-380. L'auteur constate, dans cette étude approfondie, que « in de context van nosocomiale infecties blijkt de kwalificatie van de veiligheidsverbintenis evenmin vanzelfsprekend te zijn en zijn de meningen verdeeld » (p. 369), et que « [het] is duidelijk geworden dat de aansprakelijkheid van de arts en/of het ziekenhuis in geval een patiënt een nosocomiale infectie heeft opgelopen, geheel niet zeker is » (p. 380). Mais il retient que « een volledige steriele ziekenhuisomgeving bestaat niet. Dat resultaat kan onmogelijk worden bereikt. Indien nu vaststaat of zeker is dat het resultaat – namelijk veiligheid met betrekking tot exogene nosocomiale infecties – in zeventig procent van de gevallen niet kan worden bereikt, is enkel een kwalificatie als inspanningsverbintenis mogelijk » (p. 371). Il conclut que la qualification d'obligation de résultat n'est pas conciliable avec le critère de distinction traditionnel entre les deux types d'obligations – i.e. l'aléa – et que « de cijfergevevens met betrekking tot de (on)vermijdbaarheid van infecties die in de medische, en overigens ook juridische, literatuur overweldigend worden aangehaald, dwingen eerder tot het aannemen van een inspanningsverbintenis » (p. 380). Comp., dans une étude antérieure du même auteur : « Het is [...] geenszins verkeerd om de arts en/of het ziekenhuis in te laten staan voor de veiligheid van de patiënt wanneer men medische hulpmiddelen inschakelt ter uitvoering van een verbintenis aangezien elk aleatoir resultaat ontbreekt, zeker indien vaststaat dat het gebruik van veilige zaken een belangrijke invloed heeft op het aandeel vermijdbare ziekenhuisinfecties. [...] De creatie door de rechtspraak van een veiligheidsresultaatsverbintenis vertrekkende vanuit artikel 1135 B.W. kan vanuit het oogpunt van de patiënt alleen maar toegejuicht worden. Diens rechts- en vooral bewijspositie wordt opmerkelijk verstevigd doordat een fout niet langer aangetoond moet worden » (C. LEMMENS, « Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis? », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, pp. 382-383); mais l'auteur se concentre ici sur l'hypothèse d'une infection causée par l'emploi de matériel vicié ou défectueux.

paraît « compréhensible, voire équitable » que ce risque repose sur le prestataire ou l'établissement de soins, « mais il s'agit d'un choix politique qui, à notre estime, ne peut se fonder sur les règles actuelles de la responsabilité civile, en droit belge » ; « on ne perçoit ni la cohérence ni la pertinence de la solution retenue par certaines juridictions au regard de la notion d'obligation de résultat, telle que le droit belge la conçoit », à défaut tant d'intention des parties pouvant être présumée en ce sens que d'absence d'aléa³²⁷.

On peut y opposer que les Cours de cassation française et luxembourgeoise ont, pour poser la solution qu'elles retiennent, statué sur la base de textes et principes identiques et n'ont pas bouleversé à cette fin les fondamentaux du droit commun des obligations, mais ont pris l'exacte mesure de ce que « les infections nosocomiales [...] ne devraient pas demeurer enserrées dans les carcans d'une responsabilité médicale à base de faute. Elles sont inévitables et, surtout, *indépendantes des soins*. Partant, le caractère par définition aléatoire de la bonne issue de ceux-ci ne devrait pas intervenir en présence de pareil risque, qu'aucun patient n'accepte de courir, contrairement aux risques *inhérents à l'intervention qu'il subit* ; ceux-ci, s'ils ne peuvent être maîtrisés, ne sauraient être mis à la charge des professionnels de santé, précisément parce qu'il s'agit là d'un aléa *strictement médical* »³²⁸.

78. Un bref retour, à l'appui de cette thèse, sur la notion d'obligation de résultat semble indiqué. Dans la détermination de la partie qui doit assumer l'existence d'un irréductible aléa, le rôle de la victime dans l'exécution de l'obligation peut avoir une incidence : « si la prestation promise relève de l'entière maîtrise du débiteur, on peut en inférer qu'il assume une obligation de résultat » ; « l'analyse du caractère aléatoire de la prestation se double souvent d'un examen du rôle plus ou moins actif joué par le créancier dans l'exécution du contrat. [Si] le créancier ne dispose d'aucune autonomie, s'il a un rôle purement passif, s'il n'a d'autre choix que de s'abandonner presque complètement entre les mains du débiteur, son obligation sera de résultat »³²⁹. Il est permis de penser que tel

³²⁷ B. DE CONINCK, « Les infections nosocomiales. Rapport belge », in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant/UCL, Recueil des travaux du GRERCA, 2015, pp. 238-241. L'auteur conclut que « les décisions liégeoises reconnaissant une obligation générale de résultat en ce qui concerne les infections nosocomiales s'écartent des critères habituellement retenus pour distinguer les obligations de moyens des obligations de résultat. La qualification d'obligation de résultat ne repose en effet pas tant ici sur une analyse objective de l'aléa, et *in fine* de la volonté des parties, que sur une exigence de sécurité absolue qui tend à l'idéal de perfection. Elle aboutit en réalité à statuer, en opportunité, sur l'attribution des risques liés aux infections nosocomiales. L'émergence d'une obligation générale de sécurité de résultat dans cette matière ne peut en effet s'appuyer sur les règles classiques de la responsabilité civile [...] » ; dans le même sens, le rapport de synthèse « Les infections nosocomiales en droit comparé » de B. DUBUISSON, p. 269 et spéc. pp. 284-285, où l'auteur observe que seuls la France, le Grand-Duché et certaines juridictions de fond belges se sont orientés vers la reconnaissance d'une obligation de sécurité de résultat en matière d'infections nosocomiales.

³²⁸ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 508 et s., ici, p. 522.

³²⁹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 « Théorie générale du contrat », Bruxelles, Larcier, 2010, p. 484, n° 549 ; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. 27, Liège, 1998, p. 112, n° 20.

est précisément le cas du malade subissant une intervention chirurgicale au sein d'un établissement de soins.

C'est ce qui a conduit à rappeler que le critère de l'aléa « doit cependant être tempéré » : « l'obligation ne sera de moyens que si le créancier est légitimement censé avoir *accepté* l'aléa. Ce n'est pas le cas s'il a fait confiance au débiteur parce que c'est un professionnel qui a la maîtrise de l'exécution : la volonté probable des parties tout autant que des raisons d'équité conduisent alors à imposer au débiteur une obligation de résultat en dépit de l'aléa objectif qui subsiste ». Et ce, en considération du *rôle du créancier dans l'exécution* : « la passivité du créancier autorise à penser que le débiteur a pu maîtriser plus facilement l'exécution et que le créancier, qui n'a vraisemblablement accepté aucun risque, attend un résultat ». C'est ce qui explique que, singulièrement en ce qui concerne les infections nosocomiales, « le domaine médical [n'est] plus totalement réfractaire à l'obligation de résultat »³³⁰.

En d'autres termes, s'agissant des obligations de sécurité, « l'existence d'une obligation de résultat a été surtout admise lorsqu'un client est livré au technicien, à ses engins et à ses instruments et n'a pas d'initiative à prendre ou de coopération à fournir » ; à l'inverse, c'est « le fait que le créancier conserve une importante part d'initiative [qui] explique que nombre d'obligations de sécurité aient été considérées comme des obligations de moyens »³³¹. C'est en ce sens que la Cour d'appel d'Anvers a considéré que, sur la base de l'article 1135 du Code civil, il est permis de déduire l'existence d'une obligation de sécurité du constat que le médecin et/ou l'hôpital jouissent d'un *très important pouvoir de fait sur le patient*, dont la liberté d'action est extrêmement réduite et qui se soumet complètement, en toute confiance, à l'expertise des professionnels de santé³³².

79. Il y a bien sûr, dans tout ceci, une question de *politique juridique et sociale* : « La construction jurisprudentielle du droit de la responsabilité civile sur les bases édictées par le Code civil se traduit souvent par une amélioration efficace de la situation des victimes. Tel est le cas notamment [...] du passage de certains types d'obligations de la catégorie des obligations de moyens à celle des obligations de résultat, comme c'est souvent le cas des obligations de sécurité dans

³³⁰ P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, coll. Connaissance du droit, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2007, pp. 53-55.

³³¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2009, pp. 598-600, n° 590.

³³² Anvers, 22 février 1999, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 285, R.G.A.R., 2000, n° 13.257 ; C. LEMMENS, « Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatverbintenis? », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 380. Ceci est confirmé par les *Principes Unidroit* (version 2010), dont l'article 5.1.5 « Détermination du type d'obligation » prévoit que, « pour déterminer si l'obligation est de moyens ou de résultat, on prend en considération, notamment : a) la manière dont l'obligation est exprimée dans le contrat ; b) le prix et les autres éléments du contrat ; c) le degré d'aléa normalement présent dans la poursuite du résultat recherché ; d) l'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation » (mise en évidence ajoutée).

la jurisprudence récente (par exemple, à propos des obligations de sécurité qui pèsent sur les hôpitaux, cliniques ou autres établissements de soins) »³³³. Autre éminent spécialiste, le professeur Dubuisson observe, dans le même sens, que « l'appartenance d'une obligation à l'une ou l'autre des catégories dépend fondamentalement de l'attribution de la charge des risques de l'inexécution, dans le respect de la volonté des parties ou, à défaut, de ce que l'on peut raisonnablement exiger du débiteur, compte tenu des attentes légitimes du créancier » ; « la question est en effet de savoir ce qu'on peut raisonnablement exiger du débiteur lorsqu'il s'engage à telle ou telle prestation ou, ce qui revient au même, ce que le créancier pouvait légitimement attendre de lui au moment de la conclusion du contrat » ; « il faut reconnaître que la distinction entre les obligations de moyens et de résultat permet aux juges d'imposer aux parties des normes objectives de comportement et de mettre ainsi en œuvre une véritable politique de réparation et de prévention des dommages »³³⁴. Et l'auteur d'affirmer que « l'obligation contractuelle de sécurité ne présente d'intérêt pour la victime que si elle est conçue comme une obligation de résultat et même comme une obligation de résultat renforcée, où la seule exonération admise résulte de la cause étrangère et non simplement de l'absence de faute »³³⁵, et de conclure que l'obligation « implicite et accessoire » de sécurité « ne peut être retenue que lorsque l'exécution des prestations essentielles du contrat expose le débiteur à un risque particulier d'atteinte à sa personne ou à ses autres biens »³³⁶ – ce qui est incontestablement le cas en matière médicale.

La Cour de cassation a enfin été invitée à prendre clairement position sur cette épineuse question, dont elle n'avait jamais été saisie, et à arbitrer les divergences et incertitudes émaillant la jurisprudence des juges du fond, au regard de celle des Cours de cassation française, depuis 1999, et luxembourgeoise, depuis 2013. L'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles du 19 septembre 2016 a, en effet, été frappé d'un pourvoi qui fait valoir que l'obligation de l'hôpital, en présence d'une infection nosocomiale exogène au staphylocoque doré, est une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère, et qu'il n'appartient dès lors pas au patient victime d'une telle infection de rapporter la preuve d'une faute à charge de l'hô-

³³³ DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, par P. VAN OMMESLAGHE, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 2, p. 1179, n° 806.

³³⁴ B. DUBUISSON, *op. cit.*, pp. 107-108, n° 15-16 ; mise en évidence ajoutée. L'auteur rappelle par ailleurs que « rien n'empêche [...] les juges de dégager du contrat, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil et de la fonction complétive de la bonne foi, des obligations que les parties n'avaient pas explicitement envisagées, tenant soit à la sécurité des personnes soit à la sécurité des biens » (p. 101, n° 6), et que « l'obligation de sécurité inscrit clairement le contrat dans une fonction de réparation des dommages injustement causés à autrui » (p. 122, n° 29).

³³⁵ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 124, n° 30 ; ce dont, toutefois, l'auteur n'est pas partisan : « la conviction que la victime n'accepte jamais le moindre aléa quand il s'agit de sa propre sécurité s'éloigne considérablement des critères traditionnels de l'obligation de résultat. La solution ne peut en effet dépendre exclusivement d'une analyse des attentes particulières de la victime ni d'une politique du souhaitable » (p. 125, n° 32).

³³⁶ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 126, n° 33.

pital ; l'existence d'un aléa incompressible ne suffit pas à qualifier cette obligation d'obligation de moyens, dans la mesure où, comme on l'a indiqué, il n'est pas ici question d'un *aléa inhérent à l'intervention médicale*, mais d'un *risque indépendant des soins* et qu'aucun patient n'accepte de courir, d'autant plus qu'il n'en est nullement spécifiquement informé.

B. *L'indispensable exclusion de l'aléa thérapeutique*

80. Il n'est, et ceci tiendra lieu de conclusion, nul besoin d'y insister : il ressort naturellement *a contrario* de tout ce qui précède que le dommage qui procède de la réalisation d'un *pur aléa thérapeutique* n'est pas susceptible d'être indemnisé au moyen des règles de la responsabilité civile, quelle qu'en soit l'extension ; sur ce point, Belgique et France se rejoignent. L'injustice ressentie face à ce constat, outre qu'elle a fédéré des associations de défense des droits des patients, est – tout comme la nécessité d'une meilleure appréhension juridique du phénomène des infections nosocomiales – à l'origine des initiatives législatives visant à *extraire ces hypothèses du domaine de la responsabilité civile*, au profit d'une indemnisation « collective » par le biais de la solidarité nationale³³⁷.

L'aléa, dans le langage courant, est défini comme « l'événement imprévisible, le tour imprévisible que peuvent prendre les événements »³³⁸ ; sur le plan juridique, la notion est centrale non seulement dans la matière des assurances, mais également en droit médical, où l'aléa sert depuis longtemps à expliquer pourquoi, n'exerçant pas une science exacte, l'obligation essentielle du médecin ne saurait être que de moyens. L'imprévisibilité que recouvre la notion d'aléa évoque d'emblée la cause étrangère libératoire³³⁹. Il importe toutefois de savoir exactement de quoi l'on parle et de ne pas galvauder ce concept d'aléa thérapeutique ; il ne saurait constituer un refuge confortable empêchant toute réflexion sur un affinement de la responsabilité.

À strictement parler, *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 ci-dessus *ne peut être une source de responsabilité*. On ne vise en effet par là, nécessairement, que la réalisation d'un dommage par l'effet d'un *pur*

³³⁷ En particulier, C. DELFORGE, « Vers un nouveau régime d'indemnisation des accidents médicaux ? », *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 86 ; H. DIERICKX, « Auditions sur les aléas thérapeutiques et la responsabilité médicale. Rapport parlementaire », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, 27 avril 2004, n° 51-1052/001 ; T. VANSWEEVELT (dir.), *Responsabilité et accidents médicaux*, coll. *Recht en Gezondheidszorg*, Mys & Breesch, 1996. La loi du 31 mars 2010 rencontre désormais cette aspiration.

³³⁸ Le *Vocabulaire juridique* (G. CORNU, Association Henri Capitant, Quadrige, 8^e éd., Paris, PUF, 2007) donne la définition générale suivante : « Élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats ».

³³⁹ Il s'agit de l'un des critères de la force majeure, mais la condition « la plus délicate » car elle « se confond en réalité avec la condition de non-imputabilité » et « l'imprévisibilité de l'événement n'est qu'un indice de son caractère insurmontable » (J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, 2009, pp. 175-176, n° 342).

aléa ; un hasard malheureux, impossible à dominer. Il est cependant essentiel de faire preuve de clarté et, notamment, de ne pas confondre les notions d'*accident médical* et d'aléa thérapeutique³⁴⁰.

L'accident en tant que tel n'est pas forcément imputable à un risque inhérent à l'intervention, donc à un aléa ; il s'agit d'une notion *générique* englobant tous les problèmes susceptibles de survenir dans le décours des soins, de sorte qu'en présence d'un « accident », il y a lieu de distinguer selon les diverses hypothèses envisagées plus haut et d'analyser la situation au regard de celles-ci. Il ne faut pas davantage, on l'a signalé, confondre l'aléa thérapeutique et les *infections nosocomiales*, qui sont susceptibles de justifier des raisonnements juridiques différents³⁴¹. Il convient de distinguer la conséquence anormale et imprévisible d'une intervention correctement posée et pratiquée, et les conséquences anormales, mais prévisibles, d'un geste chirurgical inapproprié ; lorsque le critère dit du « cours normal des choses » ne permet pas, au vu des pièces produites, de présumer que la pathologie manifestée est due à une lésion imputable au médecin, aucune responsabilité ne peut être engagée³⁴².

81. Si l'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 »³⁴³, il n'en va pas exactement de même en matière de responsabilité médicale, où le hasard – ici qualifié d'aléa – conserve une place certaine. En France, la question de savoir s'il est possible d'indemniser le dommage provenant de la réalisation d'un aléa thérapeutique est résolue différemment par le Conseil d'État, qui opte pour l'affirmative – c'est le célèbre arrêt *Bianchi* du 9 avril 1993 –, et

³⁴⁰ C. LARROUMET, « L'indemnisation de l'aléa thérapeutique », *D.*, 1999, chr., p. 34, n° 7.

³⁴¹ 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 mal qui atteint le patient » (C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 35, n° 8) semble ainsi un peu trop large.

³⁴² Mons, 28 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1739, qui ajoute qu'il en est particulièrement ainsi lorsque les fautes reprochées, à les supposer établies, seraient sans relation causale avec les séquelles subies par la victime. Sur le critère du « cours normal des choses » en responsabilité médicale, v., sous ce titre, la note d'E. LANGENAKEN sous un long jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 21 novembre 2011 déboutant les plaignants au motif, notamment, que les critiques émises par leur médecin-conseil ne sont pas justifiées par les données médicales de l'époque (1991) mais par des éléments scientifiques ultérieurs, et qu'« elles apparaissent en outre refléter une opinion largement minoritaire, voire marginale, au sujet d'une intervention chirurgicale délicate, pratiquée sur un patient présentant une pathologie antérieure extrêmement complexe », de sorte que ces éléments ne suffisent pas à « invalider les conclusions du rapport d'expertise établi par trois spécialistes renommés au terme de travaux minutieux » (*Consilio*, 2012, p. 96). Rappr. Civ. Bruxelles, 11 juin 2012, *Consilio*, 2012, p. 153, émanant très vraisemblablement du même magistrat, avec là encore une référence aux données médicales de l'époque (il s'agit ici d'un accouchement en... 1989) et au « cours normal des choses », ainsi qu'à l'obligation de sécurité de moyens, et qui se solde pareillement par un débouté faute de preuve.

³⁴³ F. RIGAUX, « Logique, morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité », in *Mélanges Roger O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 512.

par la Cour de cassation, qui, de manière très compréhensible, répond négativement, malgré la suggestion qui lui fut faite d'aller dans le même sens³⁴⁴.

La haute juridiction judiciaire n'accepte pas que soit indemnisé, selon sa formule, le « risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne peut être maîtrisé » – ce qui est une bonne définition de l'aléa thérapeutique. Celui-ci ne relève pas du domaine de l'obligation contractuelle de sécurité – pour autant, du moins en règle, que le patient en ait été dûment informé – et la jurisprudence judiciaire, nuancée et cohérente, confirme la nécessaire distinction entre infections nosocomiales et accidents médicaux³⁴⁵ : les premières peuvent donner lieu à une indemnisation en droit commun, les seconds ne le peuvent pas. Très explicitement, « 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 »³⁴⁶. La reconnaissance d'une obligation déterminée de sécurité laisse donc intacte la nature essentielle de l'engagement du médecin, qui n'est que de moyens, et le domaine de l'aléa thérapeutique est bien réel : il concerne tous les accidents médicaux découlant de la réalisation d'un risque au cours de l'intervention ou du traitement³⁴⁷. Il ne saurait être question de rendre le médecin ou l'hôpital responsable de ces risques, lesquels ne s'apparentent pas à des infections nosocomiales et ne concernent pas la fourniture d'un produit ; il n'y a pas de responsabilité à base de risque.

³⁴⁴ 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 et constatent 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 » ; G. VINEY (dir.), *L'indemnisation des accidents médicaux*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1997.

³⁴⁵ Dans son rapport précédant les arrêts précités du 29 juin 1999 rendus en matière d'infections nosocomiales (*J.C.P.*, 1999, II, 10138, n° 28), M. 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 », de sorte que seule la faute du médecin resterait de nature à engager sa responsabilité en cas d'échec des soins dispensés, quelle qu'en soit la cause.

³⁴⁶ Cass. fr., 1^{re} civ., 8 novembre 2000, *Gaz. Pal.*, 17-19 décembre 2000, p. 48, note J. BONNEAU, *J.C.P.*, 2001, II, 10493, rapport P. SARGOS, note F. CHABAS, *D.*, 2001, p. 3083, obs. J. PENNEAU, *Defrénois*, 2001, art. 37309, n° 18, obs. J.-L. AUBERT, *Petites Affiches*, 4 décembre 2000, p. 14, note S. PRIEUR ; Cass. fr., 1^{re} civ., 22 novembre 2007, *D.*, 2008, p. 816, note M. BACACHE ; *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 78, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS ; F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 591-602, obs. M. PARISOT.

³⁴⁷ P. SARGOS, « L'aléa thérapeutique devant le juge judiciaire », *J.C.P.*, 2000, I, 202 ; du même auteur, pour une synthèse, « Évolution et mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile des médecins », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur d'Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 375 (adde, dans cet ouvrage, les articles de J. PENNEAU, « Propos sur la responsabilité civile médicale sans faute prouvée », p. 335, et S. PORCHY-SIMON, « Regard critique sur la responsabilité civile de l'établissement de santé privé du fait du médecin », p. 361).

82. En Belgique, face à un risque thérapeutique procédant d'un aléa, la jurisprudence s'en tient bien entendu à l'analyse classique décrite ci-dessus. Cela se comprend et doit être approuvé : admettre la réparation de l'aléa thérapeutique en droit privé, par le biais de la responsabilité civile, serait dépourvu de fondement juridique et excessif³⁴⁸. En cas de dommage consécutif à un *pur aléa*, il n'y a pas place pour la *responsabilité* du médecin, d'une part, car il n'y a *pas de faute* et son obligation de principe n'est que de moyens, d'autre part, car il va de soi que le praticien ne saurait prémunir son patient contre *tous* les risques. En somme, la résurgence de l'aléa, si souvent invoqué, illustre en contrepoint un *regain de la faute* comme base première de la responsabilité médicale : cette référence à l'aléa sert précisément à expliquer pourquoi, alors qu'il y a dommage – parfois gravissime –, la responsabilité ne peut être retenue. En dehors, désormais, du système mis en place par la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, le patient ne peut se contenter d'alléguer 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, face à un échec médical constitué par un accident survenant au cours même de l'intervention, l'aléa thérapeutique sera invoqué lorsqu'il n'y a aucune place pour la responsabilité, en l'absence de critère ou fait générateur sur lesquels appuyer celle-ci. Cet aléa est *irréductible* et se *distingue* de l'indispensable dette de sécurité due au malade³⁴⁹ ; il n'est alors d'autre choix que d'inviter le législateur à 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* »³⁵⁰. De la comparaison entre les infections nosocomiales et les accidents médicaux consécutifs à un aléa, il ressort que le critère de démarcation est à trouver dans le *lien existant entre l'événement dommageable et le traitement entrepris* : la survenance d'un « risque accidentel *inhérent* à l'acte médical » n'entraîne pas la responsabilité ; l'apparition d'une infection nosocomiale *sans aucun*

³⁴⁸ Pour plus de détails, G. GENICOT, « Faute, risque, aléa, sécurité », in Y.-H. LELEU (dir.), *Droit médical*, CUP, vol. 79, Liège, Larcier, 2005, pp. 152-158.

³⁴⁹ « 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^{re} civ., 29 juin 1999, *Defrénois*, 1999, p. 996, n° 72). On évoque à ce propos « une question de frontière, délicate à tracer, 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. Obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non », *D.*, 2001, chr., pp. 570-572 ; du même auteur, avec S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2016, spéc. pp. 752-766).

³⁵⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, *ibid.*, p. 573 ; l'éminent auteur fut entendue un an plus tard dans son pays, et neuf ans plus tard dans le nôtre. Sur l'ensemble de la question, P. ABERKANE, *La réparation du dommage médical et sa jurisprudence*, Bruxelles, Larcier, 2013.

rapport, autre que de simple concomitance, avec le traitement peut être mise à la charge de l'institution de soins.

Un constat s'impose au terme de ce trop long parcours : il y a dans tout ceci de quoi encore largement alimenter des pages d'ouvrages, de revues, de conclusions, de jugements et d'arrêts. Science et conscience, technique et humanisme : les maîtres-mots ne seraient-ils pas identiques pour les blouses blanches et les robes noires ?

Indications bibliographiques (sélectives et récentes)

- BLOCKX, F., *Beroepsgeheim*, Intersentia, 2014.
- CALLENS, S. et PEERS, J. (éd.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, 3^e éd., Intersentia, 2015.
- CATALDO, A. et PÜTZ, A. (dir.), *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016.
- DELBEKE, E., *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Intersentia, 2012.
- DERÈSE, M.-N., *La médiation dans les soins de santé : enjeux et perspectives*, Kluwer, 2013.
- DEWALLENS, F., *Het statuut van de ziekenhuisarts. De rechtsverhoudingen tussen ziekenhuisartsen en ziekenhuizen*, Intersentia, 2015.
- DIJON, X., *La raison du corps*, coll. Droit et religion, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- GALLUS, N., *Bioéthique et droit*, coll. Précis de la Faculté de droit de l'ULB, Limal, Anthemis, 2013.
- GENICOT, G. (dir.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012.
- GENICOT, G., *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2016.
- GOFFIN, T., *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Bruges, die Keure, 2011.
- LEMMENS, C., *De minderjarige en de Wèt Patiëntenrechten*, Intersentia, 2013.
- LEMMENS, C., *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Intersentia, 2013.
- LUCAS, P. et JOSEPH, G., *L'expertise médicale. Clés de lecture pour le juriste*, Limal, Anthemis, 2016.
- LUTTE, I. (dir.), *Droit médical et dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal/Bruxelles, Anthemis/ULB, 2014.
- LUTTE, I. (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016.
- NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 3^e éd., A.P.R., Kluwer, 2016.
- PANIS, S., *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Intersentia, 2015.
- PY, B., VIALLA, F. et LEONHARD, J. (dir.), *Droit médical et éthique médicale : regards contemporains. Mélanges en l'honneur de Gérard Mémeteau*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2015, 2 vol.

TACK, S., *Het ethische beleid in zorginstellingen. Rechtspositie van de beheerder, de arts, de patient en de overheid bij medische beslissingen rond het levenseinde*, Intersentia, 2013.

VAN GELDER, N., *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Intersentia, 2015.

VANSWEEVELT, T. et DEWALLENS, F., *Het patiëntendossier*, Intersentia, 2011.

VANSWEEVELT, T. et DEWALLENS, F. (éd.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Intersentia, 2014, 2 vol. (*Zorgverleners: statuut en aansprakelijkheid* et *Rechten van patiënten: van embryo tot lijk*).

VANSWEEVELT, T., *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015.

VIJVERMAN, A., *Het elektronisch medisch dossier. Praktische en juridische knelpunten*, Intersentia, 2013.

Le droit de la santé : aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LIX, Journées suisses 2009, Bruxelles, Bruylant/LB2V, 2012.

Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances. Liber amicorum Noël Simar, Limal, Anthemis, 2013.

L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe, Recueil des travaux du GRERCA, Bruxelles, Bruylant/UCL, 2015.