

Le dossier médical : l'indispensable auxiliaire du patient mécontent

Gilles GENICOT

Avocat à la Cour de cassation

Maître de conférences ULiège

Introduction	220
Section 1. Le contenu et le but du dossier du patient	222
Section 2. L'accès du patient à son dossier en vue d'une utilisation contentieuse	230
Section 3. Le dossier du patient, indispensable auxiliaire probatoire : cadre de réflexion	240
Section 4. La «perte d'une chance de prouver» dans les litiges de responsabilité médicale	254
Conclusion	269

Introduction

On lit dans un récent avis du Conseil national de l'Ordre des médecins le pertinent rappel que, « dans sa forme commune, le dossier du patient est un outil pour la qualité, la continuité et la coordination des soins »¹. On pouvait déjà lire, dans son avis du 26 juillet 2003 sur la loi relative aux droits du patient, que médecins et patients « doivent être conscients que le dossier médical est et doit rester l'outil essentiel pour le diagnostic, la qualité et la continuité des soins »².

Il existe une obligation légale (i) dans le chef des institutions de soins, de mettre en place au bénéfice de chaque patient un dossier correctement conçu et agencé, et (ii) dans le chef de tous les professionnels de la santé qui prennent le patient en charge, de compléter son dossier et de le mettre à jour soigneusement. Ceci implique *ipso facto* qu'en cas de défaillance sur ce point, la responsabilité tant de l'institution que des soignants pourra être engagée³. S'agissant d'une prise en charge à l'hôpital, le dossier du patient se compose du dossier *médical* et du dossier *infirmier*, souvent instructif et précieux. C'est de ce dossier « global » qu'il sera essentiellement question ici. Son objectif principal est clair : assurer une meilleure coordination des soins entre les professionnels, dans le but premier d'en assurer la continuité et l'efficacité⁴, mais aussi la « traçabilité » en cas de questionnements ou d'incidents à éclaircir. La bonne tenue du dossier et sa conservation soigneuse sont ainsi dans le double intérêt du patient et des professionnels impliqués dans sa prise en charge, mais aussi, plus largement, dans celui de la collectivité, sous l'angle d'une maîtrise des dépenses de santé et dans l'objectif d'éviter le *forum shopping* médical et les examens inutiles ou superflus. L'obligation de tenir à jour pour chaque patient un dossier « dont la composition et la conservation répondent aux exigences légales et déontologiques » et de le gérer « dans le respect du secret professionnel » a bien entendu également un fondement, précisément, déontologique : renouvelé en 2018, le Code de déontologie médicale précise en son article 22 que le dossier des patients « est un outil de travail, un moyen de communication, un point de référence qualitatif et un élément de preuve »⁵.

¹ Avis du 5 juillet 2019, R.G.A.R., 2019, n° 15.615, note M. VANDERWECKENE. Cet avis concerne « le dossier établi par un médecin chargé par un organisme public ou privé d'une mission définie par la loi ou par un contrat de service (médecin-conseil d'un organisme assureur, médecin-inspecteur, expert pour le FAM, médecin scolaire, médecin du travail, etc.) ».

² <https://ordomedic.be/fr/avis/droit-medical/vie-privee/avis-loi-relative-aux-droits-du-patient>.

³ A. VIJVERMAN, *Het elektronisch medisch dossier. Praktische en juridische knelpunten. Draaiboek EMED*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 32-33.

⁴ Il s'agit de « favoriser la prévention, la coordination, la qualité et la continuité des soins », comme l'indique l'article L. 1111-14 du Code de la santé publique français.

⁵ Le Code de déontologie médicale est accessible sur <https://ordomedic.be/fr/code-2018>. Également publié sur le site de l'Ordre, le commentaire du Code précise que « le dossier du patient est essentiel à la qualité et à la continuité des soins. C'est un outil de communication entre professionnels des soins de santé, un outil d'évaluation qualitative, un élément de preuve sur le plan médical (tant pour le méde-

Il ne sera pas ici question des multiples enjeux, complexes et évolutifs, relatifs à la *protection (de la confidentialité) des données de santé* telle qu'elle s'inscrit, depuis le R.G.P.D., dans la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁶. La présente contribution se limitera à la face inverse de cet impératif primordial, consubstantiel au respect du secret professionnel⁷, à savoir la nécessaire *transparence* de ces données à l'égard du patient qu'elles concernent. On rappellera simplement qu'aux termes de l'article 9 du R.G.P.D., le traitement des données à caractère personnel concernant la santé⁸ est interdit (§ 1^{er}), sauf si l'une des conditions reprises au § 2 est remplie, parmi lesquelles figurent notamment (i) le consentement explicite donné par la personne concernée, pour une ou plusieurs finalités spécifiques (article 9, § 2, a), et (ii) pour ce qui concerne plus particulièrement notre propos, l'hypothèse où « le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice » ou celle où « des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle » (article 9, § 2, f).

cin que pour le patient) et un élément de gestion (il sert à l'enregistrement du Résumé hospitalier minimum (RHM), à la classification de la pathologie traitée en ARP/DRG). Le dossier patient est également un support de la communication entre le prestataire de soins et le patient qui peut y accéder et en recevoir copie » (*Code de déontologie médicale commenté*, Bruxelles, Larcier, coll. Codes sur mesure, 2019, p. 96).

- ⁶ La bibliographie sur le sujet est bien entendu très vaste. Signalons notamment J. HERVEG (éd.), *La protection des données médicales. Les défis du XXI^e siècle / The protection of medical data. Challenges of the 21st century*, L.G.D.J.-Anthemis, 2008; J. HERVEG, *La protection des données du patient dans l'hôpital*, Waterloo, Kluwer, 2009; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, Anvers, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2011, pp. 41-63; T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », in T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, vol. II, pp. 464-489; M.-H. BOULANGER, S. CALLENS et S. BRILLON, « La protection des données à caractère personnel relatives à la santé et la loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 et complétée par l'arrêté royal du 13 février 2001 », *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 326; S. CALLENS, S. CAENEN et L. VAN LEUVEN, « E-health en het omgaan met gegevens in de gezondheidszorg », in S. CALLENS et J. PEERS (éd.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Anvers, Intersentia, 3^e éd., 2015, p. 371; J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, « Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique: les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé », *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 56; I. LUTTE, « Le dossier concernant le patient », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 99, ici pp. 124-129, et « Les données de santé », *Bull. Ass.*, 2017, n° 22, p. 63; A. VIJVERMAN et E. DELBEKE, « De uitwisseling van gezondheidsgegevens uit het elektronisch patiëntendossier », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 4. Adde S. LACOUR, « Du secret médical aux dossiers de santé électroniques. Réflexions juridiques sur la protection des données de santé », *Méd. & Dr.*, 2016, p. 62.
- ⁷ Sur lequel, voy. not. F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Anvers, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2014; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, coll. Fac. dr. ULiège, 2^e éd., 2016, pp. 272-305; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Waterloo, Kluwer, A.P.R., 3^e éd., 2016, pp. 480-523; A. DIERICKX, J. BUELENS et A. VIJVERMAN, « Het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het medisch beroepsgeheim en de verwerking van persoonsgegevens », in T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), *Handboek Gezondheidsrecht*, vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 583-701; I. VAN DER STRAETE, J. PUT et E. LEENAERTS, « Het beschikkingsrecht over het beroepsgeheim. De hulpverlener wikt, de cliënt beschikt », *T.P.R.*, 2003, p. 1093.
- ⁸ Définies par l'article 4, 15^e, du R.G.P.D. comme « les données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne », ce qui est bien entendu fort large.

Le dossier du patient est incontestablement, en cas de litige portant sur la qualité des soins reçus et notamment sur l'exécution de l'obligation d'information pesant sur les soignants en vue de l'obtention du consentement éclairé du malade, un instrument probatoire très précieux. Ainsi que l'a montré une recherche doctorale récente, la jurisprudence examinera en détail ce qui est, ou n'est pas, mentionné dans les documents qu'il contient, qu'ils soient signés par le patient (par exemple un formulaire d'information et de consentement incorrectement ou insuffisamment rempli) ou non (courriers adressés au médecin généraliste ou autres mentions laissant apparaître que le patient a bien été informé des complications éventuelles). Le défaut de trace écrite de fourniture d'une information pourra, dans certains cas, fonder une présomption d'information insuffisante, en particulier lorsqu'il est d'usage, ou recommandé, de documenter par écrit les renseignements fournis au patient : il n'existe certes en soi aucune obligation de le faire, mais cela est de plus en plus fréquent, et c'est logiquement de nature à jeter la suspicion lorsqu'aucune trace écrite n'existe sur ce point. Il en va de même si un document écrit a bien été remis au patient, mais qui ne mentionne pas le renseignement que celui-ci se plaint ensuite de ne pas avoir reçu. Tout est affaire de circonstances ; la jurisprudence en témoigne⁹.

Après un rappel de ce que doit contenir le dossier du patient et de sa raison d'être (section 1), nous aborderons l'accès du patient à son dossier, mais dans l'optique d'une utilisation (pré)contentieuse (section 2). Nous constaterons qu'il constitue un indispensable auxiliaire probatoire : le cadre de référence tracé par les principes applicables à la charge de la preuve d'un manquement à l'obligation d'information, et par la jurisprudence française (section 3), nous permettra d'aborder la question, très actuelle, du recours à la « perte d'une chance de prouver » dans les litiges de responsabilité médicale (section 4).

Section 1

Le contenu et le but du dossier du patient

Textes applicables. Nous n'évoquerons pas ici en détail les dispositions qui réglementent le contenu du dossier médical au sens large. Il s'agit tout d'abord des deux arrêtés royaux du 3 mai 1999 : celui relatif au dossier médical général (*M.B.*, 17 juillet 1999) et celui qui détermine les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre (*M.B.*, 30 juillet 1999 ; ce renvoi à la loi coordonnée du 7 août 1987 doit naturellement se lire désormais

⁹ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Anvers, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2019, pp. 877-905, n^{os} 756-773. L'auteur consacre en particulier d'intéressants développements à la valeur probante des « déclarations écrites unilatérales » vantées par le médecin et figurant au dossier, pp. 880-891, n^{os} 757-765.

comme se référant à la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins). En vertu de l'article 20, § 1^{er}, de cette loi, « l'activité médicale doit faire l'objet d'une évaluation qualitative aussi bien interne qu'externe ; à cet effet, il faut, entre autres, tenir à jour pour chaque patient un dossier médical ; ce dossier est conservé par l'hôpital ». L'article 25, § 1^{er}, ajoute que « l'activité infirmière doit faire l'objet d'une évaluation qualitative aussi bien interne qu'externe ; à cet effet, il faut, entre autres, sous la responsabilité du chef du département infirmier, tenir à jour pour chaque patient un dossier infirmier, *qui constitue avec le dossier médical le dossier unique du patient* et qui est conservé par l'hôpital sous la responsabilité du médecin en chef » (mise en évidence ajoutée)¹⁰. Il en résulte que l'hôpital et en particulier le médecin-chef et les chefs de service ont un rôle important à jouer : ils doivent veiller à ce qu'un dossier médical soit créé pour chaque patient, et sa conservation dans l'hôpital relève de leur responsabilité¹¹.

Il ressort de l'article 4 de l'arrêté royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical doit répondre que ledit dossier, ainsi que le rapport de sortie, « doit être le compte-rendu fidèle de la démarche diagnostique et thérapeutique ». Le contenu *minimal* du dossier médical est fixé par l'article 2 dudit arrêté royal, tandis que son article 3 porte sur le contenu du *rapport de sortie*, élément particulièrement important en vue d'assurer efficacement le suivi ultérieur du patient, et donc la continuité des soins¹². On trouve, s'agissant du dossier infirmier, des dispositions similaires dans l'arrêté royal déterminant les conditions générales minimales auxquelles le

¹⁰ La tenue d'un dossier médical conformément aux dispositions de l'article 20 et de ses arrêtés d'exécution constitue une condition d'agrément et de financement (article 120, § 1^{er}, 4^o, de la loi coordonnée du 10 juillet 2008), et une sanction pénale s'applique à « celui qui, en violation de l'article 20, § 1^{er}, ou 25, § 1^{er}, néglige de constituer et/ou de tenir à jour pour chaque patient un dossier médical ou infirmier conformément aux dispositions y afférentes visées par la présente loi ou ses arrêtés d'exécution » (article 128, 11^o, de ladite loi). Pour le secteur des maisons de repos et de soins, voy. R. SAELENS, « Is het recht op inzage en afschrift van het verzorgingsdossier in rust- en verzorgingstehuizen een basisrecht? », note sous Anvers, 17 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 21.

¹¹ A. VIJVERMAN, *Het elektronisch medisch dossier. Praktische en juridische knelpunten. Draaiboek EMED*, *op. cit.*, p. 32, qui ajoute qu'il incombera à l'hôpital, et en particulier au médecin-chef, de veiller à ce qu'une application pratique et efficace relative au dossier médical électronique soit effectivement mise à la disposition des médecins (dans la mesure, bien entendu, où un dossier médical électronique est utilisé). En vertu des articles 6 et 16 de l'arrêté royal du 15 décembre 1987 portant exécution des articles 13 à 17 inclus de la loi sur les hôpitaux, coordonnée par l'arrêté royal du 7 août 1987, l'ouverture, la tenue et la conservation par l'hôpital du « dossier médical, constituant une partie du dossier du patient », relèvent de la responsabilité du médecin-chef et, « au niveau de son service », du médecin-chef de service.

¹² Le rapport de sortie se compose du *rapport provisoire*, qui « contient tous les renseignements nécessaires permettant à tout médecin consulté par le patient d'assurer la continuité des soins », et du *rapport complet sur le séjour à l'hôpital*, qui « contient les éléments anamnestiques, cliniques, techniques et thérapeutiques caractérisant au mieux l'hospitalisation et le suivi nécessaire » (article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 3 mai 1999). Sur les fonctions et le contenu du dossier du patient, voy. not. I. LUTTE, « Le dossier concernant le patient », *op. cit.*, p. 99, ici pp. 104-110 ; et sur l'ensemble des dossiers médicaux, T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, *op. cit.*, pp. 1-35 ; T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », *op. cit.*, pp. 429-460.

dossier infirmier, (alors) visé à l'article 17^{quater} de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre : ce dossier « est le reflet de la démarche en soins infirmiers et est un outil permettant d'assurer la continuité des soins infirmiers » (article 2, § 1^{er}) ; il « doit être le compte-rendu fidèle de la démarche infirmière » (article 5). Ceci justifie que l'infirmière qui a sciemment inséré des erreurs dans le dossier, ou effacé des données essentielles et confidentielles, ce qui n'a plus permis d'apprécier correctement l'exactitude du traitement, peut se rendre coupable de faux en informatique (article 210^{bis} du Code pénal)¹³.

Loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé. S'agissant du contenu (minimal) du dossier du patient, cette loi importante¹⁴, qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2021 (article 88, alinéa 1^{er}), est venue combler un relatif « vide », dès lors qu'auparavant, il n'existait aucune disposition *générale* portant sur le contenu et la structure du dossier du patient. Il convient de souligner que cette loi n'abroge pas les arrêtés royaux précités, qui demeurent donc d'application, mais en quelque sorte s'y superpose (et primera naturellement sur eux au besoin, en vertu de la hiérarchie des normes). Ce contenu est détaillé dans l'article 33, tandis que l'article 34 prévoit qu'à partir d'une date à fixer par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres, le professionnel des soins de santé tient à jour le dossier du patient et le conserve sous une forme électronique, le Roi pouvant fixer une date distincte pour les différents professionnels des soins de santé¹⁵.

L'énumération figurant à l'article 33 de la loi (que nous n'allons pas reproduire ici) vise les éléments que le professionnel des soins de santé est « au moins » tenu de mentionner dans le dossier du patient, « le cas échéant et dans les limites de sa compétence ». Il en découle que ces exigences doivent s'appliquer d'une manière proportionnée, en considération de leur pertinence concrète, des compétences du professionnel concerné, de la teneur de ses prestations, de la pathologie soignée, etc. : seul le professionnel de santé autorisé à poser un diagnostic doit mentionner ce dernier dans le dossier du patient ; en tant qu'il est établi ou complété par le personnel infirmier, le dossier ne contiendra pas de diagnostic médical, alors que c'est le cas pour le dossier tenu par un médecin. Et si aucune intervention chirurgicale n'est effectuée, il ne

¹³ Cass., 26 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1309, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 58, note E.D.

¹⁴ Dont, en dépit de cette importance, il paraît n'exister malheureusement à ce jour aucune présentation doctrinale francophone. On se tournera donc à profit – comme très souvent en droit médical – vers le nord du pays : T. VANSWEEVELT, S. TACK, F. DEWALLENS, S. CALLENS, T. GOFFIN, T. BALTHAZAR, R. HEYLEN, A. VANHOVE, E. DELBEKE, N. BROECKX et S. LIERMAN, *De Kwaliteitswet*, Anvers, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2020, pour une analyse complète (Krachtlijnen, toepassingsgebied en verhouding tot andere wetgeving; Bekwaamheid en visum; De therapeutische vrijheid en haar beperkingen; Risicovolle verstrekkingen. Verstrekkingen met toepassing van anesthesie, extramurale beperkingen en procedures; Praktijk-informatie; Toezicht en handhaving in de Wet Kwaliteitsvolle Praktijkvoering). Quant à l'objet de la présente contribution, c'est, dans ce bel ouvrage, l'étude de T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, « Het patiëntendossier en de toegang tot en doorstroming van gezondheidsgegevens tussen gezondheidszorgbeoefenaars in het raam van de Kwaliteitswet », pp. 121-160, qui nous retiendra particulièrement.

¹⁵ À la date de rédaction (mars 2021), aucun arrêté royal en ce sens n'a encore été adopté.

sera bien sûr pas nécessaire d'enregistrer les médicaments postopératoires dans le dossier du patient¹⁶. MM. Vansweevelt et Broeckx ajoutent que ce qui est précisément « pertinent » sera en première instance apprécié par le prestataire lui-même au cas par cas : étant donné que le dossier du patient est avant tout un outil destiné aux professionnels de la santé dans le cadre de la fourniture des soins de santé, le terme « pertinent » doit également être compris comme couvrant ce qui est nécessaire ou relevant dans cette perspective (concrète), comme le ferait un professionnel de la santé normalement diligent, placé dans les mêmes circonstances¹⁷.

En somme, l'apport essentiel de l'article 33 de la loi « qualité de la pratique des soins de santé » est *d'uniformiser, pour tous les prestataires de soins, des règles autrefois disparates* ; mais sur le fond, la liste qu'il contient est peu innovante, au regard notamment de l'arrêté royal du 3 mai 1999 précité relatif au dossier médical en milieu hospitalier. MM. Vansweevelt et Broeckx observent que les seuls vrais « éléments nouveaux » qui y figurent sont la caractérisation du patient telle qu'elle est visée à l'article 12¹⁸ (article 33, 11°) ; les médicaments (article 33, 15°) ; « les complications qui nécessitent un traitement complémentaire » (article 33, 16°) ; et, « en cas d'hospitalisation du patient [et] si le professionnel des soins de santé le juge pertinent, une note journalière d'évaluation de l'état de santé du patient » (article 33, 17°). Ils ajoutent judicieusement que d'autres données auraient mérité d'être reprises dans cette liste : une personne à contacter en cas d'urgence (ou I.C.E.) ; la composition de la famille ou la présence d'enfants ; l'autorisation d'informer des membres (déterminés) de la famille sur le diagnostic ; les vaccinations ; la communication avec le patient, y compris le consentement éclairé de ce dernier ; l'identité de la personne qui a fourni les informations ; d'éventuelles restrictions diététiques ; etc.¹⁹

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. On se souviendra que le patient jouit d'un certain contrôle sur le contenu du dossier, puisque l'article 9, § 1^{er}, alinéa 2, de cette loi – texte de base du droit médical – prévoit qu'à la demande du patient, le praticien professionnel doit ajouter les docu-

¹⁶ T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, « Het patiëntendossier en de toegang tot en doorstroming van gezondheidsgegevens tussen gezondheidszorgbeoefenaars in het raam van de Kwaliteitswet », *op. cit.*, p. 130. Sur ce dernier point, en effet – et cette restriction apparaît, en soi, curieuse –, l'article 33, 15°, ne vise que « les médicaments et les produits de santé *pré-, péri- et postopératoires*, y compris le schéma de médication » (mise en évidence ajoutée).

¹⁷ T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, *ibid.*, pp. 130-131.

¹⁸ En vertu de l'article 12 de la loi du 22 avril 2019, « avant de dispenser des soins de santé, le professionnel des soins de santé effectue une caractérisation du patient et de la prestation en question si cela est pertinent. Le professionnel des soins de santé analyse l'état de santé du patient et enregistre les données pertinentes dans le dossier du patient ». Encore un renvoi à ce qui « est pertinent » : cela n'aidera pas forcément les praticiens à y voir plus clair...

¹⁹ T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, « Het patiëntendossier en de toegang tot en doorstroming van gezondheidsgegevens tussen gezondheidszorgbeoefenaars in het raam van de Kwaliteitswet », *op. cit.*, p. 131. On n'aura pas manqué d'observer que la référence aux vaccinations préfigurait – de peu – un débat très actuel.

ments fournis par celui-ci dans son dossier (par exemple, une directive anticipée telle que visée à l'article 8, § 4, de la loi). Le patient ne dispose en revanche pas de la faculté d'en extraire certaines pièces ou de les rendre «inaccessibles»: le dossier n'est pas conçu dans son seul intérêt mais poursuit l'objectif – qui relève en partie d'un impératif de santé publique et transcende donc les intérêts particuliers – de permettre la *continuité de soins de qualité*²⁰.

Par ailleurs, la loi du 22 août 2002 impose, à divers égards, l'ajout d'une mention au dossier du patient. Il n'est pas inutile de les rappeler:

- communication des informations, avec l'accord du patient, à la personne de confiance ou en sa présence, avec inscription de l'identité de cette dernière, le patient pouvant en outre demander explicitement que ces données soient inscrites dans son dossier (article 7, § 2);
- demande expresse du patient que les (ou certaines) informations ne lui soient pas fournies (article 7, § 3);
- motivation écrite portant sur le recours, par le médecin, à l'exception thérapeutique (article 7, § 4);
- éventuel consentement «fixé par écrit», et ce, «à la demande du patient ou du praticien professionnel et avec l'accord du praticien professionnel ou du patient» (article 8, § 1^{er} *in fine*);
- refus ou retrait du consentement, et ce également «à la demande du patient ou du praticien professionnel» (article 8, § 4);
- indication que, dans un cas d'urgence et en présence d'une «incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant», «toute intervention nécessaire [a été] pratiquée immédiatement par le praticien professionnel dans l'intérêt du patient» (article 8, § 5);
- «le cas échéant», demande écrite du patient de consulter son dossier avec l'assistance ou par le truchement d'une personne de confiance, avec inscription de l'identité de celle-ci (article 9, § 2, alinéa 4);
- motivation écrite visant soit le rejet total ou partiel de la demande du représentant du patient incapable (visé aux articles 12 et 14) visant à obtenir consultation ou copie du dossier, et ce, «en vue de la protection de la vie privée du patient», le droit de consultation ou de copie devant alors être exercé «par le praticien professionnel désigné par le mandataire»²¹,

²⁰ T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, *op. cit.*, pp. 4-6; T. VANSWEEVELT, «Rechten met betrekking tot het patiëntendossier», *op. cit.*, pp. 432-434. En France, il semblerait qu'il soit possible pour le patient d'extraire certaines pièces du dossier ou de les rendre «inaccessibles» (X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, coll. Thémis droit, Paris, P.U.F., 4^e éd., 2020, p. 346, n° 315), mais dans un cadre et selon un mécanisme somme toute peu clairs. En pareille hypothèse et fort opportunément, la loi (article L. 1111-15 C.S.P.) prévoit que la responsabilité du professionnel de santé ne peut être engagée en cas de litige portant sur l'ignorance d'une information *qui lui était masquée dans le dossier médical partagé* et dont il ne pouvait légitimement avoir connaissance par ailleurs.

²¹ On soulignera qu'il est surprenant que le droit de consultation (et de copie) du dossier du patient puisse ainsi être refusé au *représentant* du patient incapable, mais non à la *personne de confiance* désignée par

soit l'hypothèse où, « dans l'intérêt du patient et afin de prévenir toute menace pour sa vie ou toute atteinte grave à sa santé, le praticien professionnel, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire, déroge à la décision prise » par le représentant du patient (article 15).

D'une manière superflue mais probablement didactique, l'article 33 de la loi du 22 avril 2019 reprend plusieurs de ces hypothèses (18° à 23°)... mais pas toutes, celles visées à l'article 8, §§ 1^{er} *in fine*, 4 et 5, n'y figurant pas. Cela est particulièrement regrettable s'agissant des interventions urgentes et nécessaires (article 8, § 5), qui constituent un cas de figure raisonnablement fréquent, potentiellement vecteur de questionnements subséquents et à l'égard duquel il est essentiel qu'une justification figure au dossier.

Mention des échecs et incidents thérapeutiques ? On notera que la doctrine est partagée quant au lien existant entre l'accès aux éléments du dossier du patient et l'exercice « différé » par le patient de son droit de recevoir « toutes les informations qui lui sont nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable » (article 7 de la loi relative aux droits du patient). Le Conseil national de l'Ordre des médecins s'était prononcé en ce sens dans son avis du 26 juillet 2003 sur ladite loi, estimant que, « lors d'une demande de consultation au cours d'un traitement ou à sa clôture, le droit de consultation se situe dans le prolongement de l'obligation d'informer. Il est indiqué dans ces cas de parcourir le dossier avec le patient afin de lui fournir les explications nécessaires le cas échéant »²². Selon M. Van Gyseghem, « ce droit de consultation se situe dans le prolongement du droit à l'information qui est octroyé au patient »²³, tandis que M. Nys le fonde sur la protection de son intimité s'agissant des données récoltées à son sujet, et précisément pas sur le droit à l'information : « Ce droit n'a pas pour but premier de satisfaire le besoin d'information du patient. [...] Le droit de consultation ne peut être considéré comme un substitut à une fourniture déficiente d'information dans le cadre des articles 7 et 8 de la loi sur les droits des patients [...]. Si le patient doit exercer son droit de consultation du dossier pour prendre ainsi connaissance d'informations qu'il aurait déjà dû recevoir plus tôt, c'est que quelque chose n'a pas fonctionné dans la fourniture initiale de l'information. La raison d'être du droit de consultation est en premier lieu la protection de la vie privée du patient. »²⁴

un patient capable mais fragile (article 9, § 2, alinéa 4, et § 3, alinéa 1^{er}), alors il s'agit de situations fort proches en pratique et que, de surcroît, le représentant en question peut avoir été *expressément désigné* au préalable par le malade (art. 14, § 1^{er}), jouissant en ce cas d'une particulière légitimité et pouvant du reste, à ce titre, imposer au médecin une décision s'il peut établir qu'elle émane de la volonté expresse du malade (article 15, § 2). La loi manque ici de cohérence.

²² <https://ordomedic.be/fr/avis/droit-medical/vie-privee/avis-loi-relative-aux-droits-du-patient>.

²³ J.-M. VAN GYSEGHM, « Droits du patient : quelques réflexions », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.132, n° 14.

²⁴ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, *op. cit.*, p. 143, n° 329-330 (traduction libre). Le commentaire du Code de déontologie médicale se situe sur la même ligne : « [L]e droit à la consultation du dossier est un droit distinct du droit d'information du patient » (*Code de déontologie médicale commenté*, *op. cit.*, p. 100).

Quoi qu'il en soit et quant au fond, il nous paraît indiqué d'inclure, « parmi les dimensions du droit à l'information », « un légitime éclairage sur les raisons de l'échec d'un traitement ou d'une intervention, même si cet échec n'est pas la conséquence d'une faute »²⁵. M. Balthazar affine l'idée en distinguant les *conséquences* et la *cause* d'un accident thérapeutique : « Dans la mesure où un accident thérapeutique a eu un impact sur l'état de santé du patient et où celui-ci en est affecté (de façon permanente ou non), le droit à l'information sur le diagnostic englobe le droit à l'information sur l'état de santé actuel (après l'accident et en tant qu'il est influencé par celui-ci) et son "évolution probable". Ce droit à l'information existe indépendamment de la perspective d'un traitement éventuel. [...] Le droit à l'information concernant les conséquences de l'accident n'inclut toutefois pas nécessairement un droit à l'information sur les *causes* de cet accident. Le droit à l'information sur l'état de santé n'implique pas nécessairement un droit opposable à l'information sur les causes externes (d'un accident). Bien qu'en principe, elles *puissent* être communiquées, il peut y avoir des raisons de ne pas le faire, au moins de manière active et spontanée, et certaines de ces raisons peuvent être justifiées par les droits du professionnel de santé ou des tiers concernés »²⁶. Il faut en toute hypothèse admettre que *le droit à des soins de qualité et à la continuité des soins subsiste* lorsqu'un patient est victime, à la suite d'un traitement ou d'une prise en charge, d'effets secondaires inattendus ou de conséquences indésirables : il en résulte que toutes les interventions qui sont envisageables afin d'éradiquer ou d'atténuer ces conséquences doivent être entreprises. Les soignants sont, en d'autres termes, tenus d'assurer le suivi complet d'une prise en charge et, le cas échéant, d'assumer les conséquences d'un manquement éventuel, en faisant tout ce qui est en leur pouvoir afin d'en atténuer les conséquences. Il va par ailleurs de soi que toutes les données, y compris celles qui sont susceptibles d'avoir une influence négative sur le professionnel de santé concerné dans le cadre d'une éventuelle procédure judiciaire ou disciplinaire, doivent être communiquées au patient s'il en fait la demande : il ne saurait être question d'opérer une « sélection » sur quelque base que ce soit²⁷.

²⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 437-438. Voy. ég. D. MAYÉRUS et P. STAQUET, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin », *D.C.C.R.*, 2002, n° 57, p. 3, ici p. 12, n° 22 : « Le droit consacré par l'article 7 de la loi existe en soi et se présente comme un *continuum*. Cela signifie que l'information dont il est question ne doit pas nécessairement être fournie en vue d'un consentement ultérieur à une quelconque intervention. L'information visée à l'article 7 peut, de ce fait, être fournie au patient en dehors de toute intervention ou après celle-ci. Ainsi, un accident médical devra comme tel être porté à la connaissance du patient. »

²⁶ T. BALTHAZAR, « Het spanningsveld tussen het recht op informatie van de patiënt, het recht op verdediging van de zorgverlener, de leiding van het verweer door de verzekeraar en optimale communicatie na een ongeval in de gezondheidszorg », in M. EGGERMONT (éd.), *Verloeskunde in beweging II. Do's en don'ts in het voorkomen van aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 201, ici p. 205, n° 7 (et p. 208, n° 13) (traduction libre). Ceci laisse à tout le moins ouverte la question de savoir si le médecin / l'hôpital ne sont pas au moins tenus de *répondre* d'une manière (complètement) transparente à une interpellation du patient sur ce point.

²⁷ *Ibid.*, p. 206, n° 9, et p. 212, n°s 23-24. L'auteur fait un lien avec l'article 75 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, qui impose à l'assuré, dans toute assurance à caractère indemnitaire, de « prendre toutes mesures raisonnables pour prévenir et atténuer les conséquences du sinistre ».

Au terme d'une analyse approfondie, Mme Verjans se prononce également en ce sens et défend même l'existence d'un droit général, dans le chef du patient, de recevoir des informations sur les circonstances factuelles de l'erreur ou de l'incident, particulièrement s'il pose personnellement des questions ou si de telles informations apparaissent nécessaires afin de garantir des soins ultérieurs appropriés ou des mesures de réparation (ou de précaution). Selon l'auteur, il découle des travaux parlementaires portant sur la loi relative aux droits du patient, du devoir de bonne foi lors de l'exécution du contrat et de la norme de diligence générale, l'existence d'une *obligation générale de transparence sur les circonstances factuelles d'une erreur ou d'un incident survenu pendant la dispensation des soins*, sans pour autant que la reconnaissance des erreurs éventuelles soit obligatoire²⁸.

Tout ceci doit logiquement être documenté au dossier, notamment si ce suivi implique un transfert du patient auprès d'un autre soignant plus spécialisé. À cet égard, l'article 33 de la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé cite, au rang des informations que doit « au moins » contenir le dossier du patient, outre « l'évolution de l'affection si cela est pertinent » (13^o) et « les renvois vers d'autres professionnels des soins de santé, services ou tiers » (14^o), « les complications qui nécessitent un traitement complémentaire » (16^o). On a pu judicieusement regretter qu'il ne soit ainsi pas requis que *tous* les incidents pertinents ayant émaillé la relation de soins, et entraînant (potentiellement) des conséquences pour le patient, soient mentionnés au dossier²⁹.

Soulignons enfin que le médecin est naturellement tenu de *consulter* le dossier médical avant d'effectuer une opération quelconque, et d'utiliser ou d'exploiter les informations qu'il comporte, sans quoi l'obligation de tenir ce dossier à jour (article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi relative aux droits du patient) n'aurait aucun sens³⁰. Cela devrait également valoir pour le dossier infirmier, dont il arrive qu'il comporte des indications plus précises et plus utiles³¹.

²⁸ E. VERJANS, « Informatie van artsen over medische fouten en incidenten aan patiënten », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 179, et, pour de plus amples développements, la thèse de doctorat de l'auteure, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Anvers, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2019, pp. 307-369.

²⁹ T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, « Het patiëntendossier en de toegang tot en doorstroming van gezondheidsgegevens tussen gezondheidszorgbeoefenaars in het raam van de Kwaliteitswet », *op. cit.*, p. 128.

³⁰ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Kluwer, A.P.R., 3^e éd., 2016, pp. 141-142, n^o 326; Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 307, note C.L.

³¹ E. DELBEKE, « Moet een arts ook inzage nemen van het verpleegkundig dossier? », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 21, note critique sous un jugement en sens contraire du Tribunal de première instance de Gand du 13 décembre 2011, *ibid.*, p. 19. Ce jugement est en effet curieux: le tribunal constate qu'il n'y a aucune preuve d'un accord entre les parents et le médecin attestant que cette dernière se serait engagée à enlever uniquement l'amygdale gauche de l'enfant au lieu des deux amygdales. Le dossier infirmier mentionnait pourtant « T.E. gauche, tonsillectomie » mais, selon le tribunal, ceci ne constitue pas une preuve suffisante, car cette mention n'est pas en soi univoque et, en tout état de cause, les parents ne démontrent pas qu'un médecin aurait pour obligation de consulter également le dossier infirmier et ils « ne pro-

Section 2

L'accès du patient à son dossier en vue d'une utilisation contentieuse

La délicate question de la circulation des données (électroniques) *entre praticiens exerçant dans la même institution*, confrontée à l'extension et aux limites du secret professionnel, et qui suppose l'existence d'une *relation thérapeutique* entre le médecin qui souhaite consulter ces données et le patient concerné, excède le cadre de la présente contribution³². Son appréhension est désormais renouvelée par la loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé, qui y consacre ses articles 36 à 40³³.

Droit de consultation et de copie : justification et étendue. Nous nous focalisons en effet sur le patient. Ce dernier dispose – incontestablement³⁴ – du droit de consulter le dossier qui le concerne et d'en obtenir la copie, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une personne de confiance. Les règles et principes qui encadrent l'exercice de ce droit ont déjà été amplement explorés dans diverses contributions, auxquelles nous nous permettons de renvoyer³⁵. La

duisent aucune pièce» dont il ressortirait le contraire (on se demande bien quelle pièce ils auraient pu produire). On garde l'impression d'une négligence manifeste qui demeure impunie: opérer le bon endroit du corps, «enlever ce qui est prévu et pas plus», constitue une obligation de résultat dans le chef du praticien, en l'absence de tout aléa (voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 420-421).

³² Voy. not., sur cette question, l'excellente étude d'A. VIJVERMAN et E. DELBEKE, «De uitwisseling van gezondheidsgegevens uit het elektronisch patiëntendossier», op. cit., p. 4, spéc. pp. 12-20 quant à l'exigence d'une relation thérapeutique, où tous les cas de figure sont soigneusement détaillés. Voy. ég. le *Code de déontologie médicale commenté*, op. cit., pp. 100-102 (et sur <https://ordomedic.be/fr/code-2018/respect/23>).

³³ Voy. T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, «Het patiëntendossier en de toegang tot en doorstroming van gezondheidsgegevens tussen gezondheidszorgbeoefenaars in het raam van de Kwaliteitswet», op. cit., pp. 136-159.

³⁴ Il n'est pas inutile de se souvenir des dispositions surannées du Code de déontologie médicale, telles qu'elles existaient encore au début du siècle, lesquelles rendaient le médecin seul juge de l'intérêt de son patient: il «apprécie lui-même l'intérêt du patient et suivant son appréciation communiquera ou pas ce qu'il estime judicieux de communiquer», sans donc que la moindre transparence de principe soit à l'époque garantie (T. LOCOGE, «Le dossier médical et sa communication», in P. LUCAS et M. STEHMAN (dir.), *Actualités du dommage corporel. La responsabilité médicale*, Juridoc, 2003, p. 93, ici p. 98). Dans sa version 2018, le Code énonce que «le médecin préserve la stricte confidentialité du dossier patient et accorde au patient l'accès à ses données de santé» (article 23), et son commentaire précise que «le droit d'accès au dossier, du patient ou du praticien professionnel qu'il désigne, porte sur le contenu effectif du dossier et ne peut être limité à ce que doit contenir le dossier» (*Code de déontologie médicale commenté*, op. cit., p. 94; le commentaire du Code est reproduit sur le site de l'Ordre des médecins: <https://ordomedic.be/fr/code-2018>).

³⁵ Voy. not. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 305-322; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, op. cit., pp. 139-150; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, op. cit., pp. 65-146; T. VANSWEEVELT, «Rechten met betrekking tot het patiëntendossier», op. cit., p. 489-567; S. BRILLON, «Le droit d'accès au dossier patient», in *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale. La loi du 22 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2003, p. 69; S. CALLENS, S. CAENEN et L. VAN LEUVEN, «E-health en het omgaan met gegevens in de gezondheidszorg», op. cit., p. 371, ici pp. 408-419; I. LUTTE, «Le dossier concernant le patient», op. cit., p. 99; «L'accès au dossier médical», *Consilio*, 2017, p. 42, et «Les données de santé», op. cit., n° 22, p. 63; E. THIRY, «L'accès au dossier médical au croisement des lois...», in I. LUTTE (dir.), *Droit médical et dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Anthemis-ULB,

préoccupation est ancienne, et bien sûr étroitement liée au secret professionnel. Elle fut progressivement rencontrée, d'une manière globalement adéquate, par le législateur au travers des textes relatifs au traitement des données à caractère personnel (lois du 8 décembre 1992 et, désormais, du 30 juillet 2018), à la protection de la vie privée puis aux droits du patient (loi du 22 août 2002, qui constitue le siège essentiel de la matière et dont on rappellera que le respect s'impose aux hôpitaux, en vertu de l'article 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins). Ces règles et principes témoignent d'une salutaire évolution d'une conception *absolue* du secret médical vers une approche *fonctionnelle*, centrée sur les intérêts du patient concerné : « [L]e médecin n'est donc plus le maître du secret, mais son dépositaire »³⁶. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est en ce sens : l'obligation de secret, dont le médecin est, comme d'autres, « dépositaire », « vise, à titre principal, à protéger le droit fondamental à la vie privée de la personne qui se confie, parfois dans ce qu'elle a de plus intime »³⁷.

Il convient d'observer que ce souci de transparence s'applique à la *médecine d'assurance, d'expertise et de contrôle* sous ses diverses formes³⁸. Ainsi le Tribunal de première instance de Bruxelles a-t-il été amené à ordonner avant dire droit à un assureur « revenu garanti », en application de l'article 877 du Code judiciaire³⁹, de verser aux débats les rapports de ses médecins-conseils, et ce sur la base, non pas de la loi relative aux droits du patient – qui s'applique certes au médecin-conseil de l'assureur mais pas à la compagnie comme telle, qui n'est pas visée par ce texte –, mais du R.G.P.D., dont l'assurée peut « se revendiquer [...] pour avoir accès à ses données personnelles relatives à son état de santé et, en tant que responsable du traitement de ces données, l'assureur est, quant à lui, tenu de transmettre tout le dossier de sa cliente, en ce compris les rapports de son médecin-conseil, les rapports des sapiteurs et les rapports de toute autre origine, à l'exception des données techniques (notions tactiques, suggestions de gestion, réserves...) et des données concernant des tiers ». Le tribunal estime « que le droit de [l'assurée] d'avoir accès aux données à caractère personnel qui ont été collectées par [l'assureur] à son sujet ainsi que le respect des droits de la

2014, p. 59 ; M.-N. VERHAEGEN, « L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 74.

³⁶ T. LOCOGE, « La communication de ses données médicales au patient suivant les lois des 8 décembre 1992 (vie privée) et 22 août 2002 (sur les droits du patient) et leurs conséquences sur le secret médical », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Anthemis-Bruylant, 2008, p. 737, ici p. 746. Sur la perception et la justification évolutives du secret médical, voy. not. I. VAN DER STRAETE, J. PUT et E. LEENAERTS, « Het beschikingsrecht over het beroepsgeheim. De hulpverlener wikt, de cliënt beschikt », *op. cit.*, p. 1093.

³⁷ C.C., 26 septembre 2013, arrêt n° 127/2013, § B.3.1.

³⁸ Avis de la Commission fédérale « droits du patient » du 21 juin 2013 concernant la médecine de contrôle et d'expertise, <https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/fr/documents/2013-06-21-cfdp-avis-concernant-la-medecine-de-contrôle-et-d'expertise>. Sur les avis de la Commission fédérale « droits du patient » et du Conseil national de l'Ordre des médecins en la matière, voy. E. THIRY, « L'accès au dossier médical au croisement des lois... », *op. cit.*, pp. 70-76.

³⁹ Auquel on ajoutera l'article 871 du même code, en vertu duquel « le juge peut [...] ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose ».

défense et le principe du contradictoire doivent l'emporter» (sur le droit au respect de la confidentialité des rapports des médecins-conseils invoqué par l'assureur). Il constate que sa demande à cet égard est « strictement limitée à ce qui est nécessaire à son procès », est proportionnée et poursuit un but légitime, et souligne qu'« il est important (que le juge) dispose des preuves les plus étendues pour trancher le litige qui lui est soumis »⁴⁰. Salutaire décision, tant le principe du contradictoire et de l'égalité des armes s'accommode mal d'une situation où les assureurs (de responsabilité, cette fois) exigent que les prétentions qui leur sont opposées s'appuient sur des pièces et rapports médicaux, tout en refusant dans le même temps de communiquer ceux qu'ils invoquent à l'appui de leur propre position. Les impératifs du débat contradictoire, sur le plan tant juridique que médical, nous semblent supposer que l'on documente exhaustivement ses interlocuteurs et que l'on étaye sa position en toute transparence.

Importance du dossier dans la phase précontentieuse. Il est essentiel que le patient reçoive, au travers du droit de consultation, la possibilité – et ce, indépendamment de toute (velléité de) procédure judiciaire ou autre – de vérifier ce qui y est mentionné, s'agissant de la survenance d'effets indésirables et de leur cause. Le dossier du patient constitue en effet un élément capital (i) pour décider de revendiquer ou non un dédommagement et/ou de lancer ou non une procédure judiciaire, et (ii) cela fait, pour soutenir et appuyer ladite procédure, et accompagner et aider le patient au fil de celle-ci (et notamment dans le cadre d'une expertise judiciaire). En effet, les rapports figurant au dossier doivent être complets et ininterrompus. Ceci implique qu'il ne soit « pas permis d'omettre délibérément des effets dommageables indésirables ou des événements qui pourraient potentiellement entraîner la responsabilité professionnelle d'un prestataire de soins de santé » – ou de ne les évoquer que dans des « annotations personnelles » soustraites au regard direct du patient. Dans cette perspective, « la loi relative aux droits du patient a permis à ce dernier de prendre une décision quant à une éventuelle procédure en responsabilité, sans nécessairement devoir prendre des mesures en amont pour imposer l'accès au dossier »⁴¹.

⁴⁰ Civ. Bruxelles, 8 octobre 2019, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 256, note I. LUTTE, « L'accès aux données de santé. À propos du dossier médical établi par le médecin-conseil d'une compagnie d'assurance ». Voy. ég. M. VAN COTTHEM, « De toepasbaarheid van de Wet Verwerking Persoonsgegevens en de Wet Patiëntenrechten op expertise- en controlegeneeskunde », note sous Trib. trav. Louvain, 22 janvier 2008 et C. trav. Bruxelles, 5 mars 2009, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 341, et, à propos du « dossier établi par un médecin chargé par un organisme public ou privé d'une mission définie par la loi ou par un contrat de service (médecin-conseil d'un organisme assureur, médecin-inspecteur, expert pour le FAM, médecin scolaire, médecin du travail, etc.) », M. VANDERWECKENE, « La conservation des archives médicales : quel délai ? », note sous l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 5 juillet 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.615.

⁴¹ T. BALTHAZAR, « Het spanningsveld tussen het recht op informatie van de patiënt, het recht op verdediging van de zorgverlener, de leiding van het verweer door de verzekeraar en optimale communicatie na een ongeval in de gezondheidszorg », *op. cit.*, p. 201, ici pp. 208-210, n° 13-20.

Avant la loi du 22 août 2002 consacrant et formalisant leurs droits, les patients qui soupçonnaient avoir été victimes d'une erreur médicale et qui désiraient consulter leur dossier médico-hospitalier en vue d'instruire leurs doutes, ou tout simplement de comprendre ce qui s'était passé, faisaient souvent face à un véritable parcours du combattant à cet égard, aboutissant parfois à un « procès dans le procès ». Ils se voyaient fréquemment opposer un refus de communication du dossier « au motif du secret médical »⁴², abusivement invoqué et imposant un détour préalable par le juge, lequel pouvait notamment ordonner, le cas échéant en référé, le dépôt de tout élément utile au dossier de la procédure sur pied des articles 871 et 877 du Code judiciaire⁴³. Depuis lors, les conceptions ont évolué, dans le sens de la reconnaissance bienvenue de *l'inopposabilité du secret médical au patient lui-même*. Ainsi fut-il rappelé, lors de la première édition de ces rencontres, qu'autrefois – soit à tout le moins avant la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel –, « de sérieux différends avaient opposé, devant les cours et tribunaux, des médecins et l'ordre professionnel, d'une part, et les patients, d'autre part, à propos de la communication en justice du dossier médical, notamment à propos d'une action en responsabilité civile dirigée contre un praticien »⁴⁴.

Vie privée et égalité des armes. Le droit à un accès effectif à des informations touchant à sa propre santé, et donc à sa vie privée et familiale, est protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, lequel paraît bien impliquer l'existence dans le chef de l'État d'une *obligation positive* de permettre au patient d'obtenir une copie de son dossier. Selon la Cour de Strasbourg, les personnes qui souhaitent obtenir des photocopies de documents renfermant des informations à caractère personnel les concernant n'ont pas à devoir expliquer précisément pourquoi elles en ont besoin ; ce serait au contraire à toute autorité détentrice d'éléments de ce type et qui ne souhaiterait pas les produire qu'il appartiendrait de justifier son refus par des motifs impérieux. Pour parer au risque d'utilisation abusive des informations médicales, il suffit aux autorités de mettre en place un dispositif légis-

⁴² T. LOCOGE, « Le dossier médical et sa communication », *op. cit.*, p. 99. L'auteur rappelle (pp. 99-100) la pratique suivie à l'époque. Voy. ég. I. LUTTE, « Le dossier concernant le patient », *op. cit.*, pp. 117-119.

⁴³ Faisant immédiatement suite au célèbre article 870 (« chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue », et ce, depuis la loi du 13 avril 2019 « portant création d'un Code civil » et y insérant un livre 8 « La preuve », entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020, « sans préjudice de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil », voy. ci-après), l'article 871 énonce que « le juge peut néanmoins ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose ». L'article 877 prévoit quant à lui, d'une manière partiellement redondante avec l'article 871, que, « lorsqu'il existe des indices sérieux et précis de la détention, par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure ». La loi précitée du 13 avril 2019 a ici remplacé ici les mots « présomptions graves, précises et concordantes » par « indices sérieux et précis ».

⁴⁴ E. THIRY, « L'accès au dossier médical au croisement des lois... », *op. cit.*, p. 59.

latif visant à limiter les cas dans lesquels celles-ci peuvent être utilisées, ainsi que le nombre de personnes pouvant y avoir accès⁴⁵.

Sur le plan procédural, on inscrira cette dynamique dans le cadre du principe d'égalité des armes, composante du droit à un procès équitable⁴⁶. On sait que, selon la Cour européenne, ce principe requiert « que chaque partie à une procédure se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » et que « la notion de procès équitable comprend également le droit à un procès contradictoire qui implique le droit pour les parties de faire connaître les éléments nécessaires au succès de leurs prétentions, mais aussi de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »⁴⁷.

Droit anglais : discovery. Reste l'essentiel : mettre la main sur ces « éléments nécessaires au succès de [sa] prétention ». Ceci évoque le (droit de) *discovery* du droit anglais⁴⁸. Au Royaume-Uni, un accès (limité) du patient à son dossier médical fut consacré par l'*Access to Medical Reports Act 1988* et l'*Access to Health Records Act 1990* (qui ne demeure pertinent qu'à l'égard des patients décédés) puis, d'une manière plus précise et détaillée, par le *Data Protection Act 1998* et désormais par le *Data Protection Act 2018*⁴⁹. Plus largement, il est établi que le patient qui envisage d'introduire une action en responsabilité contre un médecin ou une autorité de santé a le droit d'accéder à son dossier médical, de manière à ce que sa plainte puisse être évaluée par ses conseils juridiques et médicaux ; au besoin, il pourra obtenir en justice qu'il soit fait injonction au détenteur des documents en question de les produire, pourvu que sa demande

⁴⁵ Cour EDH, arrêt *K.H. et autres c. Slovaquie* du 28 avril 2009 : violation de l'article 8 de la Convention dans le chef de requérantes ayant obtenu des décisions de justice les autorisant à consulter leurs dossiers médicaux dans leur intégralité, tandis que les autorités n'ont pas justifié par des motifs suffisants l'impossibilité pour les intéressées de faire des photocopies de ces documents. Pour un commentaire, voy. M. EJKHOLT, « Sterilisation and the birth of a right: effective access to medical records », *Med. L. Rev.*, 2010, n° 18, p. 96. Voy. ég. l'arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011, not. § 188.

⁴⁶ Voy. la mercuriale de M. le procureur général P. DUINSLAEGER, « Le droit à l'égalité des armes », *J.T.*, 2015, p. 561, et en version intégrale sur https://justice.belgium.be/fr/ordre_judiciaire/cours_et_tribunaux/cour_de_cassation/documents/discours; adde not. D. SPIELMANN, « Cour européenne des droits de l'homme. Principes de l'égalité des armes et du caractère contradictoire de la procédure (1970-1999) », *Ann. Dr. Lux.*, 1999, p. 289.

⁴⁷ Voy. récemment Cour EDH, arrêt *Vegotex International c. Belgique* du 10 novembre 2020, §§ 85-86, et les précédents cités. Cette affaire a, début mars 2021, été renvoyée devant la Grande Chambre.

⁴⁸ « *Discovery, in the law of common law jurisdictions, is a pre-trial procedure in a lawsuit in which each party, through the law of civil procedure, can obtain evidence from the other party or parties by means of discovery devices such as interrogatories, requests for production of documents, requests for admissions and depositions. Discovery can be obtained from non-parties using subpoenas. When a discovery request is objected to, the requesting party may seek the assistance of the court by filing a motion to compel discovery* », [https://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_\(law\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_(law)).

⁴⁹ G. T. LAURIE, S. H. E. HARMON et E. S. DOVE, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Oxford University Press, 11^e éd., 2019, pp. 192-193, n° 6.62 et s.; S. D. PATTINSON, *Medical Law and Ethics*, Thomson Reuters-Sweet & Maxwell, 6^e éd., 2020, pp. 195 et s., et pp. 206-211, n° 6-009-012, à propos du *Data protection law* (G.D.P.R. et *Data Protection Act 2018*).

soit suffisamment précise et ne soit pas fantaisiste⁵⁰. Ce droit de *discovery* fut consacré par le *Supreme Court Act 1981* : « *If a person has commenced or is likely to commence litigation that has some prospect of success, then he or she has a right to 'discovery' of relevant evidence, including documents. These can include medical records. If disclosure would harm a patient, then those documents can be shown only to the patient's medical advisers.* »⁵¹

En dehors de ces *statutory rights* et du droit – procédural – de *discovery*, il apparaît que la consécration d'un droit d'accès de principe du patient à son dossier médical et aux données qui le concernent qu'il contient demeure, en *common law*, somme toute assez timide, ce qui peut avoir de quoi surprendre. Ainsi peut-on lire, dans le *leading case* sur cette question : « *In my view the circumstances in which a patient or former patient is entitled to demand access to his medical history as set out in the records will be infinitely various, and it is neither desirable nor possible for this or any court to attempt to set out the scope of the duty to afford access or, its obverse, the scope of the patient's rights to demand access. Each case must depend on its own facts.* »⁵² Le professeur Pattinson juge cette décision « *somewhat equivocal about whether the patient actually has any rights of access at common law* » : « *This case is distinctly unsatisfactory as a precedent. It remains uncertain whether the common law will ever be any use to patients seeking to gain access to their medical records.* »⁵³ Il semble toutefois qu'en pratique, les patients demandeurs de documents ne rencontrent guère de réelles difficultés – du moins au sein des hôpitaux dépendant du N.H.S. –, hormis s'il apparaît que la transmission de l'information souhaitée serait susceptible de causer, à eux-mêmes ou à autrui, un dommage sérieux à leur santé physique ou mentale. Ceci rejoint peu ou prou la « restriction » prévue par l'article 9, § 2, alinéa 5, de notre loi relative aux droits du patient lorsqu'une « exception thérapeutique », toujours présente et pertinente, a été opposée en amont, et s'inscrit dans le cadre des « limitations » au droit d'accès permises et encadrées par le R.G.P.D. (article 23).

Droit de consultation et de copie, directe ou via un intermédiaire. En vertu de l'article 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient – dont, nous l'avons rappelé, le respect s'impose aux hôpitaux, en vertu de l'article 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins –, le patient a le droit de consulter le dossier le concernant et d'en obtenir une copie, en tout ou en partie, selon les modalités prévues

⁵⁰ G. T. LAURIE, S. H. E. HARMON et E. S. DOVE, *ibid.*, p. 188, n^{os} 6.55 et s.

⁵¹ J. HERRING, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, 8^e éd., 2020, p. 357.

⁵² *R v Mid Glamorgan Family Health Services Authority*, *ex p Martin* [1995] 1 All ER 356, at [22], sous la plume du juge Sir Roger Parker LJ, cité par J. HERRING, *op. cit.*, p. 359. Cette décision est critiquée (à bon droit) par D. FEENAN, « Common Law Access to Medical Records », *Modern Law Review*, 1996, vol. 59, p. 101 ; voy. ég., en faveur d'un droit d'accès, M. GILHOOLEY et S. MCGEE, « Medical Records », *Journal of Medical Ethics*, 1991, vol. 17, p. 138.

⁵³ S. D. PATTINSON, *Medical Law and Ethics*, *op. cit.*, p. 230, n^o 6-029 ; voy. ég. D. BEYLEVELD et S. D. PATTINSON, « Confidentiality and Data Protection », in A. GRUBB, J. LAING et J. MCHALE (éd.), *Principles of Medical Law*, Oxford University Press, 3^e éd., 2010, p. 651, ici pp. 718-721.

au § 2 de cette disposition. Nous n'entrerons pas dans le détail de celles-ci, sauf à rappeler que la consultation du dossier est, en règle, *directe*, sauf exceptions⁵⁴ et sauf si le patient choisit d'exercer son droit de consultation « par l'entremise » d'une personne de confiance (article 9, § 2, alinéa 4). Cette personne de confiance peut évidemment être un médecin (médecin de famille ou médecin expert de recours), et cela est d'ailleurs recommandé, l'analyse du dossier par un professionnel qui en comprendra parfaitement le contenu et ses implications étant gage d'efficacité. On l'oublie peut-être parfois : l'avocat du patient peut également parfaitement intervenir en qualité de personne de confiance de celui-ci, en vue de consulter son dossier et de s'en faire délivrer copie. Il veillera alors à obtenir une procuration écrite du client pour obvier à toute difficulté, dès lors qu'il ne sera évidemment pas « couvert » par le mandat *ad litem* dans cette phase préalable à l'introduction d'une éventuelle procédure.

On précisera qu'au Grand-duché de Luxembourg, outre le droit d'accès proprement dit, le patient « dispose en outre du droit à [se] faire expliquer le contenu » de son dossier – ce qui paraît aller de soi, mais qu'il n'est pas inutile de consacrer légalement – et « les annotations personnelles et les données fournies par des tiers *peuvent* ne pas être divulguées au patient, pour autant qu'elles n'intéressent ni les soins, ni la continuité des soins »⁵⁵. Pour le surplus, les règles grand-ducales régissant l'accès au dossier et la copie de celui-ci sont globalement très similaires aux nôtres. Le commentaire de notre Code de déontologie médicale, version 2018, indique pertinemment que « le médecin tient compte lors de la rédaction du dossier patient qu'il peut être consulté par d'autres que lui, notamment le patient lui-même et des confrères ; il le rédige de manière compréhensible et respectueuse du patient » – lequel a le droit de le consulter « hors de la présence du médecin qui l'a constitué » – et « évite les considérations subjectives relatives à la personne du patient étrangères à l'anamnèse ou à la thérapeutique et, sauf nécessité (par exemple en cas de transplantation d'organe), les mentions concernant des tiers recueillies en dehors de l'anamnèse du patient »⁵⁶.

L'article 9, § 3, alinéa 2, de la loi relative aux droits du patient dispose que le praticien professionnel peut refuser de délivrer au patient la copie de son dossier s'il dispose *d'indications claires* selon lesquelles il *subit des pressions* afin de communiquer cette copie à des tiers. Cette disposition est naturellement de stricte interprétation. Comme l'observe M. Balthazar, elle n'exclut pas qu'une copie soit remise au patient si celui-ci a *l'intention explicite* de la transmettre à

⁵⁴ Si le patient souhaite consulter les fameuses annotations personnelles du médecin, ou si le dossier contient une motivation indiquant qu'il a été fait usage de « l'exception thérapeutique », motivation qui demeure pertinente, il *devra* exercer son droit de consultation par l'intermédiaire du praticien professionnel qu'il désignera – praticien qui, étant défini de manière large dans les textes, ne sera pas forcément un médecin (article 9, § 2, alinéa 4 et 5, L. 22 août 2002).

⁵⁵ G. VOGEL, E. RUDLOFF, Z. FABER et A. WEYLAND, *Droit médical et hospitalier luxembourgeois. Recueil de jurisprudence commentée*, Larcier Luxembourg, 2021, pp. 185-186 (mise en évidence ajoutée).

⁵⁶ <https://ordomedic.be/fr/code-2018/respect/23> et *Code de déontologie médicale commenté, op. cit.*, p. 99.

un tiers (médecin de recours, avocat) : il faut pour cela s'assurer qu'il est *mis sous pression* et, « si l'on conseille à un patient de demander certains documents dans le cadre de l'exercice de ses droits, cette demande n'implique pas nécessairement qu'il ait subi des "pressions" pour divulguer la copie à un tiers. Cela signifie qu'il est également possible qu'un patient, à la demande de son avocat, d'un gestionnaire de plaintes ou d'un médecin-conseil, demande certaines parties du dossier afin d'étayer une action en indemnisation pour faute professionnelle »⁵⁷.

Accès au dossier après le décès du patient. Les ayants droit du patient décédé ne peuvent légalement pas obtenir une copie du dossier de celui-ci : leur accès se limite au droit de consultation – et il suppose encore que le patient ne s'y soit pas opposé de son vivant, hypothèse sans doute rare, mais que l'on a pu rencontrer dans une affaire qui a donné lieu à deux intéressants arrêts⁵⁸. Cette restriction s'inscrit dans la logique d'un accès qui n'est, *post mortem*, qu'indirect : les proches énumérés par la loi doivent non seulement motiver et spécifier leur demande, mais sont tenus de passer par l'intermédiaire d'un praticien professionnel. Il n'eût dès lors guère été cohérent de leur permettre d'obtenir une copie du dossier : cela aurait enlevé toute pertinence au principe d'accès indirect. Cela étant, il nous semble aller de soi que le médecin ainsi mandaté par les proches du défunt est en droit de rédiger, à leur intention, un *rapport écrit de ses constatations* : on n'aperçoit pas quel intérêt pourrait avoir la consultation du dossier s'il n'est pas possible d'en retirer des informations – écrites – utiles pour le mandant... Un tel rapport n'équivaut pas à conférer aux ayants droit un droit de copie indirect, mais vise à les informer, et il importe peu que cette information leur soit donnée verbalement ou par écrit⁵⁹. Il ne s'agira au demeurant pas de leur communiquer, comme tels, des documents médicaux contenus dans le dossier mais bien un résumé de son contenu, limité à ce qui a motivé leur demande et est potentiellement utile à l'accomplissement des fins légitimes qu'ils poursuivent⁶⁰.

⁵⁷ T. BALTHAZAR, « Het spanningsveld tussen het recht op informatie van de patiënt, het recht op verdediging van de zorgverlener, de leiding van het verweer door de verzekeraar en optimale communicatie na een ongeval in de gezondheidszorg », *op. cit.*, p. 201, ici pp. 212-213, n° 26 (traduction libre).

⁵⁸ Cass., 14 mars 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1286, *Consilio*, 2016, p. 122, rejetant le pourvoi formé contre Liège, 4 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1282.

⁵⁹ T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, *op. cit.*, p. 103, n° 159. La jurisprudence est en ce sens : Gand, 15 mars 2007, *T. Not.*, 2008, p. 444, note H. NYS, *R.A.B.G.*, 2008, p. 240, note M. GOVAERTS ; Mons, 18 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 889. *Contra*, mais à tort, H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, *op. cit.*, p. 150, n° 348 (et sa note précitée).

⁶⁰ Il pourra s'agir, outre d'une suspicion de faute médicale, du souhait d'établir l'insanité d'esprit de leur auteur en vue d'obtenir l'annulation de libéralités consenties (le plus souvent) *in extremis*. Voy., pour une illustration, Trib. fam. Namur, 8 novembre 2017, *Act. dr. fam.*, 2018, p. 14. De ce que le secret médical n'est pas – ou plus – tenu pour absolu, il résulte qu'il ne saurait avoir pour effet de priver le patient de la protection qui lui est offerte par l'article 901 de l'ancien Code civil contre les actes qu'il aurait lui-même accomplis (Bruxelles, 3 septembre 2013, *T. Not.*, 2013, p. 619, *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 205 et 220 ; Bruxelles, 7 mai 2015, *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 478). Par conséquent, la jurisprudence concède de plus en plus fréquemment aux héritiers (ou à l'expert désigné) le droit de consulter le dossier médical du

Dans l'hypothèse où il apparaîtrait, dans le cadre d'un litige quel qu'il soit, que des pièces contenues dans le dossier médical (ou infirmier) sont nécessaires, pièces que la partie adverse ne produit pas, une intervention du tribunal demeure envisageable, sur le fondement des articles 871 et 877 du Code judiciaire, afin que le dossier soit déposé. Dans ce cadre, le juge sera classiquement amené à effectuer la balance entre, d'une part, la légitimité de la demande des proches du défunt et leur droit d'apporter la preuve des faits dont dépend son aboutissement et, d'autre part, le secret médical qui sera, par hypothèse, opposé par le médecin ou l'hôpital défendeur. Il devra « s'assurer que le secret dont se prévaut le praticien de la santé n'est pas détourné de son but protectionniste et ne sert pas à cacher, par exemple, une faute commise dans le cadre des soins prodigués au patient défunt » : « [L]e médecin ne pourra cacher une faute professionnelle derrière un secret professionnel détourné de son objectif de protection du patient »⁶¹. Le juge appliquera, ce faisant, la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle il lui appartient de vérifier si, d'après les éléments spécifiques de la cause, le médecin qui, en invoquant le secret professionnel, refuse de joindre au dossier de la procédure un dossier médical qu'il détient ne détourne pas ce secret des nécessités sociales qui le justifient⁶². Le secret médical n'est en effet ni discrétionnaire ni absolu : il a essentiellement pour objet la protection du patient, et ne saurait dès lors « se retourner contre lui » en l'empêchant – ou, après son décès, ses ayants droit – de rapporter la preuve d'une éventuelle faute médicale dont il aurait été victime, puisqu'aussi bien, ainsi que l'a affirmé à plusieurs reprises la Cour de cassation, l'interdiction de divulgation de faits confidentiels « ne saurait être étendue à des faits dont le patient a été la victime »⁶³.

testateur défunt (voy. not., déjà, Civ. Bruxelles, 27 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1191, qui limite la mission de l'expert à une période d'un an avant et après la date du testament querellé, afin que l'expert « ait une vision assez large de la situation du testateur à cette époque, sans toutefois aller trop loin dans l'examen de la vie privée de l'intéressé »). Ont dès lors pu être admis – et parfois considérés comme preuves suffisantes de l'insanité d'esprit du disposant (p. ex. Civ. Bruxelles, 17 juin 2011, *Rev. not. belge*, 2012, p. 200) – les certificats médicaux établis du vivant de ce dernier et délivrés dans le cadre d'une procédure judiciaire, singulièrement à l'occasion du placement sous administration (provisoire) (Mons, 13 avril 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1312, note B. DELAHAYE; Anvers, 26 octobre 2009, *N.F.M.*, 2012, p. 18, note T. WUYTS), ou en vertu d'une disposition légale expresse qui en impose la délivrance. Certaines décisions acceptent même de prendre en considération des certificats médicaux établis *post mortem* (p. ex. Liège, 19 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 410). Mais le constat contenu dans un rapport d'expertise médicale sur ce point doit se fonder sur une approche personnelle et objective et reposer sur des observations concrètes; il ne saurait se contenter d'émettre de simples hypothèses (Bruxelles, 28 octobre 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 343, qui ne fait pas droit à la demande d'annulation d'un testament fondée sur l'article 901 de l'ancien Code civil en raison de ce que l'expert a utilisé des termes comme « devaient » ou « susceptible », qui n'apportent aucune certitude quant à l'état de santé du disposant).

⁶¹ J.-M. VAN GYSEGHEM, « Droits du patient : quelques réflexions », *op. cit.*, n° 16.

⁶² Voy. not. Cass., 29 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 162. Pour un exemple de ce contrôle, voy. Cass., 6 mai 2011, suivi d'Anvers, 22 octobre 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 279 et 287, note T. VANSWEEVELT.

⁶³ Voy. not. Cass., 18 juin 2010, *Pas.*, n° 439, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 116, note N. C.-B.; 22 mai 2012, *Pas.*, n° 323, concl. de M. le procureur général DE SWAER, alors premier avocat général; 31 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2076.

Accès au dossier par le Fonds des accidents médicaux. La loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé permet – voire, logiquement, impose – au Fonds des accidents médicaux, dans le cadre du traitement du dossier dont il est saisi, de « demander au demandeur ou à ses ayants droit, à tous les prestataires de soins qui pourraient être impliqués, ou aux prestataires de soins qui ont traité le patient, ou à toute autre personne tous les documents et renseignements qui lui sont nécessaires pour pouvoir apprécier les causes, les circonstances et les conséquences du dommage résultant de soins de santé qui fait l'objet de la demande », étant précisé que, « si la personne qui a introduit la demande n'est pas le patient et si celui-ci est vivant, le Fonds n'a accès au dossier de patient que moyennant l'accord exprès de ce dernier ou de son représentant, donné conformément aux dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », tandis que, « si la personne qui a introduit la demande n'est pas le patient et si celui-ci est décédé, le Fonds n'a accès au dossier de patient que moyennant l'accord exprès d'une personne mentionnée à l'article 9, § 4 », de ladite loi. Ces dispositions peuvent être rattachées, *mutatis mutandis*, à l'autorisation par le R.G.P.D. du traitement de données à caractère personnel concernant la santé qui « est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice » ou qui est effectué par « des juridictions agiss[ant] dans le cadre de leur fonction juridictionnelle » (article 9, § 2, f). Elles confirment, d'une part, la maîtrise du patient sur ses données de santé et, d'autre part, l'obligation de transparence afin d'instruire un litige (une indemnité forfaitaire – astreinte – étant prévue « si un prestataire de soins, ou toute autre personne que le demandeur et ses ayants droit, ne répondent pas dans le mois de la notification de la lettre de rappel du Fonds, et sauf cas de force majeure », article 15, alinéa 6, de la loi). Rigoureuses, elles « sonnent le glas des réticences que pouvaient encore avoir les médecins quant à la communication des documents médicaux »⁶⁴.

Signalons, pour conclure sur ce point, que le patient qui estime qu'un praticien (hospitalier) a injustement refusé de lui octroyer l'accès à son dossier médical a le droit d'introduire une plainte quant à ce, auprès de la fonction de médiation compétente (article 11 de la loi relative aux droits du patient). Des poursuites disciplinaires sont également possibles : ainsi fut-il décidé, dans ce cadre, que le refus de délivrer le dossier d'un patient qui n'est pas inspiré par la préoccupation de protéger sa vie privée (en l'occurrence d'un enfant) n'est pas justifié, et que le non-respect de la loi sur les droits des patients par un médecin est contraire à l'honneur et à la dignité de sa profession⁶⁵.

⁶⁴ E. THIRY, « L'accès au dossier médical au croisement des lois... », *op. cit.*, p. 59, ici p. 66.

⁶⁵ C.P. Ordre méd. Flandre-Occidentale, 25 août 2004, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2005, p. 90, qui retient encore que « le refus de payer les frais ne peut être invoqué... si l'on n'a pas fait connaître le montant de ces frais ». Comp. la curieuse sentence de ce même Conseil de l'Ordre provincial du 24 octobre 2007, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 16, relative à des décisions de fin de vie : bien qu'il ait été établi que le médecin mis en cause, non seulement n'avait manifestement pas consulté son équipe, mais n'avait pas repris dans les dossiers des patients les mentions nécessaires (quant à la médication administrée et au contexte dans lequel elle le

Section 3

Le dossier du patient, indispensable auxiliaire probatoire : cadre de réflexion

Nous allons à présent nous attacher principalement à l'hypothèse où le dossier du patient *fait défaut* (qu'il ait été perdu, ou qu'il soit trop lacunaire). On décrira l'état du droit français quant aux conséquences probatoires liées à l'*absence* de dossier, dans la mesure où, comme souvent, il pourrait constituer une source d'inspiration pour les magistrats belges qui viendraient à être confrontés à pareille hypothèse. Au préalable, partant du constat qu'il est fréquemment recouru au dossier du patient pour y puiser la preuve de la plus ou moins bonne exécution de l'*obligation d'information*, pierre d'achoppement de nombreux litiges de responsabilité médicale, il paraît indiqué de revenir sur la question de la *charge de la preuve* en la matière : longtemps controversée et incertaine, cette question semble à présent avoir été résolue avec clarté.

Charge de la preuve et obligation d'information. Cela fait longtemps déjà que l'on observe judicieusement que la charge de la preuve qui pèse sur le patient, dans le contentieux de la responsabilité médicale, se voit encore alourdir dans l'hypothèse où les pièces indispensables font défaut. Elle l'est d'autant plus que, s'agissant d'un manquement à l'obligation d'information, la répartition de la charge de la preuve ne fait désormais plus aucun doute : par un arrêt du 18 juin 2020, qui présente tous les atours d'un arrêt de principe, la Cour de cassation a décidé que, lorsqu'un patient prétend avoir subi un dommage parce que son médecin ne lui a pas fourni les informations prescrites par l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, qui lui auraient permis de consentir librement à l'intervention, *il doit non seulement prouver que le médecin avait le devoir de lui fournir ces informations, mais aussi qu'il ne l'a pas fait*. La Cour en déduit que le juge, qui décide qu'il appartient au médecin de prouver de manière précise qu'il avait informé préalablement le patient de l'éventualité de la complication spécifique qui s'est produite, que les déclarations du médecin lui-même n'ont aucune valeur probante et que le rapport de consultation et le rapport de la salle d'opération ne permettent pas de présumer qu'il en a bien informé son patient, et qui en déduit qu'à défaut de preuve contraire il faut considérer que le médecin a méconnu son obligation d'information, ne justifie pas légalement sa décision⁶⁶.

fut), il fut absous : « On ne peut imputer au médecin qu'il ait, en tant que médecin généraliste, prêté moins d'attention à des "papiers médicaux" qu'aux besoins de ses patients » (« *een arts niet kan worden verweten dat hij als huisarts minder aandacht heeft gehad voor "papieren geneeskunde" dan voor de nood van zijn patiënten* »)... ! Cette sentence est critiquée à juste titre par E. DELBEKE (« De schemerzone tussen levensbeëindiging en pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend effect: proportionaliteit van de pijnmedicatie en het belang van transparantie », *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 4, ici p. 14) et H. NYS (« Overzicht van rechtspraak. Medisch recht (2005-2010) », *T.P.R.*, 2011, p. 851, ici p. 876, n° 62).

⁶⁶ Cass., 18 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1677, note G. GENICOT et D. PHILIPPE, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 126, note C. LEMMENS.

Cet arrêt, qui généralise une solution qu'un arrêt du 11 janvier 2019 laissait pressentir⁶⁷ tout en s'inscrivant dans un paysage jurisprudentiel et doctrinal touffu, ne laisse plus place au doute : la charge de la preuve en matière d'obligation d'information du médecin⁶⁸ pèse bel et bien sur le patient. Son enseignement, dépourvu d'ambiguïté et qui s'applique à toute action en responsabilité, quelle qu'elle soit, fait désormais figure de principe (et est bien sûr de nature à « rassurer » les professionnels de la santé) : la charge de la preuve du fait générateur, du dommage et du lien causal entre les deux repose en règle, sauf dérogation légale ou contractuelle, sur la partie préjudiciée, et il n'en va pas autrement lorsque celle-ci allègue avoir subi un dommage en raison de ce qu'un médecin s'est abstenu de lui transmettre les informations énumérées dans l'article 8 de la loi relative aux droits du patient ; le patient ne doit alors pas uniquement établir que ce médecin *aurait effectivement dû lui donner lesdites informations* – ce qui ressort en réalité le plus souvent de la loi elle-même, confrontée aux données de fait de chaque espèce –, *mais également qu'il ne l'a pas fait*. Il reste beaucoup à dire sur ces questions, ainsi à nouveau éclairées, et l'exercice a du reste déjà été entrepris⁶⁹. La solution n'allait pas de soi : la jurisprudence française est, sur ce point, depuis longtemps fixée en sens contraire⁷⁰ ;

⁶⁷ Cass., 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 724, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 314, note C. LEMMENS, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596, obs. F. GLANSORFF, *R.G.D.C.*, 2019, p. 557, note E. VERJANS, *R.W.*, 2019-2020, p. 263, note S. GUILLIAMS.

⁶⁸ On sait qu'il n'en va pas de même pour l'avocat (Cass., 25 juin 2015, *Pas.*, n° 445, *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. MOUGENOT, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219, note F. GLANSORFF, *R.W.*, 2015-2016, p. 1664, note W. VANDENBUSSCHE, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. MOUGENOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 368, note C. LEMMENS). La conciliation de ces décisions – et de quelques autres – n'est pas forcément chose aisée, et a fait couler beaucoup d'encre : voy. not. (avant l'arrêt du 18 juin 2020) R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, p. 713 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note précitée, *R.C.J.B.*, 2018, p. 115 ; 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 ; 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 ; E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », *R.G.D.C.*, 2019, p. 558 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 686.

⁶⁹ G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *J.L.M.B.*, 2020, n° 36, p. 1678 ; C. LEMMENS, « Retournement de jurisprudence : le patient supporte la charge de la preuve lors des débats sur le consentement éclairé », *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 127, qui approuve pleinement la solution et indique lui aussi qu'elle a valeur de principe clôturant la discussion. On se permet de préciser que, dans cette note bilingue mais rédigée en néerlandais, le titre « Het pleit terug beslecht » aurait dû être traduit par « L'affaire est à nouveau réglée » : l'arrêt du 18 juin 2020 apporte d'évidence de la clarté dans un paysage jusque-là assez incertain, mais il ne constitue pas un revirement de jurisprudence, surtout quand on le rapproche de l'arrêt du 11 janvier 2019 statuant dans le même sens, et dont celui du 18 juin 2020 généralise l'enseignement. Notre excellent collègue ne l'entend d'ailleurs évidemment pas ainsi.

⁷⁰ « Le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation » : Cass. fr. (1^{re} civ.), 25 février 1997, *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*, Paris, Dalloz,

tel est également le cas au Grand-duché de Luxembourg où, « en cas de contestation, la preuve de l'information fournie et celle du consentement du patient incombent au prestataire de soins de santé sous la responsabilité duquel les soins ont été dispensés ou proposés » et, dans ce cadre et en lien avec notre propos, il est admis que « la tenue régulière du dossier [vaut] présomption simple des éléments y consignés ou versés »⁷¹.

On sait qu'influencées par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015 imposant à l'avocat 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, plusieurs juridictions ont, ces dernières années, fait peser sur le médecin et/ou l'hôpital la charge d'établir qu'il a satisfait à l'obligation d'information qui lui incombe⁷². Il faut alors observer que, dans les espèces tranchées de la sorte, *la perte du dossier médical s'avéra être à l'avantage du patient*, s'agissant de l'outil probatoire essentiel dans le chef des soignants. Un intéressant jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 29 février 2016 en témoigne : le dossier médical ayant été malencontreusement perdu par l'hôpital, « aucune pièce du dossier ne permet de déterminer les informations qui ont été données à [la patiente] préalablement à l'intervention » ; la disparition du dossier « n'est certes pas imputable au docteur [...] mais ne peut causer préjudice à [la patiente] », de sorte qu'« il s'impose [...] de constater que [l'hôpital et son assureur] ne démontrent pas que le docteur [...] a satisfait à l'obligation d'information qui lui incombait »⁷³. Comme l'indique un excellent commentaire, ce jugement, en ce qu'« il dénonce [...] la perte du dossier médical, qui met le médecin dans l'impossibilité de pouvoir établir, sur la base de l'anamnèse et des protocoles pré- et postopératoires qui auraient dû être joints au dossier, l'exécution du devoir d'information lui incombant », est témoin de ce que « la tenue et la conservation du dossier patient revêtent une importance fondamentale, et ce tant pour le patient que pour le soignant » : outre l'éventuel formulaire de consentement signé par le patient, les moyens de

13^e éd., 2015, t. 1, n° 17, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, nos 6-7, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, F. VIALA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 150-160, obs. M. REYNIER. La solution, à peu près unanimement approuvée en doctrine, fut ensuite consacrée par la loi (article L. 1111-2, § 4, alinéa 2, C. santé publ. : « En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen »).

⁷¹ G. VOGEL, E. RUDLOFF, Z. FABER et A. WEYLAND, *Droit médical et hospitalier luxembourgeois. Recueil de jurisprudence commentée*, Larcier Luxembourg, 2021, p. 181.

⁷² G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *op. cit.*, pp. 1682-1684, n° 6. C'était singulièrement le cas au Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, du moins dans certaines chambres. On peut penser qu'avec l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020, cette jurisprudence, aussi pertinente fût-elle, a vécu.

⁷³ 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, et l'article de 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 », p. 352.

preuve de la plus ou moins bonne exécution de cette obligation tiendront à « une parfaite tenue du dossier médical reprenant l'ensemble des informations données au patient, la teneur des entretiens oraux permettant en outre d'attester du nombre de consultations, et dès lors d'entretiens avec le patient, les lettres et rapports circonstanciés au médecin traitant, les questionnaires remis et complétés par le patient, etc. »⁷⁴

Expertise et début de preuve. À tous égards donc, qu'il s'agisse d'un déficit d'information et de l'absence de recueil du consentement éclairé ou de n'importe quelle faute « technique » dans le cadre du suivi médical et de la prise en charge thérapeutique, la charge de la preuve, dans notre pays, repose sur les épaules du patient plaignant/demandeur. Une expertise judiciaire sera bien entendu souvent nécessaire, et il importe à cet égard de garder à l'esprit que le juge pourra refuser la demande d'expertise s'il constate que le demandeur ne délivre, d'emblée, aucun élément établissant une suspicion de faute causale : s'il n'y a au départ aucun indice vraisemblable de faute, il ne se justifie pas de faire droit à une demande d'expertise, laquelle n'est fondée que si elle s'appuie sur un « début de preuve » d'une faute et d'une relation causale entre cette faute et le dommage ; « l'expert peut être chargé de vérifier les allégations d'une partie, mais non de rechercher, de manière générale, s'il existe une faute »⁷⁵.

La jurisprudence est désormais constante en ce sens : le demandeur doit démontrer que l'expertise judiciaire présente une utilité concernant le litige ; pour qu'il soit fait droit à une demande d'expertise judiciaire, le demandeur doit à tout le moins démontrer que l'existence d'une faute et celle d'un dommage consécutif sont *vraisemblables*. Cette charge de la preuve repose sur les épaules de la partie demanderesse. Le demandeur en expertise doit rapporter la preuve des éléments conférant à ses prétentions une crédibilité minimale et une vraisemblance suffisante. On ne saurait en revanche exiger qu'il démontre *l'évidence* de ses prétentions, à peine de méconnaître le principe même de l'utilité d'une expertise⁷⁶. En somme, « la possibilité pour le juge d'ordonner une expertise ne libère pas le demandeur de toute charge de la preuve. La partie demanderesse doit produire un *commencement* de preuve de la vraisemblance des faits sur lesquels elle fonde sa demande. [...] Le juge examinera si les éléments ainsi invoqués apparaissent, en l'absence de preuve contraire immédiatement fournie, vraisemblables et pertinents et [si] leur preuve par la mesure d'expertise demandée est raisonnablement possible. Partant, le juge peut refuser d'ordonner une expertise lorsque le demandeur ne fonde sa demande d'exter-

⁷⁴ I. REUSSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaidoyer pour un dialogue thérapeutique », *Consilio*, 2016, p. 109, ici p. 118.

⁷⁵ Voy. not., en ce sens que le recours à l'expertise ne peut suppléer un défaut de début de preuve de l'existence d'une faute, Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734 ; Civ. Liège, 5 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 808.

⁷⁶ Civ. Bruxelles, 5 juillet 2019, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.667 ; dans le même sens, Civ. Bruxelles, 24 février 2016, *J.T.*, 2017, p. 665 ; Civ. Bruxelles, 28 avril 2017, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.584 ; Mons, 14 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15.019, et l'étude d'A. TIMMERMANS, « De aanstelling van een geneesheerdeskundige: waar eindigt het begin van bewijs? », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 255.

tise sur aucun élément rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de sa demande, ou lorsqu'il n'existe pas de raison appropriée d'ordonner la mesure. [...] En matière de responsabilité, un commencement de preuve de la faute de la partie adverse et, plus généralement, des indications raisonnables que sa responsabilité peut être engagée doivent être présentés. [...] En matière de responsabilité médicale, il a été décidé qu'il suffit que le demandeur produise un ou plusieurs rapports médicaux révélant l'existence d'indices suffisamment sérieux d'éventuels manquements aux règles de l'art de guérir dans le chef du praticien dont la responsabilité est recherchée⁷⁷. En revanche, si, en vertu de l'article 962, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, le juge peut refuser d'ordonner une expertise lorsque le demandeur ne fonde sa demande d'expertise sur aucun élément rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de sa demande, il ne peut cependant refuser toute expertise ou mesure d'instruction alternative en présence de pareil élément, sous peine de méconnaître le droit du demandeur d'*apporter* la preuve des faits qu'il allègue⁷⁸.

Le patient/plaignant devra donc rassembler des éléments (pré-)probatoires. S'agissant de la preuve d'une faute, elle pourra naturellement être délivrée par toutes voies de droit. Elle le sera souvent par des témoignages ou des présomptions, celles-ci étant précisément déduites notamment – mais pas uniquement⁷⁹ – de son dossier médical et/ou hospitalier. Ceci nous amène à examiner, sous l'angle d'une *perte de chance (de prouver)*, l'hypothèse où celui-ci est manquant, est lacunaire ou a disparu.

En France : admission de la perte d'une chance même faible ou minime. Ces questions sont éclairées par la jurisprudence française. Un premier point est important à souligner : en dépit de relatifs atermoiements, il paraît acquis, chez nos voisins, que la perte d'une chance *même faible, voire minime*, peut constituer un préjudice indemnisable⁸⁰. On sait qu'au regard de la

⁷⁷ H. BOULARBAH, M. PHILIPPET et M. STASSIN, « État actuel de la procédure civile d'expertise », in G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, coll. CUP, vol. 175, Anthémis, 2017, pp. 64-65, n° 16.

⁷⁸ Cass., 15 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1370, *J.L.M.B.*, 2013, p. 342. Voy. J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile. Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Le pli juridique*, 2019/1, n° 47 consacré au *Droit de la preuve*, p. 5.

⁷⁹ La captation d'enregistrements audio ou vidéo – par le patient mais aussi par le médecin – a tout récemment retenu l'attention : E. DELBEKE, « Het maken en gebruik van beeld- en geluidsopnames door zorgverlener en patiënt. Een toetsing aan het regelgevend kader voor gegevensbescherming », *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 294. Ainsi est-il un peu excessif de penser que la perte du dossier « dresse un mur entre le praticien, dont la preuve de la faute devient impossible, et la victime », et qu'elle « interdit à [celle-ci] de faire valoir ses droits efficacement en justice » (L. BLOCH, *Resp. civ. et ass.*, décembre 2018, comm. n° 306).

⁸⁰ Cass. fr. (1^{re} civ.), 16 janvier 2013, *D.*, 2013, p. 243, obs. I. GALLMEISTER, p. 619, note M. BACACHE, 2014, p. 47, obs. P. BRUN, et p. 169, obs. T. WICKERS, *R.T.D. civ.*, 2013, p. 380, obs. P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2013, p. 98, obs. H. SLIM, et p. 1291, obs. P. STOFFEL-MUNCK, *R.C.A.*, 2013, comm. n° 108, note F. LEDUC, *Gaz. Pal.*, 23 avril 2013, p. 14, note A. GUÉGAN-LÉCUYER ; Cass. fr. (1^{re} civ.), 12 octobre 2016, *Revue des Contrats*, 2017, p. 27, note J.-S. BORGHETTI, *D.*, 2017, p. 26, obs. P. BRUN et p. 46, note J. TRAUILLÉ (« toute perte de chance ouvre droit à réparation » ; ayant retenu que la faute (*in casu*, d'un avocat) avait fait perdre « une chance, même

théorie de la perte d'une chance, il est requis que celle-ci soit « sérieuse et réelle », ce qui permet d'écarter les simples espoirs, équivalant à des préjudices hypothétiques⁸¹. L'éventualité favorable apparaît alors très vague et beaucoup trop incertaine ; elle se situe dans un avenir trop éloigné par rapport au fait générateur de responsabilité. Tout autre est la situation dans laquelle le processus de réalisation d'une chance *est en cours* lorsque ce fait générateur vient l'interrompre – typiquement, la perte de chance de guérison ou de survie en matière médicale –, dont relève l'hypothèse, faisant l'objet de l'arrêt de la Cour de cassation française du 16 janvier 2013 précité, de la faute d'un avocat faisant perdre la chance de gagner un procès (non intenté) ou de voir réformer une décision défavorable si l'appel avait été valablement interjeté. À notre sens, il ne saurait alors être question de débouter le plaignant au motif que la chance qu'il avait d'obtenir gain de cause semble faible : fût-elle de 5 % seulement, cette chance, dès lors qu'elle *existe*, est indemnisable si elle a été, de manière certaine, perdue en raison de la faute commise ; mais bien évidemment sa faiblesse se ressentira dans le *quantum* de l'indemnisation allouée⁸². Il faut cependant constater que cette position de la Cour de cassation française a reçu en doctrine un accueil majoritairement mitigé, sinon critique⁸³.

minime », d'obtenir gain de cause, « les juges d'appel ont, à bon droit, admis [la] demande d'indemnisation » de la victime de cette faute. Cet arrêt a du reste retenu l'attention en Belgique : *R.G.D.C.*, 2014, p. 125, note I. SAMOY et K. RONSIJN, « Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist ».

⁸¹ On peut par exemple songer à la chance des parents d'obtenir, un jour, un secours alimentaire de leur enfant mineur décédé, ou à la chance du petit enfant blessé d'accéder, un jour, à une profession prestigieuse et bien rémunérée.

⁸² Comme l'écrit pertinemment l'un des commentateurs français, « une telle solution nous semble mériter pleine approbation : outre qu'elle ne malmène aucun des principes en vigueur en matière de réparation du préjudice et quant à la substance juridique de la perte d'une chance (l'exigence du caractère certain de la perte est justement maintenue, en sorte qu'il ne faut y voir aucune dérive indemnitaire revenant à prendre en compte des préjudices totalement conjecturaux), elle s'impose en opportunité. Comment mesurer le degré minimal de probabilité requis pour rendre la chance perdue indemnisable ? Au nom de quel principe rationnel refuser la prise en compte de la perte d'une chance faible d'un gain particulièrement important ? Si l'on nous permet une lapalissade, la perte d'une chance faible de gagner beaucoup est, potentiellement, au moins aussi préjudiciable que la perte d'une chance forte de gagner très peu... » (P. BRUN, obs. précitées, *D.*, 2017, p. 26).

⁸³ Pour le professeur P. JOURDAIN (obs. précitées, *R.T.D. civ.*, 2013, p. 380), il semblerait « préférable de se montrer plus exigeant sur la preuve de la condition de certitude d'un préjudice dont la reconnaissance de principe est déjà une faveur pour les victimes que beaucoup contestent et que la plupart des systèmes juridiques ignorent ». Dans le même sens, S. CARVAL, « Réparation d'une perte de chance de 5 % : est-ce bien raisonnable ? », *Revue des Contrats*, 2011, p. 83, qui se demande s'il ne serait « pas souhaitable que l'exigence du caractère sérieux soit comprise comme limitant la prise en considération des chances perdues à celles qui sont substantielles. Comme il n'est pas envisageable de fixer un taux plancher, c'est aux juges du fond qu'il incomberait d'opérer, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, ce filtrage salutaire ». Voy. ég. les études de M. BACACHE (« La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *D.*, 2013, p. 619, spéc. n^{os} 13 et 14) et J.-S. BORGHETTI (« La faible chance revient en force », *Revue des Contrats*, 2017, p. 27). Dans sa thèse récente consacrée à ce thème (inépuisable), Mme Vitale préconise également, sur le plan quantitatif, une (stricte) limitation des préjudices indemnisables à ce titre (L. VITALE, *La perte de chances en droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2020, spéc. pp. 294 et s.).

La question de savoir si la perte d'une chance faible, voire minimale, est indemnisable est discutée en Belgique⁸⁴. La «réalité» de la chance est assurément requise, sous peine d'indemniser un préjudice hypothétique. Mais l'exigence traditionnelle qu'elle présente en outre un caractère «sérieux» devrait à notre sens être abandonnée : soit ce qualificatif doit s'entendre de ce qui est «fondé, avéré», et il fait alors double emploi avec «réel», de sorte qu'il est superflu ; soit, pour lui donner une signification propre, on l'entend au sens *quantitatif*, comme indiquant que la chance perdue doit présenter *un minimum d'importance, de consistance*, mais alors, ainsi comprise, cette exigence ne nous paraît pas conforme au principe de réparation intégrale de tous les postes de dommage⁸⁵. Ainsi que l'observent Mme Goldman et M. Jafferali⁸⁶, «dès lors qu'en règle générale, la jurisprudence incline à ne rejeter aucun préjudice aussi minime soit-il, il faut entendre par “sérieux” ce qui est fondé qualitativement parlant et non ce qui est substantiel. Il semble en réalité que, pour la majorité des auteurs, il n'y ait aucune différence pratique entre les qualificatifs “réel”, d'une part, et “sérieux et raisonnable”, d'autre part, ces derniers étant en définitive quelque peu redondants. Doctrine et jurisprudence s'accordent en tout cas sur le fait que l'indemnisation de la perte d'une chance n'est pas soumise à un seuil minimum. Le préjudice de perte de chance a donc vocation à être réparé dès qu'une chance d'obtenir le gain escompté ou d'éviter la perte redoutée existait bel et bien, peu importe que sa probabilité de réalisation soit minimale. Ce dernier point n'a d'incidence que sur l'évaluation du *quantum* du dommage»⁸⁷. L'avant-projet de réforme de la responsabilité extracontractuelle

⁸⁴ À titre exemplatif et en doctrine récente, y sont favorables : S. BAEYENS, «De theorie van het verlies van een kans: een rechtsvergelijkende analyse toegepast op de zuivere vermogensschade», *R.W.*, 2016-2017, p. 363, ici p. 368 ; I. SAMOY et K. RONSIJN, «Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist», note précitée, p. 125, spéc. p. 127, n° 5 ; N. ESTIENNE, «La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...)», *R.C.J.B.*, 2013, p. 605, ici p. 623, n° 28 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 585. Y sont en revanche défavorables : A. CATALDO et A. PÜTZ, «La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance», in C. DELFORGE (dir.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 39, ici pp. 52-54 ; B. DUBUISSON, «La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa?», *J.T.*, 2007, p. 489, ici p. 493, n° 9, qui estime qu'«à partir d'un certain seuil, la petitesse de la chance et l'incertitude sur son existence ne peuvent plus être séparées».

⁸⁵ M. Binon opine en ce sens, mais au prix d'un amalgame – de façade, très certainement – entre réalité et consistance : «assortir la “réparabilité” de la perte d'une chance d'une condition tenant à la preuve d'un minimum de réalité (de “consistance”) de cette chance» revient à «confond[re] l'existence même de la chance – qui, dans la rigueur des principes, doit, seule, être démontrée pour ouvrir le droit à une indemnisation de sa perte – et l'importance de cette chance (le degré de probabilité de sa réalisation) – qui ne doit logiquement influencer que le montant de la réparation à accorder» (J.-M. BINON, «La réparation de la perte d'une chance dans la jurisprudence européenne : une question de chance?», in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Anthemis-Bruylant, 2008, p. 379, ici p. 386).

⁸⁶ S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, «La perte d'une chance à la croisée des chemins. Évolutions et applications jurisprudentielles», *R.G.D.C.*, 2019, p. 191, ici pp. 201-202, nos 29-30.

⁸⁷ Les auteurs observent d'ailleurs (p. 201, note 101) «que seul le qualificatif “réel” a, jusqu'à aujourd'hui, été retenu par la Cour de cassation». À notre estime, ils paraissent toutefois se contredire quelque peu en ajoutant «sous cette réserve toutefois de l'hypothèse où la chance est à ce point faible qu'elle apparaît

est en ce sens : l'article 5.168 évoque « une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit » et l'exposé des motifs indique que, « pour pouvoir donner lieu à une indemnisation, la chance perdue doit être réelle et pas uniquement hypothétique. *Cependant, il n'est pas requis que la chance atteigne un seuil minimal déterminé. Les faibles chances entrent également en ligne de compte pour une indemnisation*, pour autant que leur existence soit prouvée avec une certitude suffisante »⁸⁸.

Absence de certitude quant à la réalisation de la chance perdue.

Dans un arrêt du 20 mai 2020, la haute juridiction française a répété que toute perte de chance ouvre droit à réparation : le juge ne peut exiger de la victime qu'elle démontre que, si elle avait été parfaitement informée par le professionnel, elle aurait, de manière certaine, pris une autre décision⁸⁹. La solution, qui concernait *in casu* une banque, est très nettement transposable aux professionnels de santé à qui l'on impute un manquement au devoir d'information ; sa consécration aurait pour vertu de tordre le cou à une jurisprudence aussi habituelle que contestable, déboutant les patients victimes d'une information déficiente ou lacunaire au motif qu'ils ne démontrent pas que, mieux éclairés ou pleinement informés, ils auraient *nécessairement* pris une autre décision. La ques-

quasiment inexistante » : de ce que la chance dont la perte est indemnisable « n'est pas soumise à un seuil minimum », il se déduit nécessairement que la perte d'une chance *même faible* (voire « à ce point faible », autrement dit minime) peut constituer un préjudice indemnisable. Si le juge n'entend pas l'indemniser, libre à lui d'estimer que la chance en question est inexistante – mais pas « quasiment » inexistante : la chance existe, ou elle n'existe pas.

⁸⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, p. 134, disponible, de même que l'avant-projet de loi lui-même, sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Il convient d'observer qu'en tant qu'il prévoit – de manière assumée – « que la perte d'une chance ne soit plus appréciée au niveau du dommage réparable, mais du lien causal » (T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *R.G.D.C.*, 2019, p. 404, ici p. 408, n° 14), cet avant-projet est de nature à faire nettement évoluer l'appréhension de cette théorie, et même à la bouleverser. La perte de chance vise en effet classiquement « la perte certaine d'un avantage probable » (J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, coll. Droit des assurances, Anthemis, 2006, pp. 73-74 ; R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, *Le lien de causalité. Le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 1962, n°s 2837-2842 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 566-567), ce qui n'est pas la même chose qu'indemniser le dommage effectif « en proportion de la probabilité [qu'il] ait été causé » par le fait générateur de responsabilité incriminé (article 5.168 en projet), inflexion qui ne ravira pas les partisans de la certitude causale. On va jusqu'à en déduire qu'« en instaurant ce mécanisme, les auteurs de l'avant-projet révolutionnent le concept même de responsabilité, et les exigences liées à la causalité et à la preuve de celle-ci » (T. COPPÉE, op. cit., pp. 408-409, n° 15 : « Il suffira désormais que ce lien soit "probable". Le juge pourrait ainsi prononcer, à charge du défendeur, une condamnation, même partielle, à réparer un préjudice auquel il admet la probabilité que la faute puisse lui être restée étrangère. En d'autres termes, du seul fait qu'il existe, aux yeux du juge, une possibilité, même faible, de ce rapport causal, il pourra prononcer une condamnation, certes légère »).

⁸⁹ Cass. fr. (2° civ.), 20 mai 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.724, *D.*, 2020, p. 1100, *A.J. Contrat*, 2020, p. 385, note C. FRANÇOIS, *R.T.D. civ.*, 2020, p. 629, obs. H. BARBIER, *R.D.I.*, 2020, p. 524, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN, *J.C.P.E.*, 2020, n° 38, p. 1349, note K. RODRIGUEZ. Il s'agissait d'une banque à laquelle était reproché un défaut d'information à propos de l'adéquation ou non de l'assurance offerte à la situation de l'assuré. La cour d'appel, censurée, avait débouté celui-ci de sa demande d'indemnisation au motif qu'il ne démontrait pas que, pleinement informé, il aurait *certainement* souscrit un contrat mieux adapté.

tion ne se pose pas en ces termes, ainsi que nous avons eu l'occasion de l'indiquer lors d'une précédente édition de ces rencontres⁹⁰. Car en effet, appliquée aux conséquences d'un défaut d'information, la perte d'une chance «revient à exiger du demandeur la preuve du fait que, s'il avait été correctement informé, il aurait pu adopter (et non : il aurait adopté) un comportement autre que celui qu'il a effectivement eu, et que cela lui aurait été bénéfique – preuve difficile à rapporter, les déclarations du demandeur peinant souvent à être corroboré[e]s d'éléments objectifs» ; « d'ailleurs, s'il avait été certain que, correctement informé, l'assuré aurait souscrit un contrat mieux adapté, c'est de la perte totale du bénéfice de ce contrat qu'il aurait fallu l'indemniser, déduction faite éventuellement des primes. *L'exigence d'une certitude dans le scénario contrefactuel, en cas de défaut d'information, est la négation de la notion de perte d'une chance* »⁹¹. C'est donc à bon droit que les juges du fond sont censurés s'ils exigent du demandeur la démonstration d'une *certitude*, alors que celui-ci n'a qu'à établir une simple *probabilité*, voire *possibilité* – réelle certes, mais qui peut être faible, voire minimale.

Cet arrêt fait écho à celui rendu dix ans plus tôt par la Cour de cassation de France, le 14 octobre 2010 : un médecin, appelé au chevet d'une malade, ne perçoit pas immédiatement la gravité de son état ; atteinte d'une grippe maligne, la patiente est finalement hospitalisée, mais décède des complications de cette grippe. Son époux et ses enfants intentent une action en dommages et intérêts contre le médecin. Les juges d'appel (C.A. Rennes, 3 juin 2009) retiennent la faute du médecin et le fait que, s'il avait délivré des soins consciencieux, attentifs et diligents, l'hospitalisation de la patiente serait intervenue plus tôt et l'administration de l'antibiothérapie aurait été avancée. Mais ils estiment qu'il est extrêmement difficile de dire si l'évolution de la pathologie eût alors été différente et qu'aucun élément médical ne permet d'affirmer que l'antibiothérapie aurait évité la dégradation brutale de l'état de santé de cette dame et son décès, dans la mesure où la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë dont elle est décédée n'a pu être déterminée. Ils en concluent qu'il n'est pas établi que la faute de médecin a fait perdre à sa patiente une chance de survie. Leur décision est censurée : « [E]n statuant ainsi, alors que la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable, de sorte que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie, ni l'indétermination de la cause du syndrome de détresse respiratoire aiguë ayant entraîné le décès n'étaient de nature à faire écarter le lien de causalité entre la faute commise par [le médecin], laquelle avait eu pour effet de retarder la prise en charge de [la patiente], et la perte d'une chance de survie pour cette dernière », la cour d'appel n'a pas justifié légalement sa décision⁹².

⁹⁰ 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*, Anthemis-ULB, 2014, p. 77.

⁹¹ C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, D., 2021, p. 46 (mises en évidence ajoutées).

⁹² Cass. fr. (1^{re} civ.), 14 octobre 2010, D., 2010, p. 2430, obs. I. GALLMEISTER, et p. 2682, note P. SARGOS, D., 2011, p. 37, obs. O. GOUT, *Revue des Contrats*, 2011, p. 77, note J.-S. BORGHETTI, *Petites Affiches*, 5 janvier

Comme on le voit, chez nos voisins également – et singulièrement en matière de responsabilité médicale –, la théorie de la perte de chance n'est pas exempte de flottements relatifs et suscite questionnements et discussions⁹³.

Dossier médical perdu, disparu ou incomplet ou refus de communication : jurisprudence française. Nous n'exposerons évidemment pas ici les règles applicables au dossier médical (partagé) en droit français⁹⁴. Elles sont globalement similaires aux nôtres. Nous nous contenterons de relever, dans la jurisprudence française récente, quelques décisions intéressantes.

On observera, s'agissant de la *communication du dossier aux ayants droit d'un patient décédé*, que le législateur français (par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé) a entendu l'autoriser, sans

2011, p. 7, note E. AY, *Gaz. Pal.*, 19 décembre 2010, p. 353, obs. C. BERNFELD et F. BIBAL. On peut comprendre que cet arrêt ait laissé les commentateurs quelque peu circonspects. Ainsi, dans sa note précitée, M. Borghetti écrit « que la Cour de cassation adopte ainsi une conception très lâche de la perte de chance indemnisable » en « se content[ant] d'une perte certaine d'une chance incertaine » : « [L]a Cour de cassation admet un redoublement de l'incertitude, puisqu'est indemnisé le fait de n'avoir pas bénéficié d'un traitement dont on ne sait pas s'il aurait eu une chance d'empêcher la mort, c'est-à-dire un traitement dont il était seulement possible (et non certain) qu'il aurait eu une chance de produire effet. Même une chance dont l'existence n'est pas prouvée, c'est-à-dire en fait une chance hypothétique, peut ainsi donner lieu à réparation. Cela rend évidemment tout calcul de probabilité impossible et condamne les juges du fond à fixer le montant de la chance perdue de manière arbitraire. En fait, la Cour de cassation admet ainsi clairement l'indemnisation de la perte de chance au carré, ou, si l'on préfère, de la perte d'une chance de chance ». L'auteur conclut que, « compte tenu du fait que les tribunaux n'hésitent par ailleurs plus à accorder une indemnisation pour des pertes de chance minimales [...], la conception très lâche de la perte de chance adoptée par la Cour de cassation constitue une extraordinaire incitation au contentieux. D'aucuns y verront peut-être un merveilleux outil de moralisation de notre société, et de la vie des affaires en particulier. D'autres seront plutôt tentés d'y voir une formidable machine à transformer les espoirs en certitudes et à bannir l'imprévu » (J.-S. BORGHETTI, « La perte d'une chance au carré, ou la perte d'une chance de chance », *Revue des Contrats*, 2011, p. 77).

⁹³ Sur les subtilités de la perte de chances en droit médical français, voy. not. G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, Bordeaux, LEH Édition, 5^e éd., 2016, pp. 577-585, n^{os} 790-804; C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, n^o 53-57, pp. 357-369; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, coll. Pratique du droit, Economica, 2006, pp. 146-151, n^{os} 132-135.

⁹⁴ Ces règles sont inscrites dans les articles L. 1111-14 à L. 1111-24 du Code de la santé publique, modifiés en dernier lieu par la loi n^o 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, et R. 1112-2 à R. 1112-9 du même code, qui détaillent le contenu du dossier et énoncent les documents qui doivent au moins y figurer. Commentaires: C. KOUCHNER et A. DELHAYE, *Les droits des malades*, coll. À savoir, Paris, Dalloz, 2012, pp. 117-122, et pp. 154-158 sur les règles encadrant la transmission du dossier médical et sa communication au patient (ou à ses représentants / ayants droit); X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, op. cit., pp. 337-348, n^{os} 308-315; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, op. cit., pp. 90-96, n^{os} 77-81; C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit., n^o 72, pp. 423-431; F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, op. cit., pp. 161-178, analyse et obs. de F. VIALLA et A. THIAM; O. DUPUY, *La gestion des informations relatives au patient. Dossier médical et dossier médical personnel*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2005; M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, L.G.D.J.-Lextenso, 2^e éd., 2012, pp. 411-421, n^{os} 402-406. Nos voisins connaissent par ailleurs, depuis la loi n^o 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé – dont le titre III s'intitule « Développer l'ambition numérique en santé » –, « l'espace numérique de santé » (individuel); voy. X. BIOY, A. LAUDE et D. TABUTEAU, op. cit., pp. 350-352, n^o 317.

intermédiaire, mais uniquement à l'égard des seules informations nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi par eux, à savoir la connaissance des causes de la mort, la défense de la mémoire du défunt ou la protection de leurs droits. À l'occasion de trois demandes de communication du dossier médical de son père, sa fille a fait valoir, notamment, qu'elle souhaitait connaître les causes de la mort de celui-ci ; jugé qu'en refusant durablement de lui adresser celles des informations du dossier médical de la victime qu'il était tenu de lui communiquer, l'établissement de santé a porté atteinte au droit de cette dame de disposer de ces informations et, par suite, a commis une faute de nature à engager sa responsabilité à son égard⁹⁵.

La bonne tenue du dossier médical est une exigence de transparence pour le patient et de sécurité pour l'établissement. Ainsi, le fait de *ne pas avoir consigné dans le dossier médical d'un patient une allergie antérieure aux produits iodés* constitue une faute de nature à engager la responsabilité d'un établissement public de santé pour perte de chance, dans le chef de la victime décédée des suites d'un choc anaphylactique causé par l'injection intraveineuse d'un produit iodé, de se soustraire à ce risque⁹⁶.

La *perte d'une chance de prouver (la faute)* et, partant, d'obtenir la réparation de son préjudice, lorsque le médecin a perdu ou détruit le dossier médical, est parfois retenue⁹⁷. Un arrêt de la Cour d'appel de Besançon du 18 novembre 2004 l'illustre⁹⁸. Deux jours après avoir subi une appendicectomie, un enfant âgé de six ans et demi a dû être opéré en urgence d'une péritonite dans la mesure où il présentait une forte fièvre, de violentes douleurs abdominales et des vomissements. En raison de la disparition de l'échographie et de la radiographie de l'enfant, il ne fut pas possible de caractériser une erreur de diagnostic commise par le chirurgien poursuivi, d'autant que, chez l'enfant, une péritonite peut se révéler brutalement, sans aucun indice précurseur. Il est donc possible que les signes cliniques de la péritonite ne soient apparus que plusieurs heures après l'examen effectué par le médecin et les explorations complémentaires demandées. Mais la responsabilité du chirurgien, en tant que dépositaire de l'échographie et de la radiographie appartenant à son patient, qui faisaient partie du dossier médical en sa possession, est engagée dans la mesure où il ne

⁹⁵ Cour adm. app. Nantes, 20 octobre 2011, *A.J.D.A.*, 2012, p. 98, note S. DEGOMMIER (préjudice moral résultant de ce défaut de communication : 1.000 €). Dans le même sens, Trib. adm. Nice, 23 septembre 2005, *A.J.D.A.*, 2006, p. 274, obs. F. DIEU : en ne communiquant pas aux ayants droit (époux et fils) d'une dame décédée en son sein l'ensemble des éléments du dossier médical de celle-ci, qui leur auraient notamment permis de connaître les causes de sa mort, un centre hospitalier a porté atteinte à leur droit de disposer, dans les délais légaux, des informations utiles contenues dans le dossier médical complet de la victime ; cette faute est de nature à engager sa responsabilité à l'égard des ayants droit (préjudice moral : 1.500 €).

⁹⁶ Trib. adm. Marseille, 2 mai 2000, *R.D.S.S.*, 2002, p. 54, obs. M. CORMIER (indemnisation partielle du préjudice moral subi par l'épouse).

⁹⁷ Cour adm. app. Bordeaux, 14 novembre 2008, n° 07BX01758, cité par C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, op. cit., n° 72, p. 425, n° 6.

⁹⁸ Besançon, 18 novembre 2004, *J.C.P.*, 2005, IV, n° 1802.

démontre pas que le défaut de restitution de ces documents au patient n'est pas imputable à une faute de sa part. Le préjudice consiste en une *perte de chance pour l'enfant et ses parents de pouvoir prouver une faute du médecin et d'obtenir une réparation de leurs préjudices*, la probabilité d'obtention d'une réparation des préjudices étant ici fixée à 30 %.

Perte du dossier médical : inversion de la charge de la preuve et perte d'une chance de prouver qu'une faute du praticien est à l'origine du dommage corporel. Il est acquis que *la perte d'un dossier médical est constitutive d'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service*, susceptible d'engager la responsabilité d'un hôpital⁹⁹. Il a pu arriver qu'en conséquence, certains juges *renversent la charge de la preuve d'une faute* : jugé qu'en l'absence de compte-rendu d'examen détaillé dans le dossier médical, un certificat établi longtemps après les faits en cause ne saurait être utilement opposé par l'établissement de santé, *auquel incombe alors la preuve de l'absence de toute faute de sa part*, preuve qu'*in casu* il ne rapporte pas¹⁰⁰. La solution n'est pas neuve¹⁰¹ et reçut même les faveurs de la Cour de cassation, qui eut l'occasion de décider qu'en cas d'interruption accidentelle, pendant l'accouchement, de l'enregistrement en continu du rythme cardiaque du fœtus, c'est la clinique qui doit prouver qu'au cours de cette interruption, il ne s'était pas produit un événement nécessitant l'appel d'un médecin obstétricien (l'enfant étant né en état d'hypoxie)¹⁰². À suivre ce raisonnement, si la victime, demanderesse, démontre, *par l'absence de pièces*, une carence dans le suivi assuré par l'établissement défendeur, ce dernier, précisément faute de pièces démontrant le contraire, ne pourra contredire cette prétention : la Cour tisse un lien net entre l'absence d'une pièce médicale et l'existence d'un préjudice corporel, sur le fondement de l'idée que cette absence *révèle* un défaut de surveillance à l'origine de ce préjudice indemnifiable. Au regard des règles qui régissent la distribution de la charge de la preuve, pareille déduction peut sembler hardie et ce raisonnement, qui s'assimile à la reconnaissance d'une *présomption de faute* seule de nature à justifier pareil renversement de la charge de la preuve, n'a du reste, jusqu'à plus ample informé, pas cours dans notre pays.

La loi française ne prévoit expressément aucune sanction spécifique en cas de refus de communication d'informations médicales, par exemple en rai-

⁹⁹ Cour adm. app. Lyon, 23 mars 2010, n° 07LY01554, cité par M.-L. MOQUET-ANGER, *Droit hospitalier*, op. cit., pp. 413-414, n° 403 (réparation du préjudice moral causé au patient par la disparition et l'absence de communication du dossier médical auquel il avait droit).

¹⁰⁰ Trib. adm. Strasbourg, 5 décembre 2001, R.D.S.S., 2002, p. 55, obs. M. CORMIER.

¹⁰¹ Cf. Trib. adm. Clermont-Ferrand, 27 février 1990, *Tables du Recueil Lebon*, p. 927, cité par M. CORMIER, précité : la circonstance qu'un hôpital a égaré le dossier radiographique dont il a la charge, concernant un patient – dossier indispensable pour établir la réalité d'une faute commise dans le traitement de celui-ci –, ne saurait être utilement opposée par cet établissement, *auquel incombe alors la preuve de l'absence de toute faute de sa part*.

¹⁰² Cass. fr. (1^{re} civ.), 13 décembre 2012, J.C.P., 2013, n° 202, note P. SARGOS, *Resp. civ. et ass.*, février 2013, comm. n° 68, note L. BLOCH.

son de la perte du dossier. Cette situation est éclairée par un *arrêt remarqué de la Cour de cassation de France du 26 septembre 2018*¹⁰³. Une maman présente des dommages assez sérieux à la suite de son accouchement. Il apparaît que le dossier de l'accouchement et du séjour de cette dame en clinique a été perdu. Saisie d'une demande d'indemnisation, selon la procédure applicable en France en pareil cas, la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation de Provence-Alpes-Côte d'Azur estime que, du fait de cette perte, la réparation des préjudices incombe à la clinique et à son assureur. En raison du refus de ce dernier d'indemniser, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) se substitue à l'assureur et indemnise la patiente ; subrogé dans ses droits, il assigne la clinique et son assureur en remboursement des sommes versées. La cour d'appel (Aix-en-Provence, 6 avril 2017) décide que la perte du dossier médical constitue une faute de la clinique dans l'organisation des soins, qui a fait perdre à la victime une chance d'établir la responsabilité du praticien et d'obtenir la réparation de son préjudice corporel, et condamne la clinique et son assureur à rembourser à l'ONIAM la somme versée à la victime, à concurrence de 75 %. Deux pourvois sont formés : l'ONIAM reproche à la cour d'appel de n'avoir retenu qu'une perte de chance, et non la réparation de l'intégralité des dommages ; la clinique et son assureur lui font grief d'avoir déclaré la première responsable, en lieu et place du médecin libéral ayant pratiqué l'accouchement.

La Cour de cassation rejette les deux pourvois. Elle rappelle que les professionnels de santé et les établissements de santé engagent leur responsabilité en cas de faute (article L. 1142-1, § 1^{er}, du Code de la santé publique) et que, lorsqu'ils exercent leur activité à titre libéral, les premiers répondent personnellement des fautes qu'ils ont commises. Elle ajoute que les établissements de santé engagent leur responsabilité en cas de perte d'un dossier médical dont la conservation leur incombe : « [U]ne telle perte, qui caractérise un défaut d'organisation et de fonctionnement, place le patient ou ses ayants droit dans l'impossibilité d'accéder aux informations de santé concernant celui-ci et, le cas échéant, d'établir l'existence d'une faute dans sa prise en charge. » Jusque-là, la solution ne surprend pas. La suite de l'arrêt est plus étonnante : « [D]ès lors, [la perte du dossier médical] conduit à inverser la charge de la preuve et à imposer à l'établissement de santé de démontrer que les soins prodigués ont été appropriés » et, « lorsque l'établissement de santé n'a pas rapporté une telle preuve et que se trouve en cause un acte accompli par un praticien exerçant à titre libéral, la faute imputable à cet établissement fait perdre au patient la chance de prouver que la faute du praticien est à l'origine de l'entier dommage corporel subi », perte de chance qui est souverainement évaluée par les juges du fond.

¹⁰³ Cass. fr. (1^{re} civ.), 26 septembre 2018, *D.*, 2018, p. 2161, obs. M. BACACHE, *R.T.D. civ.*, 2019, p. 119, obs. P. JOURDAIN, *Resp. civ. et ass.*, décembre 2018, comm. n° 306, note L. BLOCH ; arrêt disponible sur https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/premiere_chambre_civile_3169/2018_8490/septembre_8937/865_26_40304.html.

Un raisonnement qui pourrait être simplifié. Ce raisonnement, qui consiste à *inverser la charge de la preuve et à imposer à l'établissement de santé de démontrer que les soins prodigués ont été appropriés* et, par suite, à *limiter à l'hypothèse où l'établissement de santé n'a pas rapporté une telle preuve* la solution selon laquelle la clinique qui perd le dossier médical d'un patient fait perdre à ce dernier la chance de prouver qu'une faute du praticien est à l'origine de son dommage corporel, est, comme on a pu le relever en doctrine, « alambiqué », sinon exagérément restrictif. Le professeur Jourdain approuve la solution (« on se trouve en effet dans une situation propice à la réparation de ce préjudice singulier, à savoir une situation aléatoire préexistante au fait générateur, représentée ici par la possibilité d'établir en justice la faute d'un médecin, et une faute qui, si elle n'est pas la cause du préjudice corporel de la victime, lui a néanmoins fait perdre une chance d'en obtenir réparation »), tout en estimant – et nous le rejoignons – que le raisonnement suivi aurait « pu être raccourci et simplifié, ce qui aurait évité une confusion sur l'identification de la faute génératrice de responsabilité ». En effet, la Cour de cassation « laisserait entendre que la faute de la clinique résultant de son manquement à l'obligation [de résultat] de conservation du dossier médical présumerait la faute médicale du praticien. Pourtant, ce n'est pas la faute médicale qui justifie la réparation de la perte de chance retenue par les juges, mais celle de la clinique » : « la faute médicale présumée aurait dû autoriser une réparation intégrale du préjudice subi et être mise à la charge du praticien. Contre la clinique, [...] on ne pouvait retenir que le défaut d'organisation à l'origine de la perte du dossier ; faute qui ne pouvait avoir causé qu'une perte de chance, *non d'ailleurs d'éviter le dommage, mais de réunir les preuves de la faute du médecin accoucheur pour en obtenir réparation*. Finalement, il n'était nul besoin, pour justifier la responsabilité de la clinique, de passer par le détour de l'inversion de la charge de preuve de la faute du médecin, *faute qui n'est et ne peut être présumée du seul fait de la perte du dossier médical par la clinique*. Il suffisait d'énoncer simplement que la faute de celle-ci avait privé la patiente des chances qu'elle aurait eues de faire établir la faute du praticien au moyen du dossier médical. Une telle motivation eût été plus directe et surtout plus exacte »¹⁰⁴. On ajoutera qu'était ici en cause une *faute technique* (manœuvres effectuées lors de l'accouchement), et que l'on peine à voir comment pareille faute pourrait être déduite d'une *absence de pièces*...

Il est par ailleurs permis de se demander pourquoi la reconnaissance de la perte d'une chance du patient, consécutive à la faute de la clinique, devrait être *subordonnée à l'absence de preuve, par celle-ci, de la faute du médecin libéral exerçant en son sein* : « Du seul constat que la clinique avait commis une faute en perdant le dossier médical qu'elle devait conserver se déduisait le préjudice de perte de chance de la victime, dès lors que ce document constituait un élément de preuve précieux de la défaillance de l'acte médical pratiqué. Si la clinique

¹⁰⁴ P. JOURDAIN, obs. précitées, *R.T.D. civ.*, 2019, p. 119 (mises en évidence ajoutées); dans le même sens, M. BACACHE, obs. précitées, *D.*, 2018, p. 2161.

était parvenue par un autre moyen à établir la faute du praticien, elle aurait peut-être pu s'exonérer de sa responsabilité en prouvant la faute exclusive d'un tiers. Mais il est inutile de faire de l'absence de preuve par la clinique d'une faute médicale une condition de sa responsabilité.»¹⁰⁵

Section 4

La « perte d'une chance de prouver » dans les litiges de responsabilité médicale

Valeur probante élevée de ce qui figure, ou ne figure pas, au dossier. Le professeur Vansweevelt termine son substantiel exposé des « droits relatifs au dossier du patient »¹⁰⁶ par une section consacrée aux « conséquences juridiques de la perte ou de l'absence [d'éléments] du dossier du patient ». Il y indique que « le dossier du patient a une valeur probante importante. Ce qui y est écrit est présumé, jusqu'à preuve du contraire, correspondre à la réalité. Ce qui figure dans le dossier du patient est considéré, selon le critère du cours normal des choses, comme fidèle à la réalité. Toute personne souhaitant contester le contenu du dossier du patient supporte la charge de la preuve. Inversement, s'applique en principe également la règle que ce qui aurait dû normalement être repris dans le dossier du patient, mais qui ne l'est pas, ne s'est en réalité pas produit. Celui qui s'écarte du cours normal des choses en ne reprenant pas dans le dossier du patient certains éléments qui devraient y figurer, doit fournir une explication plausible de la raison pour laquelle il a [été] dérogé à la règle. Celui qui affirme que des faits qui ne figurent pas dans le dossier du patient, alors que tel devrait être le cas, se sont effectivement produits, en supporte la charge de la preuve » : « [I]f you didn't write it down, it didn't happen. »¹⁰⁷

Absence ou disparition du dossier. Indépendamment d'éventuelles difficultés ou d'atermoiements relatifs à l'exercice par le patient de son droit de consultation et de copie, la jurisprudence sanctionnant *l'absence même de tenue (correcte) du dossier* est, heureusement, très rare. Il ne fait guère de doute qu'au vu de l'obligation qui pèse sur lui à cet égard, le médecin (ou l'hôpital) qui négligerait de constituer un dossier de patient, ou de le tenir à jour, ou qui ne serait pas en mesure de le fournir s'il en est requis, n'agirait pas d'une manière normalement compétente, prudente et diligente et pourrait, partant, voir sa

¹⁰⁵ P. JOURDAIN, obs. précitées.

¹⁰⁶ T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », *op. cit.*, pp. 429-582.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 578-579, n° 1162 (traduction libre). L'auteur cite un arrêt de la Cour d'appel du Québec *Bérubé c. Hôpital Hôtel Dieu de Lévis* du 1^{er} avril 2003, selon lequel « l'on doit d'abord se fier aux notes du dossier médical et [...], sauf explications plausibles et claires, on doit tenir que ce qui n'a pas été noté, n'a en principe pas été fait ». Par exemple, si une infirmière soutient que la tension artérielle d'un patient n'a pas été notée dans le dossier parce qu'elle était normale, le juge sera plutôt enclin à estimer qu'elle n'a en fait pas été mesurée.

responsabilité civile engagée pour le dommage potentiel que cette négligence serait susceptible de causer¹⁰⁸. On peut même considérer qu'il s'agit dans son chef d'une obligation de résultat¹⁰⁹. On citera un jugement bruxellois rendu dans une hypothèse très particulière : le refus d'accès à un traitement de procréation assistée – après acceptation initiale – opposé par un centre de fécondation à une patiente célibataire « psychologiquement trop instable ». L'hôpital se voit sanctionné sur le plan de la communication : il s'est borné à signaler à la patiente, sans autre explication, que sa situation familiale, sociale et psychologique est jugée trop instable pour qu'elle puisse recevoir ce traitement, ce qui n'est pas suffisant. Qui plus est, par la suite, l'hôpital n'a rien fait pour encadrer et soutenir cette dame manifestement en détresse et l'aider à comprendre et à accepter cette décision. Le tribunal décide également que l'hôpital a en outre *manqué à son obligation légale de tenir soigneusement le dossier de la patiente et de lui en fournir une copie à première demande*, dans les conditions prescrites par la loi relative aux droits du patient, dès lors qu'il a transmis cette copie avec retard et que celle-ci était incomplète. Il a également manqué à son obligation d'information en ne communiquant que très tardivement à la patiente les éléments ayant conduit la psychologue du centre de reproduction à émettre d'abord un avis positif, puis un avis négatif, quant à la possibilité pour elle de bénéficier, d'un point de vue psychologique, des traitements préconisés¹¹⁰.

Il arrive aussi – c'est le cas le plus grave – que le dossier *disparaisse complètement*, alors même qu'il avait été correctement constitué (perte au sein des archives, vol, effacement électronique...). L'hypothèse est heureusement rare, mais elle n'est pas d'école. La loi ne prévoit pas de sanction spécifique dans ce cas de figure¹¹¹, ce que déplore la doctrine. On appliquera donc les règles du droit commun. La responsabilité de l'hôpital pour faute propre (défaut d'organisation) pourra être engagée, dans la mesure où le dossier du patient doit y être conservé, sous la responsabilité du médecin-chef. On peut soutenir qu'il s'agit là, dans le chef de l'hôpital, d'une obligation de résultat, voire de garantie, et, bien que l'évaluation de l'éventuel dommage subi par le patient soit difficile, il sera aisé de trouver place pour la notion de *perte d'une chance* (de gagner un procès en responsabilité à la suite d'un incident thérapeutique)¹¹².

¹⁰⁸ J. VAN DAMME, H. NYS et T. VAN DAMME, *De patiënt, de huisarts en zijn dossier*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 155; T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », *op. cit.*, p. 580, n° 1164.

¹⁰⁹ T. VANSWEEVELT, *ibid.*

¹¹⁰ Civ. fr. Bruxelles, 13 octobre 2016 puis 2 juin 2017, *Consilio*, 2019, p. 115, note G. GENICOT, « L'autonomie des centres de procréation médicalement assistée doit être mise en œuvre avec humanisme », p. 122.

¹¹¹ Ce dont il pourrait bien résulter que la prescription de la loi relative aux droits du patient selon laquelle (article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}) « le patient a droit, de la part de son praticien professionnel, à un dossier de patient soigneusement tenu à jour et conservé en lieu sûr » n'a de vertu qu'incantatoire et est dépourvue de réelle portée...

¹¹² R. HEYLEN, « Het medisch dossier en de Wet Patiëntenrechten: vele verduidelijkingen, maar toch enkele nieuwe problemen », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 94, ici p. 101. Voy. ég. E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, *op. cit.*, pp. 905-909, n° 775.

Il serait excessif que l'incapacité dans laquelle se trouverait le médecin ou l'hôpital de produire le dossier du patient conduise en soi à une *présomption de faute (technique)* dans leur chef. Il est en revanche soutenu, en doctrine, qu'une telle circonstance peut fonder « un doute raisonnable qui jouera à l'avantage du patient », par exemple lorsque certaines circonstances permettent déjà d'accréditer sa version selon laquelle des négligences ont été commises : le défendeur n'est en effet alors plus en mesure de réfuter cette version en s'appuyant sur des rapports ou documents établis *in tempore non suspecto*¹¹³. Dans son étude citée, M. Heylen préconisait même, en pareil cas, un déplacement « équitable » de la charge de la preuve (et du risque de – l'absence de – preuve) de la partie demanderesse (le patient) vers la partie défenderesse (le médecin ou l'hôpital), dès lors que celle-ci serait, au vu des circonstances, davantage en mesure de faire la lumière sur ce qui s'est passé¹¹⁴. Le patient est en effet, en pareil cas, dans une « situation d'impossibilité de preuve » consistant en « un acte ou une omission de l'autre partie sans lequel une clarification des circonstances de fait aurait été possible » : cette notion, inspirée des droits néerlandais, autrichien et suisse (*Beweisvereitelung*), peut notamment trouver à s'appliquer à « l'absence de fourniture des résultats de radiographies et d'électrocardiogrammes », ou au « retrait de documents d'un dossier de patient »¹¹⁵.

Incidence de la réforme du droit de la preuve. Ce « glissement » ou déplacement de la charge de la preuve est désormais, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2020, de la réforme du droit de la preuve issue de la loi du 13 avril 2019¹¹⁶, à apprécier au regard de l'article 8.4 du (nouveau) Code civil, intitulé « Règles déterminant la charge de la preuve », qui est ici particulièrement important. Après avoir repris, dans ses deux premiers alinéas, les règles posées jusqu'ici par l'article 1315 de l'ancien Code civil, il donne en son alinéa 3 force de loi au principe suivant lequel « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve », et ensuite à la règle jurisprudentielle constante voulant que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve – ou une fois la preuve administrée – doivent être retenus au détriment de la partie qui a la charge de cette preuve, et ne peuvent lui

¹¹³ R. HEYLEN, *ibid.*, p. 100 ; E. VERJANS, *ibid.*, p. 907-909, n° 775, qui défend en tout cas la position selon laquelle le juge peut déduire, de l'absence de production du dossier, une présomption d'absence d'information, déduite de son défaut de collaboration loyale à l'administration de la preuve, citant en ce sens un arrêt (vraisemblablement inédit) de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 avril 2014.

¹¹⁴ R. HEYLEN, *ibid.*

¹¹⁵ W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 323, ici pp. 331-332. Quant à ce second exemple, l'auteur renvoie à un jugement inédit du Tribunal de première instance d'Anvers du 27 janvier 2016, cité dans sa thèse de doctorat, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 351, n° 405.

¹¹⁶ Voy. not. D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Anthemis, 2019 ; F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 637 ; F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 179.

bénéficiaire¹¹⁷ : « [E]n cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement. » En d'autres termes, si, au terme du débat judiciaire, une incertitude demeure, ce doute profitera ici au médecin, puisque la charge de la preuve pèse sur le patient.

Baucoup s'interrogent aujourd'hui sur l'impact que pourrait avoir à l'avenir l'article 8.4, alinéa 5, sur certains litiges de responsabilité médicale¹¹⁸. Il prévoit que « le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ». À bien y regarder, cet impact sera vraisemblablement fort mince. Il ressort en effet des travaux préparatoires de la réforme, non seulement que « la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve », mais encore et surtout qu'« il n'y a pas lieu à renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal, parce que, dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution »¹¹⁹. Le renversement (ou du moins l'aménagement) de la charge de la preuve apparaît donc clairement comme « une disposition subsidiaire qui ne peut être utilisée qu'en dernier recours » (*ultimum remedium*), et « on peut évidemment se demander si l'application cumulative [des] critères [requis] n'aboutira pas à réduire l'usage de cette faculté à peau de chagrin »¹²⁰.

Aménagement de la répartition de la charge de la preuve? Dans le cas précis ici envisagé (absence ou disparition du dossier), l'article 8.4, ali-

¹¹⁷ Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, n° 159; 17 septembre 1999, *Pas.*, n° 467; 10 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, n° 410; voy. J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile. Quelques enseignements de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁸ F. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. CALLEWAERT (dir.), *Responsabilités professionnelles*, coll. CUP, vol. 196, Anthemis, 2020, p. 47, ici pp. 87-92. Sur cette disposition, voy. not. F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, pp. 641-642, nos 15-18; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, Anthemis, 2019, p. 15, ici pp. 26-34; J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foiriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, vol. 1, p. 215; C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, p. 490.

¹¹⁹ Exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14; « lorsque le juge a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire » (*ibid.*, p. 15), il ne peut recourir à la faculté subsidiaire de renverser la charge de la preuve (F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve », *op. cit.*, p. 642, n°18).

¹²⁰ F. GEORGE, *ibid.*, p. 641, n° 16.

néa 5, du nouveau Code civil pourrait toutefois être utilement mobilisé à l'appui d'un raisonnement judiciaire innovant. Mme Ronneau cite en ce sens un arrêt allemand du Bundesgerichtshof du 21 novembre 1995 relatif à la responsabilité d'un chirurgien ayant opéré de calculs biliaires et laissé une pierre résiduelle pourtant identifiable, ce que le patient prétendait démontrer au moyen de radiographies dont il est apparu qu'elles avaient disparu lors de la transmission du dossier à un autre établissement. Retenant sur ce point une faute dans le chef de l'hôpital de départ, la Cour fédérale en déduit qu'eu égard à ce manquement, le patient « est exonéré de la preuve de son allégation que la pierre restante était reconnaissable sur les radiographies prises pendant l'opération [...] ; cela signifie qu'il appartient maintenant [à l'hôpital] de prouver que la pierre restante n'était pas reconnaissable par le chirurgien [...] lors de l'opération »¹²¹. Le juge devrait certes commencer par ordonner au(x) défendeur(s) de produire tous les éléments du dossier qui pourraient (encore ou malgré tout) exister, veillant ainsi « à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve » suivant le schéma classique. Mais, cela fait, s'il constate qu'il ne parvient pas à obtenir une « preuve suffisante » – en raison de ce que, par hypothèse, des éléments sont manquants, des pièces font défaut dans le dossier –, il pourra désormais – mais ce, uniquement « dans des circonstances exceptionnelles » que le magistrat devra veiller à caractériser, en motivant sa décision – renverser la charge de la preuve, par application, croit-on déceler en filigrane, tant de l'équité que du principe de meilleure aptitude à la preuve. Les travaux préparatoires le confirment : « [L]e juge pourra appliquer ce texte lorsque la collaboration à l'administration de la preuve est inopérante, *parce que la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait, que la disparition de cette preuve soit ou non imputable à une faute de sa part.* »¹²² Cette disposition, novatrice, pourrait ainsi s'avérer utile dans certains cas, soigneusement circonscrits. Elle devrait vraisemblablement conduire à un infléchissement de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, fixée en ce sens que l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve ne peut avoir pour conséquence de renverser la charge de la preuve¹²³.

Cela étant, « le juge doit également vérifier si le litige ne peut être appréhendé sous l'angle du degré de preuve » : « [L]orsque la preuve porte sur un fait négatif (par exemple, la preuve du devoir d'information du professionnel de la santé), l'application des articles 8.5 et 8.6 doit primer »¹²⁴. En vertu de l'ar-

¹²¹ Relaté et traduit par V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 29, n° 17.

¹²² Exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14 (mise en évidence ajoutée). Est également visé le « refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve ».

¹²³ Cass., 4 juin 2015, *Pas.*, p. 1442, avec les concl. de M. le procureur général HENKES, alors premier avocat général.

¹²⁴ F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! », *op. cit.*, p. 642, n° 18 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *in*

ticle 8.6, intitulé « Preuve par vraisemblance », « sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine »¹²⁵. L'exemple ici cité est celui du vol en matière d'assurances, mais il ne serait pas impossible d'appliquer également ce tempérament à certaines hypothèses de responsabilité médicale – qui, sans doute, relèveront le plus souvent de la preuve d'un fait négatif, mais pas forcément toujours¹²⁶. C'est du reste sous l'angle de l'allègement du degré de preuve des faits négatifs que la Commission de la justice a, dans le cadre des travaux préparatoires de la réforme, évoqué l'obligation d'information, à titre d'exemple d'un fait négatif difficile à prouver : « Par exemple, un consommateur affirme qu'un professionnel, tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires, alors que le professionnel prétend quant à lui avoir transmis l'information oralement. Pour des faits négatifs de ce genre, il est impossible d'apporter la preuve d'« un degré raisonnable de certitude ». »¹²⁷

Autre cas de figure : si un élément du dossier – par exemple un compte-rendu opératoire – est établi *tardivement*, sans doute ceci ne suffit-il pas en soi à ce que l'on puisse douter du sérieux et de la bonne foi des médecins impliqués ; en revanche, en présence d'une véritable *abstention* (de verser au dossier les pièces et éléments qu'il doit contenir), il y a place pour une responsabilité, non seulement du médecin concerné, mais de l'hôpital lui-même. On sait en effet qu'en application de l'article 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, « chaque hôpital respecte, 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. De plus, chaque hôpital veille 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 », le patient ayant « le droit de recevoir les informations de l'hôpital concernant la nature des relations juridiques entre l'hôpital et les praticiens professionnels qui y travaillent ». Bien plus, « l'hôpital

F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 221, ici pp. 243-244, n° 23, et pp. 249-250, n° 32.

¹²⁵ Sur cette disposition, spécialement en tant qu'elle s'applique au lien de causalité, et pour une confrontation avec l'indemnisation de la perte d'une chance, voy. C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 490, ici pp. 496-505.

¹²⁶ Comme en témoigne une décision du Tribunal fédéral suisse du 15 mars 2010 développée par V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, pp. 36-38, n° 24 (origine et cause d'une contamination à l'hépatite B).

¹²⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. CALOMNE et Mme ÖZEN, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

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 précitée du 22 août 2002¹²⁸.

Perte d'une chance de prouver. L'expression est devenue courante et fait de plus en plus florès : elle est brandie par le demandeur en responsabilité lorsque le défendeur (ou un tiers) commet une faute qui entraîne la disparition des pièces probantes qui auraient (peut-être) permis d'établir la responsabilité¹²⁹. S'agissant, comme toute perte de chance, d'un type particulier de *dommage* qui doit se trouver en lien causal certain avec une faute – le recours à la théorie de la perte de chance ne saurait permettre de pallier une incertitude causale¹³⁰ –, il est indispensable que la disparition des pièces probantes en question, qui constitue le fait générateur de ce dommage particulier, puisse être qualifiée de *fautive*, en d'autres termes ne soit pas fortuite. Et le préjudice sera adéquatement qualifié de perte de chance dans la mesure où, en l'absence de l'élément disparu ou perdu, il est impossible de présumer dans un sens ou dans l'autre : on ne peut, en toute logique, que conclure qu'« on ne sait pas », mais que, si cet élément avait été présent, on aurait eu la *possibilité* – plus ou moins élevée selon les circonstances – de savoir, et d'en déduire une preuve. La jurisprudence en offre quelques illustrations, au prix, le cas échéant, d'une action distincte exercée par la victime à l'encontre d'un *autre défendeur*, à savoir celui qui lui aura fait perdre un élément de preuve (procès dans le procès, ou plutôt après le procès)¹³¹. La perte de chance de prouver doit évidemment être *définitive*, ce qui sera le cas, soit si le délai d'intentement de l'action est dépassé, soit si le moyen de preuve doit être tenu pour irrémédia-

¹²⁸ Ceci « à moins que l'hôpital n'ait communiqué au patient, explicitement et préalablement à l'intervention du praticien professionnel, dans le cadre de la communication des informations [en question], qu'il n'était pas responsable de ce praticien professionnel, vu la nature des relations juridiques [entre l'hôpital et lui]. Une telle communication ne peut pas porter préjudice à d'autres dispositions légales relatives à la responsabilité pour les actes commis par autrui » (article 30, alinéa 4, loi du 10 juillet 2008). Illustration récente : Civ. Anvers, 27 novembre 2019, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 350, note S. LIEVENS.

¹²⁹ A. CATALDO et A. PÜTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, p. 39 ; des mêmes auteurs, « La perte d'une chance... de prouver », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Anthemis, 2016, p. 145 ; T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *op. cit.*, p. 404 ; C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 493-494, n° 9.

¹³⁰ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 565 et s. ; comp. la présentation, qui sur ce point nous paraît inexacte, d'A. CATALDO et A. PÜTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, pp. 41-42.

¹³¹ C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 494-495, qui observe que le renversement de la charge de la preuve désormais inscrit dans l'article 8.4, alinéa 5, du (nouveau) Code civil « pourrait apporter une nouvelle solution aux cas où le défendeur a supprimé ou fait disparaître un élément de preuve », « bien plus favorable pour la victime [et qui] a le mérite d'offrir une plus grande clarté pour le justiciable », mais ce uniquement dans certains cas.

blement égaré ou disparu¹³². Et la réparation ne sera alors, bien entendu, que partielle¹³³.

À titre d'illustration : un patient ayant dû être opéré deux fois coup sur coup soutient que la seconde intervention trouve sa cause dans une faute commise à l'occasion de la première, en l'occurrence l'oubli d'une compresse. Le dossier médical produit par les médecins et le C.P.A.S. dont dépend l'hôpital ne contient aucun document relatif à la seconde intervention (radiographies préalables, protocole opératoire), ces documents ayant été perdus dans les archives du C.P.A.S. Le Tribunal de première instance de Bruxelles retient que la perte de ces documents « met le demandeur dans l'impossibilité pratique de rapporter positivement la preuve de la faute qu'il allègue » et que « cette situation, imputable au C.P.A.S. [...], fait perdre au demandeur une chance d'établir le bien-fondé de son action », généreusement évaluée, « vu les circonstances de l'espèce », à 90 %¹³⁴.

Perte de chance de prouver... une perte de chance. Le Tribunal de première instance d'Anvers a consacré une figure originale et jusque-là inédite : la perte de chance de prouver... une perte de chance de survie. En l'espèce, un médecin généraliste s'était débarrassé de tissus cutanés présentant des caractéristiques suspectes, au lieu de les envoyer à un laboratoire pour analyse. Un mélanome alarmant, ne pouvant plus être traité efficacement, fut ultérieurement diagnostiqué et le patient décéda. À supposer que le généraliste eût, comme il se devait, fait analyser le grain de beauté suspect qu'il avait excisé et renvoyé sans attendre le patient vers un spécialiste, il était impossible de déterminer si, à ce moment, une chance réelle de traitement et de survie – voire de guérison – existait encore : le tissu excisé, dont seule l'analyse aurait permis de déterminer l'existence et d'apprécier l'importance de la chance en question, avait été éliminé. Mais le tribunal retint une perte de chance de prouver l'exis-

¹³² T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *op. cit.*, p. 406, n° 10. Ce qui revient à constater la *certitude du dommage* (I. SAMOY et K. RONSIJN, « Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist », note précitée, p. 125, ici p. 126, n° 4).

¹³³ Cass., 17 décembre 2009 (deux arrêts), *Pas.*, n°s 757 et 760; 23 octobre 2015, *Pas.*, n° 623; 13 mai 2016, *Pas.*, n° 322; 23 septembre 2013, *Pas.*, n° 472, et 21 octobre 2013, *Pas.*, n° 537 (la valeur économique de la chance perdue, seule réparable, ne saurait constituer le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu; le juge appelé à déterminer l'indemnité est tenu d'avoir égard au « degré de probabilité d'une heureuse issue »).

¹³⁴ Civ. Bruxelles, 10 octobre 1996, *R.G.A.R.*, 1998, n° 13.014; dans le même sens, un jugement du Tribunal de première instance de Gand du 28 octobre 2010 cité par E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, *op. cit.*, pp. 906-907, n° 775. Rapp. les hypothèses où des services de police se voient condamnés, à la suite de la perte d'un dossier, pour avoir fait perdre à la victime une chance de prouver un accident de la circulation, l'identité du tiers impliqué, ou la responsabilité de ce dernier : Trib. pol. Bruxelles, 6 décembre 2005, *C.R.A.*, 2007, p. 260; Trib. pol. Bruxelles, 18 avril 2013, *Bull. Ass.*, 2014, p. 67; Civ. Anvers, 18 avril 2016, *R.V.*, 2017-2018, p. 69, cités par T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *op. cit.*, p. 406. Rapp. encore, à propos d'une perte de chance de prouver suite à un délit de fuite du conducteur adverse, Trib. pol. fr. Bruxelles, 20 octobre 2020, *R.G.A.R.*, 2021, n° 15.749.

tence de cette chance, autrement dit la perte d'une chance... de prouver une perte de chance de survie¹³⁵.

Jurisprudence. Elle est maigre, sur la question précise de savoir *si l'on peut déduire, de l'absence au dossier d'une indication non obligatoire, une conséquence défavorable à l'hôpital*. En général, les juges s'en abstiennent: jugé que ni la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ni l'arrêt royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical doit répondre ne prescrivent que les informations qui doivent être communiquées conformément aux articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 *doivent être consignées de manière exhaustive* dans le dossier médical (ou dossier du patient). Par ailleurs, aucune obligation légale n'impose de consigner par écrit les informations communiquées, à défaut de demande expresse en ce sens (article 7, § 2, loi du 22 août 2002). On ne peut donc déduire de l'absence de la consignation écrite, non obligatoire, de ces informations qu'elles n'ont pas été communiquées, de telle sorte que l'on ne peut pas davantage en déduire une présomption grave *d'absence* de la communication des informations nécessaires¹³⁶. Selon le Tribunal de première instance de Gand, une telle circonstance ne suffit dès lors pas pour faire «pencher la balance» en faveur de la thèse de la patiente («pas d'informations reçues»), dès lors que les pièces produites ne permettent pas de préférer cette version à celle du médecin défendeur («patient dûment informé verbalement») et qu'aucune des thèses en présence ne trouve de justification suffisante dans de quelconques éléments, pièces ou données objectifs. Si la version de la patiente, qui n'est certes pas exclue – mais n'est par ailleurs pas prouvée non plus –, n'est pas établie, la conclusion qui s'impose au tribunal est qu'aucune faute n'a été prouvée dans le chef du médecin et que, partant, la prétention de la patiente à son encontre doit être déclarée non fondée¹³⁷. En somme, le juge retient ici que ce n'est pas parce qu'on ne trouve, dans le dossier de patient de la demanderesse, aucune trace ou mention quant aux risques liés à l'intervention envisagée, que le médecin n'a *ipso facto* pas informé sa patiente de ces risques: cette information peut en effet aussi bien avoir été donnée verbalement, au cours de l'une des consultations préalables du médecin par la demanderesse.

Mais d'autres décisions considèrent, non seulement que les propres déclarations du médecin n'ont pas de valeur probante – dès lors que nul ne peut se

¹³⁵ Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 224, note Q. DE RAEDT, qui n'est pas convaincu par le raisonnement tenu par le tribunal, au motif que le caractère incertain de la chance de survie rend incertain l'ensemble du préjudice, et qui préconise plutôt de retenir l'élimination fautive du tissu cutané comme causant *un préjudice en soi, d'ordre moral*: «L'ignorance des chances de survie et du déroulement précis des événements peut être considérée comme une souffrance morale causée par la faute du médecin. Le résultat serait vraisemblablement à peu près le même, mais le chemin pour y parvenir est plus correct sur le plan juridique» (Q. DE RAEDT, «Het verlies van een kans op het verlies van een kans», note précitée, p. 233, n° 16). Comp. A. CATALDO et A. PÜTZ, «La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne: le recours à la perte de chance», *op. cit.*, p. 39, ici pp. 48-49, qui raisonnent en termes de perte de chance de prouver le lien de causalité.

¹³⁶ Civ. Anvers, 14 mars 2013, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 259, note C. LEMMENS.

¹³⁷ Civ. Flandre-Orientale, div. Gand, 22 février 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 264, note C. LEMMENS.

constituer de preuve à soi-même, ce qui va de soi¹³⁸ –, mais que, s'agissant du respect par un chirurgien de son obligation d'information quant aux risques de complications périopératoires, aucune valeur particulière, susceptible d'emporter la conviction, ne s'attache ni au contenu de la lettre adressée par le médecin hospitalier au médecin généraliste, *ni au compte-rendu opératoire figurant au dossier* et qui mentionne un « *informed consent* », ni au fait que le patient a attendu plusieurs mois avant de subir l'intervention et est donc supposé y avoir réfléchi¹³⁹.

Absence d'indication au dossier, synonyme d'absence d'examen. Prescrire formellement un examen constitue une obligation de résultat. Lorsque, après une interruption involontaire de grossesse, la parturiente, sur proposition du gynécologue qui a suivi sa grossesse, lui demande de faire réaliser des examens du fœtus après son expulsion, afin de tenter d'identifier les causes de son hydrocéphalie et de déterminer les mesures pouvant être prises lors d'une grossesse future pour éviter qu'une telle situation se reproduise, ce médecin a l'obligation de prescrire lesdits examens, de s'assurer de leur réalisation et de lui en communiquer les résultats. Il s'agit d'une *obligation de résultat*, dans la mesure où elle est dépourvue de tout aléa : elle ne consiste pas à donner des instructions, qui plus est verbales, aux sages-femmes et infirmières pendant le travail de l'accouchement *mais à prescrire un acte médical*, attribution réservée au médecin. Or, le dossier de la parturiente ne comporte aucune trace d'une quelconque prescription d'examens *post mortem*, tandis qu'en vertu du principe de continuité des soins, il incombait au médecin de *s'assurer de la réalisation effective* des examens prescrits. Il n'a pas satisfait à cette obligation de résultat puisqu'il s'est contenté de donner des instructions verbales aux infirmières, et se voit condamné à supporter les conséquences de l'impossibilité de procéder aux examens en raison de l'incinération du fœtus, qui eut lieu conformément à la procédure habituelle de l'hôpital¹⁴⁰.

Jugé qu'un médecin qui affirme avoir effectué tel examen préopératoire peut difficilement être cru lorsqu'il n'en existe aucune trace dans le dossier du patient¹⁴¹. Cela a pu *a minima* entraîner un renversement « équitable » de la

¹³⁸ 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.*, n° 34); en règle, la seule affirmation d'un fait par une partie litigante ne peut tenir lieu de preuve de l'existence de ce fait (Cass., 25 février 1982, *Pas.*, 1982, I, n° 779).

¹³⁹ Anvers, 8 avril 2019, cité par C. LEMMENS, note sous Cass., 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 128. Selon la cour d'appel, ces éléments ne permettent pas de supposer, sans plus, que la patiente a bien été informée des complications potentielles propres à l'intervention; le défaut d'information du médecin a dès lors été admis. Comme on l'a vu, cette décision fut cassée par l'arrêt du 18 juin 2020, qui lui reprocha d'avoir imposé la charge de la preuve au médecin.

¹⁴⁰ Civ. fr. Bruxelles, 3 février 2020, *Consilio*, 2020, p. 83.

¹⁴¹ Mons, 25 octobre 1996, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 388. Rappr. Bruxelles, 4 février 2014, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 74, note M. EGGERMONT, qui impute à faute à un gynécologue et à l'hôpital la perte du dossier médical, ce qui a influé sur la décision de retenir leur responsabilité pour la perte d'une chance d'éviter les conséquences dommageables d'une dystocie des épaules non diagnostiquée ni prévenue, mais sans établir un lien très net entre ces deux fautes distinctes.

charge de la preuve¹⁴². Dans le même sens, on a pu déduire de l'absence d'indications à ce sujet dans le dossier du patient (en l'occurrence la fiche d'anesthésie) que certaines mesures de précaution n'ont pas été prises afin d'identifier et de traiter à temps la survenance d'embolies pulmonaires¹⁴³. Pour s'orienter dans ce sens, il est vraisemblable que le juge exigera, soit qu'il soit établi que les données manquantes *devaient* normalement figurer au dossier, soit que l'absence de certains documents ait au moins potentiellement une incidence sur le litige, par exemple en raison de ce que ces documents eussent été de nature à orienter l'opinion de l'expert judiciaire. Il faut en d'autres termes, et très logiquement, qu'il existe un *lien causal* entre l'absence des pièces et l'impossibilité d'apporter la preuve de ses allégations dans le cadre d'une procédure en responsabilité: s'il advient que, même en présence d'un dossier complet, dans lequel figurerait le rapport ou le protocole dont on stigmatise l'absence, la responsabilité du praticien n'aurait *de toute façon pas été retenue*, aucune indemnisation ne pourra être allouée, faute de lien causal entre ce manquement et le dommage¹⁴⁴.

Absence d'indication au dossier qui ne permet pas de vérifier; responsabilité. En présence de divers facteurs de risque d'une dystocie des épaules chez l'enfant, le médecin doit considérer que le risque de dystocie est réel et alarmant. Dès lors, il lui appartient d'envisager une césarienne plutôt que de prévoir une induction à la 39^e semaine par voie basse. Par ailleurs, étant donné que le mécanisme des lésions du plexus brachial est directement lié aux mouvements de traction ou de rotation excessifs sur la tête fœtale *et que le médecin s'est abstenu d'acter avec précision au dossier médical les manœuvres qu'il a tentées avant d'extraire l'enfant par forceps*, contrairement à ce qu'exigeaient les difficultés rencontrées lors de cet accouchement, *il existe des présomptions sérieuses, précises et concordantes qu'une manœuvre inappropriée soit à l'origine des lésions de l'enfant*¹⁴⁵.

Omission d'une information importante dans le dossier; conséquences. En termes de responsabilité, on peut parfaitement imaginer qu'un patient subisse un dommage découlant de ce qu'une information importante n'apparaît pas, ou pas facilement ou immédiatement, à l'ouverture de son dos-

¹⁴² Tribunal d'Utrecht, 31 mai 2006, cité par V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, pp. 33-34, n° 20: défaut de vidange de la vessie par cathétérisme avant une intervention chirurgicale; le tribunal rappelle qu'en règle, la charge de la preuve repose sur le patient, mais estime qu'en l'espèce « il est justifié de renverser la charge de la preuve sur la base du caractère raisonnable et équitable » en considérant, d'une part, que la patiente n'a pas été en mesure de constater la réalisation de cet acte factuel puisqu'elle était sous anesthésie *et, d'autre part, que les documents produits ne montrent pas qu'un tel acte a été effectué*. Le tribunal juge que, dès le moment où il « est établi pour les parties qu'il s'agit d'un acte essentiel dans une opération telle que celle en cause, il appartient à [l'hôpital] de prouver qu'un cathétérisme vésical a eu lieu [...] immédiatement avant l'opération ».

¹⁴³ Anvers, 22 novembre 1990, *VI. T. Gez.*, 1993, p. 148.

¹⁴⁴ T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », *op. cit.*, pp. 581-582, n° 1168.

¹⁴⁵ Bruxelles, 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.354.

sier. Il pourrait alors subir un dommage déduit de ce qu'*un autre médecin aura prescrit ou administré un traitement sans pouvoir tenir compte de certains antécédents, de certaines caractéristiques ou d'éventuelles contre-indications*. Outre le médecin directement impliqué, l'institution hospitalière pourrait alors elle-même être directement tenue responsable, en raison d'un défaut d'organisation. On évoque à cet égard une allergie dont souffrirait le patient et qui rendrait telle médication contre-indiquée, information certes consignée au dossier mais qui passe inaperçue en raison de la présentation insuffisamment claire de celui-ci. On préconise judicieusement, en doctrine, le recours à cet égard à des *red alerts* consistant en ce que, « lorsque le dossier médical est ouvert, le prestataire de soins reçoit immédiatement une fenêtre contextuelle (*pop-up*) contenant les avertissements les plus importants pour la santé du patient, tels que la notification des allergies dangereuses dont souffre le patient », ou en « un onglet spécifique sous lequel les allergies et/ou d'autres informations importantes sur la santé peuvent être rassemblées, afin que le prestataire de soins sache toujours immédiatement où trouver ces informations »¹⁴⁶. À cet exemple type des allergies, on peut ajouter le contenu des *directives anticipées* que le patient pourrait avoir rédigées et qui devraient, le cas échéant, être reprises dans un « projet de soins personnalisé et anticipé » (*advance care planning*), dont l'importance peut s'avérer cruciale lorsque la fin de vie approche¹⁴⁷.

On trouvera une illustration topique d'un défaut d'indication d'une allergie médicamenteuse du patient, ayant entraîné de lourdes conséquences, dans un jugement encore inédit du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles du 5 novembre 2018. Le protocole préopératoire ne mentionnait pas d'allergie à la pénicilline, alors que celle-ci avait été reprise lors de l'anamnèse infirmière effectuée un mois plus tôt. S'étant vu injecter un antibiotique à base de pénicilline, le patient développa un choc anaphylactique majeur ayant entraîné une défaillance cardiocirculatoire et un œdème du poumon, nécessitant une réanimation et la mise sous assistance extracorporelle. Il n'existait pas, à l'époque des faits (2007), de dossier de patient unique, rassemblant les dossiers médical et infirmier et centralisant toutes les données concernant le patient et, dans l'hôpital en cause, les dossiers infirmiers étaient conservés dans le bureau des infirmières du service d'hospitalisation et ne pouvaient être déplacés. Le tribunal ne retient pas de faute dans le chef des anesthésistes, mais bien dans celui du chirurgien responsable ayant prescrit l'antibiotique : « [A]vant de poser une indication opératoire, le médecin doit procéder à une anamnèse complète et précise, complétée le cas échéant par des examens préalables. [II] ne peut se contenter des informations qui lui sont données par [le patient], profane sur le

¹⁴⁶ A. VIJVERMAN, *Het elektronisch medisch dossier. Praktische en juridische knelpunten. Draaiboek EMED*, *op. cit.*, p. 33 (traduction libre).

¹⁴⁷ Sur ce thème, saluons la parution – et la traduction française – de l'excellent ouvrage synthétique et très complet de notre collègue C. LEMMENS, *Planification anticipée des soins et déclarations relatives à la fin de vie*, Wolters Kluwer, coll. Droit notarial, 2020.

plan médical. Il doit prendre l'initiative d'un interrogatoire explicite et s'informer sur l'historique médical, les affections, opérations et traitements antérieurs du patient.» En l'espèce, «il devait dès lors interroger son patient quant à l'existence d'une éventuelle allergie à la pénicilline et consigner la réponse dans le dossier médical, afin que l'information soit disponible tant en salle d'opération que pour les autres intervenants médicaux. En ne le faisant pas, il ne s'est pas comporté comme un chirurgien normalement compétent et prudent. Sans cette faute, le dommage [...] ne serait pas survenu tel qu'il s'est produit *in concreto*».

Dans cette espèce, le tribunal fut par ailleurs d'avis – et ceci est sans doute plus intéressant pour notre propos – «qu'un hôpital normalement prudent et diligent devait veiller à ce que toutes les informations relatives au patient soient accessibles à l'ensemble des intervenants médicaux», et qu'«en ne regroupant pas les dossiers médicaux et infirmiers – ne fût-ce que de manière informatique –, [l'hôpital] a commis une faute par défaut de prévoyance et de précaution»¹⁴⁸. Mais il retient également, *dans le chef du patient*, une faute sans laquelle son dommage ne se serait pas produit tel qu'il est survenu : «Une allergie rare ou dangereuse et des antécédents spécifiques sont des informations dont le patient sait ou doit savoir qu'elles doivent être communiquées au médecin. Tel était assurément le cas [du patient en l'espèce], qui était soigné depuis plusieurs semaines et à qui la question avait déjà été posée. L'on pourrait juger excusable le fait [qu'il] n'ait pas pensé à signaler son allergie de sa propre initiative ou qu'il ait cru que l'information, déjà transmise auparavant, ne devait pas être répétée. En l'espèce toutefois, la question lui a été posée par le docteur [...] et, de manière incompréhensible, il y a répondu par la négative.» Sur le plan de la contribution à la dette, les responsabilités sont partagées par tiers¹⁴⁹.

Autres aspects. On peut attendre que le dossier médical soit exploité – ou poser qu'il devrait l'être – par le patient lui-même : faisant l'objet d'une prévention pénale, il apprécie librement les données médicales qu'il y a lieu de communiquer à l'appui de sa propre défense (ce qu'il peut être dans son intérêt de faire, avec pour effet qu'il devra subir les conséquences d'un refus). Illustration : un automobiliste soutient devant les juges du fond que l'accident de la circulation qu'il a causé fut provoqué par une crise d'épilepsie qu'il n'avait pu ni prévoir ni conjurer, tout en refusant de permettre à l'expert judiciaire de consulter son dossier médical, alors que celui-ci était nécessaire pour apprécier l'imprévisibilité de la crise dont il était ainsi fait état. Le tribunal correctionnel

¹⁴⁸ Relevant qu'il n'apparaît pas que les infirmières auraient effectué une (nouvelle) anamnèse du patient à son arrivée, la veille de l'intervention, le jugement ajoute que cette abstention est fautive : «Accueillant un patient devant subir une intervention au cours de laquelle il était prévu de lui administrer de l'Augmentin (ce que mentionnait le document de prévision opératoire), une équipe d'infirmières normalement prudente et diligente se serait assurée qu'aucune allergie à la pénicilline n'avait été révélée et, au besoin, aurait veillé à mentionner celle-ci sur le dossier médical, au lit du patient ou [sur] la feuille de liaison.»

¹⁴⁹ Civ. fr. Bruxelles (11^e ch.), 5 novembre 2018, à paraître à la *Revue de droit de la santé*.

en déduit que le prévenu, par son refus, demeure en défaut d'invoquer la force majeure d'une manière qui la rende vraisemblable. Le prévenu se pourvoit, invoquant la violation des articles 8 de la C.E.D.H. et 9 et 10 de la loi relative aux droits du patient. La Cour de cassation rejette ce moyen comme manquant en droit : ces dispositions ne s'opposent pas à ce qu'à l'appui de sa propre défense, le prévenu produise des données relatives à son dossier médical, et la constatation suivant laquelle, ne les produisant pas, il ne fournit pas d'éléments permettant d'asseoir la cause de justification qu'il invoque lui-même, ne constitue pas une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée. En effet, lorsque le prévenu invoque une cause de justification, c'est à lui qu'il appartient de fournir au juge les éléments de nature à rendre son allégation crédible¹⁵⁰.

Conservation du dossier. Au regard de tout ce qui précède, il s'agit d'un enjeu crucial, dont l'importance est souvent soulignée, et la doctrine a longtemps plaidé à cet égard pour l'instauration « d'un texte de loi unique s'appliquant à l'ensemble du secteur des soins de santé » et « qui réglerait la durée de conservation du dossier patient de manière uniforme pour tous les prestataires de soins » en tenant évidemment compte du délai de prescription maximal d'une éventuelle action en responsabilité : ainsi conviendrait-il *a minima* de « conserver le dossier patient au minimum pendant une durée de 20 ans à compter du jour qui suit celui où a été accompli le dernier acte susceptible de provoquer un dommage », en application de l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 3, de l'ancien Code civil, le point de départ devant logiquement être « le jour qui suit le dernier contact avec le patient »¹⁵¹. Avant même la loi relative aux droits du patient, on pointait que, « face à un expert, un médecin doit pouvoir présenter un dossier solide, et l'absence d'un tel dossier, en cas de réclamation tardive, entraîne souvent l'affolement des médecins, incapables de se rappeler la chronologie des faits pour lesquels ils sont accusés plusieurs années après, pour s'être débarrassés trop vite de leurs fichiers ou comptes-rendus »¹⁵². À ceci s'ajoute l'intérêt, parfois majeur, de la recherche scientifique. On déploierait un manque d'uniformité (et de cohérence) : le dossier médical proprement dit « doit être conservé pendant au moins trente ans dans l'hôpital » (article 1^{er}, § 3, A.R. du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical doit répondre), tandis que, pour le dossier infirmier,

¹⁵⁰ Cass., 24 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 539, *Bull. Ass.*, 2010, p. 309, *C.R.A.*, 2010, p. 214.

¹⁵¹ S. BRILLON et S. CALLENS, « La conservation du dossier patient », *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 176, ici p. 179. Ces auteurs précisent qu'il serait « de bon sens d'allonger le délai de conservation de 20 ans susmentionné pour certaines pathologies », par exemple les maladies héréditaires ou chroniques, les dossiers des patients affectés de telles pathologies devant « être conservés aussi longtemps que nécessaire pour le traitement du patient et/ou de parents du patient. Il reviendra alors à chaque médecin de décider si la pathologie dont souffre son patient nécessite ou non une conservation de plus de 20 ans, voire une conservation indéfinie. Par ailleurs, il est primordial de conserver le dossier patient plus longtemps que 20 ans lorsqu'il est utilisé aux fins d'une recherche scientifique ».

¹⁵² S. BRILLON et S. CALLENS, *ibid.*

le délai est de vingt ans (article 1^{er}, § 3, A.R. du 28 décembre 2006 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier infirmier doit répondre). Il n'est en effet guère cohérent que les deux composantes du dossier du patient soient chacune soumise à un délai de conservation différent¹⁵³, ce d'autant plus qu'une recherche a montré que la pratique elle-même paraît accuser de grandes disparités¹⁵⁴.

Le lien entre obligation de conservation du dossier et exercice éventuel d'une action en responsabilité paraît évident : « [U]n délai de conservation de minimum vingt ans s'impose afin de permettre le respect des délais légaux de prescription de la responsabilité civile (extracontractuelle et contractuelle) des praticiens professionnels et des actions en dédommagement susceptibles d'être intentées par des patients. »¹⁵⁵ Depuis longtemps, le Conseil national de l'Ordre des médecins considère également que, « d'une part, la conservation des dossiers médicaux est requise afin de pouvoir disposer de preuves dans l'hypothèse d'actions en justice impliquant le principe de la prescription. [...] D'autre part, il n'y va sur le plan de la déontologie médicale, pas seulement de la responsabilité du médecin en raison d'une éventuelle faute professionnelle mais aussi de l'intérêt de la continuité des soins pour le patient. Même après plus de trente ans, certaines données médicales peuvent avoir de l'importance pour la poursuite d'un traitement »¹⁵⁶. Il signale désormais, dans le commentaire du Code de déontologie, que « le médecin veille à garder les informations qui lui paraissent nécessaires à sa défense en cas de litige », mais également que, « pour la conservation des dossiers et leur transmission, le médecin peut recourir à un professionnel du stockage de données confidentielles » et, s'il « est dans l'incapacité de prendre lui-même les mesures nécessaires à la conservation des dossiers des patients et à leur transmission, il confie les dossiers à un confrère qui s'en charge pour lui »¹⁵⁷. Ce délai trentenaire subsiste, bien que la durée maximale de la prescription d'une action en responsabilité ait été ramenée à vingt ans par la loi du 10 juin 1998, ce qui pourrait sem-

¹⁵³ Également en ce sens, T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, op. cit., pp. 150-152, n^{os} 238-240, et T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », op. cit., pp. 570-571, n^{os} 1142-1144; A. VIJVERMAN, *Het elektronisch medisch dossier. Praktische en juridische knelpunten. Draaiboek EMED*, pp. 90-91.

¹⁵⁴ A. VIJVERMAN, *ibid.*, pp. 89-93 : il apparaît que, dans de nombreuses institutions de soins, les dossiers sont conservés indéfiniment – ce qui, à l'inverse, pourrait poser problème à l'aune du R.G.P.D. et de la législation relative à la protection de la vie privée – mais que, dans d'autres, ils peuvent ne l'être que pendant 5 ans après le dernier contact avec le patient.

¹⁵⁵ S. CALLENS et S. DE WILDE, « L'accès au dossier médical : un nouveau droit », in G. SCHAMPS (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruylant-L.G.D.J., 2008, p. 157, ici p. 160, qui renvoient à S. BRILLON, « Le droit d'accès au dossier patient », op. cit., p. 69, ici p. 101; I. LUTTE, « Le dossier concernant le patient », op. cit., p. 99, ici pp. 114-116.

¹⁵⁶ Avis du 20 avril 1985 relatif à la conservation des dossiers médicaux, <https://ordomedic.be/fr/avis/deontologie/archives-medicales/conservation-des-dossiers-medicaux-cp-anvers>.

¹⁵⁷ *Code de déontologie médicale commenté*, op. cit., p. 110 (et sur <https://ordomedic.be/fr/code-2018/respect/24>).

bler illogique. Bien plus, sur le plan déontologique – et donc disciplinaire –, ce délai s'applique à tout médecin, tant hospitalier que libéral, et son point de départ est de longue date précisé comme étant «le dernier contact avec le patient»¹⁵⁸. Rappelons qu'à l'égard des patients mineurs, le délai de prescription d'une éventuelle action en responsabilité est suspendu durant la minorité (article 2252 du Code civil); il devrait en résulter, ne fût-ce que par prudence, que le délai de conservation du dossier qui les concerne ne doit prendre cours qu'à leur accession à la majorité.

La loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé, d'application générale, confirme désormais tout ceci. Aux termes de son article 35, «le professionnel des soins de santé conserve le dossier du patient pendant minimum 30 ans et maximum 50 ans à compter du dernier contact avec le patient». Il est donc assumé que ce délai ne soit pas (ou plus) aligné sur le délai de prescription d'une éventuelle action en responsabilité. Par une combinaison des dispositions pertinentes de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas ici, il s'agit d'une condition de l'agrément des hôpitaux, autrement dit d'une règle tout à fait contraignante. Un tel délai est certes potentiellement fort long mais, outre que la prudence est souvent bonne conseillère, la conservation du dossier sous une forme électronique (article 34 de ladite loi) supprime les nécessités physiques du stockage, et il en résulte qu'il ne paraît pas particulièrement ardu, en pratique, de respecter ce long délai – tout en étant que cette «externalisation» du stockage des dossiers pose, en soi, d'autres questions¹⁵⁹.

Conclusion

«Le dossier médical – comme tout dossier concernant un patient – est avant toute chose un allié constant dans une démarche médicale de qualité. Nullement soumis aux affres d'une mémoire défaillante, il est, ou tout au moins il devrait être, le témoin de l'histoire de notre santé, de celle de tout patient.»¹⁶⁰

Transparence à l'égard du patient. L'article 4.4 de la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe, adoptée par l'Organisation

¹⁵⁸ Article 24 du Code de déontologie médicale 2018: «Les dossiers des patients doivent être conservés pendant trente ans après le dernier contact avec le patient, de manière sécurisée et en respectant le secret professionnel. Passé ce délai, le médecin peut détruire les dossiers. Lorsque sa pratique cesse, le médecin transmet au médecin désigné par le patient ou au patient tous les renseignements utiles pour garantir la continuité des soins.» Le commentaire précise judicieusement (*op. cit.*, p. 95) que ceci «implique un support et des conditions de conservation qui assurent la pérennité de son contenu et de son accès».

¹⁵⁹ Voy. T. VANSWEEVELT et N. BROECKX, «Het patiëntendossier en de toegang tot en doorstroming van gezondheidsgegevens tussen gezondheidszorgbeoefenaars in het raam van de Kwaliteitswet», *op. cit.*, p. 121, ici pp. 133-136.

¹⁶⁰ I. LUTTE, «L'accès au dossier médical», *op. cit.*, p. 42, ici p. 55.

mondiale de la santé à Amsterdam en mars 1994¹⁶¹, reconnaissait déjà aux patients le droit d'accès à leurs dossiers et données médicales, ainsi qu'à tout autre document relatif au diagnostic, au traitement et aux soins les concernant, de même que celui de recevoir en tout ou partie copie de ce dossier et des données en question. Quant à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, adoptée par le Conseil de l'Europe le 4 avril 1997, elle ne contient aucune prescription spécifique relative au dossier mais son article 10.2 dispose, plus largement, que « toute personne a le droit de connaître toute information recueillie sur sa santé ».

Le R.G.P.D., outil désormais essentiel, garantit à la personne concernée le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès aux dites données ainsi que les informations énumérées à l'article 15, § 1^{er}. Ajoutons qu'en vertu de son article 12, § 1^{er}, le responsable du traitement doit prendre « des mesures appropriées pour fournir toute information visée aux articles 13 et 14 ainsi que pour procéder à toute communication au titre des articles 15 à 22 et de l'article 34 en ce qui concerne le traitement à la personne concernée d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples, en particulier pour toute information destinée spécifiquement à un enfant. Les informations sont fournies par écrit ou par d'autres moyens y compris, lorsque c'est approprié, par voie électronique. Lorsque la personne concernée en fait la demande, les informations peuvent être fournies oralement, à condition que l'identité de la personne concernée soit démontrée par d'autres moyens ».

Importance probatoire. L'intérêt crucial d'une conservation soignée des renseignements médicaux, et de toutes les étapes du parcours de soins du malade, se marque en particulier, sinon essentiellement, sur le terrain *probatoire* : preuve d'une faute dans le cadre des choix thérapeutiques posés, ou de l'exécution même du traitement, mais aussi d'un manquement au devoir d'information préalable à l'obtention du consentement éclairé du patient. Que la charge de cette preuve pèse sur le patient, comme cela est désormais très clairement le cas en Belgique¹⁶², ou que la preuve inverse incombe au médecin comme en France¹⁶³, une chose est sûre : la partie à laquelle la tâche probatoire est imposée devra inévitablement *s'appuyer sur ce que contient, ou ne contient pas, le dossier du patient*. Les règles régissant la tenue et la conservation de celui-ci,

¹⁶¹ https://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf et in M.-L. DELFOSSE et C. BERT, *Bioéthique, droits de l'homme et biodroit. Textes internationaux, régionaux, belges et français*, Codes commentés, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2009, p. 146 (dans sa version originale anglaise).

¹⁶² Cass., 18 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1677, note G. GENICOT et D. PHILIPPE, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 126, note C. LEMMENS.

¹⁶³ Voy. G. GENICOT, « Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins », in S. BOUFFLETTE (dir.), *Les responsabilités professionnelles*, Anthemis-C.L.J.B., 2017, p. 145, ici pp. 178-186 ; G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *op. cit.*, pp. 1678-1692.

de même que l'accès à son contenu, ont donc un impact direct, souvent crucial, sur le sort des actions en responsabilité auxquelles l'échec (partiel) de la relation de soins est susceptible de donner lieu. Il importe à cet égard de mobiliser les outils de raisonnement permettant que la perte du dossier, ou son caractère sommaire ou lacunaire, ne paralyse pas le patient démuné.

L'absence d'un dossier (complet) de patient ne saurait constituer pour ce dernier une aubaine ou une panacée : il serait excessif d'en déduire une présomption de faute (décisionnelle ou technique) dans le chef du praticien, et inférer *en soi* d'une absence de mention au dossier d'un acte ou d'une circonstance que celui-là n'a pas été posé ou que celle-ci n'est pas survenue tient du raccourci rapide et sommaire. Pour autant, il est manifeste que la perte du dossier ou son caractère lacunaire est susceptible, selon les circonstances, de causer, dans le chef du patient qui s'estime victime d'une faute médicale, un dommage constitué par la *perte d'une chance de voir sa prétention aboutir*. En pareil cas, outre un dommage matériel – par hypothèse constitué d'une fraction des dommages et intérêts réclamés, ou plus probablement d'une somme arbitrée *ex aequo et bono* –, un *préjudice moral* devrait pouvoir être retenu : on peut aisément admettre que le patient (ou ses ayants droit) qui se voit confronté à un praticien qui ne prend pas très au sérieux la tenue de son dossier, et qui dès lors éprouve de grandes difficultés à étayer ses affirmations, subit de ce fait une souffrance morale. Les désagréments et le sentiment d'impuissance qui peuvent y être associés ouvrent alors le droit, pour ce patient, à la réparation d'un préjudice moral. Une plainte disciplinaire peut également être déposée contre le professionnel qui ne respecte pas, ou pas totalement, les exigences de la loi en ne tenant pas à jour un dossier (complet) de patient ou en refusant d'en délivrer une copie à qui de droit¹⁶⁴.

On le voit, un dossier de patient soigneusement tenu et complété est un rouage essentiel, un maillon central, de toute relation thérapeutique. Cela est encore plus vrai lorsque celle-ci – par l'effet d'un « risque inhérent » sur lequel les juristes ont à cœur d'éclairer les soignants... – se transforme en une relation juridique, voire judiciaire.

¹⁶⁴ En ce sens, T. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », *op. cit.*, p. 582, n° 1169.