

LA RESPONSABILITÉ MÉDICALE

par R. O. DALCQ

Avocat à la cour d'appel de Bruxelles

1. La responsabilité médicale occupe dans l'ensemble du droit des responsabilités professionnelles, une place particulière, en raison des problèmes difficiles qu'elle suscite.

Il y a plusieurs années déjà, nous soulignons la multiplication des procès en responsabilité médicale (1). Si les procès concernant la responsabilité des médecins deviennent de plus en plus nombreux, les hésitations de la jurisprudence ne sont pas sans créer toutefois un malaise. Ce malaise existe aussi bien chez les médecins qui comprennent mal et qui acceptent difficilement d'être sanctionnés pour ce qu'ils considèrent comme des accidents qui sont la contrepartie des risques qu'ils assument si souvent avec succès dans l'intérêt de leurs malades, que chez les juristes qui représentent des patients pour lesquels le fardeau de la preuve de la faute médicale est souvent un obstacle insurmontable.

Les médecins s'étonnent parfois de l'audace que montrent les juristes en recherchant leur responsabilité et ils leur reprochent un manque de compréhension des difficultés inhérentes à l'exercice de leur admirable profession. En réalité, ce n'est pas d'incompréhension qu'il s'agit; nous pensons que l'opposition trouve plus profondément son origine dans une divergence de conception du rôle du droit et de la médecine. Notre droit de la responsabilité est resté essentiellement individualiste et pour le patient, comme pour le juriste, le problème est de protéger le malade chaque fois qu'il a été victime d'une erreur ou d'une faute qui aurait pu être évitée même si, statistiquement, de tels accidents apparaissent comme inévitables. Le médecin, au contraire, a une tendance de plus en plus fréquente — et on ne peut l'en blâmer — à considérer sa profession dans une perspective sociale où des accidents apparaissent comme la rançon inéluctable d'un progrès certain sur le plan général. Sans doute peut-on admettre que l'assurance de responsabilité renforce l'influence dans ce sens en raison de la mutualité des risques qu'elle implique et qu'elle devrait dès lors réduire cette opposition, mais son jeu normal est souvent limité

(1) Cfr. notre *Examen de jurisprudence*, R.C.J.B., 1968, blz. 220, nr. 28.

par certaines réactions d'amour propre et de susceptibilité qu'aggrave encore le caractère délictuel de la faute reprochée au médecin (1).

2. Nous voudrions dans cette étude traiter certains problèmes particuliers qui nous paraissent les plus importants dans le cadre de l'évolution jurisprudentielle récente du droit de la responsabilité médicale et nous songeons spécialement aux points suivants :

1. Le concours des responsabilités contractuelle et quasi délictuelle en matière de responsabilité médicale ;
2. L'appréciation de la faute du médecin et la distinction entre la faute et le risque ;
3. La condition de nécessité de l'intervention du médecin ;
4. Le consentement du malade et ses rapports avec le secret professionnel du médecin.

Dans un domaine où la littérature est abondante, nous ne voulons pas redire ce qui a déjà été développé, mieux que nous ne pourrions le faire, par des auteurs éminents et nous nous limiterons dès lors à l'examen de l'évolution récente de notre jurisprudence au sujet des problèmes précités.

§ 1. Le concours des responsabilités contractuelle et quasi délictuelle

3. Si depuis l'arrêt de la Cour de cassation de France du 20 mai 1936 (2), la jurisprudence française ne met plus en doute le caractère contractuel de la responsabilité du médecin, la jurisprudence belge est souvent beaucoup moins précise à cet égard bien que, lorsque la question se pose, elle ne mette pas en doute l'existence du contrat portant sur les soins donnés par le médecin à son malade (3).

En fait cependant, le débat se situe le plus souvent devant nos tribunaux sur le plan de la responsabilité quasi-délictuelle et cela s'explique par la circonstance que la faute du médecin est presque toujours constitutive d'infraction en telle sorte, que conformément à notre jurisprudence, l'on admet dans cette hypothèse le cumul des responsabilités quasi délictuelle et contractuelle (4) .

(1) Sur cette question, voy. à paraître, notre *Examen de jurisprudence* dans la *R.C.J.B.*

(2) D. 1936, I, 88 ; S. 1937, I, 321 et note BRETON.

(3) Bruxelles, 31 mars 1960, *Pas.*, 1961, II, 154 ; — Anvers, 18 mai 1962, *R.W.*, 1962-1963, 1103.

(4) Voy. sur cette question, notre *Traité de la responsabilité*, t. Ier, 2e éd. nos 32 et s. et spécialement nos 156 à 160, et n° 164.

Même sur le plan de la prescription, la distinction ne présente pas d'intérêt dans notre droit, où l'on décide que l'action civile née d'une infraction est soumise à la prescription de cinq ans prévue par la loi du 30 mai 1961 (art. 26 du Titre préliminaire du code d'instruction criminelle) dès que le fait qui donne naissance à l'action peut recevoir une qualification pénale, la qualification juridique de la responsabilité qui en découle étant à cet égard sans influence. Il n'en est pas de même en droit français où la possibilité de fonder l'action civile sur les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle suffit pour que la victime puisse échapper à la prescription abrégée de l'action civile née d'un délit (1).

4. La solution du droit belge est rigoureuse à l'égard des victimes et ses conséquences peuvent être tragiques dans l'hypothèse où le mal qui est la conséquence d'une faute commise par le médecin dans un traitement ne se révèle que plusieurs années après le début des soins. Comme le délit de coups et blessures involontaires est un délit instantané, la jurisprudence décide que la prescription commence à courir à partir du moment où le traitement a été entamé même si les effets secondaires et nocifs de celui-ci ne se révèlent pour le patient qu'après l'écoulement du délai de prescription (2). Dans l'espèce ainsi jugée, il s'agissait des conséquences d'un traitement au Dinitrotriphénol ayant entraîné des cataractes plusieurs années plus tard chez différentes patientes du même médecin. Le même problème peut se poser dans le domaine des radiodermites ou encore dans celui des examens pratiqués par les urologues, où ceux-ci constatent actuellement les conséquences néfastes de certains procédés employés il y a quelque trente ans pour effectuer des pyélographies.

Pour remédier à la rigueur de cette solution dans un cas d'espèce, la cour d'appel de Bruxelles a considéré qu'il fallait faire une distinction entre la faute consistant dans le bris d'une aiguille lors d'une injection dans le sympathique lombaire, constitutif du délit de coups et blessures involontaires, et l'omission de signaler au patient l'accident, prolongeant ainsi sa souffrance pendant des années, alors qu'une intervention aurait pu être tentée pour y mettre fin, cette circonstance ne rentrant plus dans les prévisions des articles 418 et 420 du Code pénal (3). La distinction paraît subtile entre la faute délictuelle qui

(1) Voy. sur cette question MAZEAUD et TUNC, t. III, n° 2125 et s.

(2) Voy. dans ce sens Bruxelles, 21 février 1964, *J.T.*, 1965, 313 et Cass., 14 juin 1965, *Pas.*, 1965, I, 1115).

(3) Bruxelles, 7 juin 1967, *inédit.*

cause une blessure et l'omission qui prolonge les souffrances causées par cette blessure, mais qui ne cause pas effectivement une lésion nouvelle. Elle a été admise par la Cour de cassation (1). Elle nous paraît cependant très artificielle et peut-être dangereuse si l'on voulait transposer cette solution sur d'autres plans. Ne pourrait-elle en effet conduire à considérer que toute omission dans les soins qu'impose l'état d'un malade ou d'un blessé n'est pas la cause de l'aggravation de cet état. Ne doit-on pas considérer au contraire qu'en ne prenant pas les précautions qui s'imposent pour supprimer une cause de douleur, le médecin commet effectivement le délit de coups et blessures involontaires comme il le commet en causant la lésion (2).

Si nous regrettons dès lors sur un plan social la solution admise par l'arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1965, il nous paraît que la seule manière d'y remédier est une intervention du législateur qui préciserait que même lorsqu'il s'agit des conséquences d'un délit instantané, la prescription ne peut commencer à courir sur le plan civil avant que la victime du délit ait pu réaliser qu'elle subissait un dommage.

5. Si la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité quasi délictuelle, ne permet donc pas d'améliorer, en Belgique, la situation de la victime dont l'action est frappée de la prescription, elle peut, par contre, avoir une incidence sur la possibilité pour le patient dont l'action quasi délictuelle fondée sur une faute serait prescrite, d'invoquer contre le médecin la responsabilité du fait des choses en sa qualité de gardien d'un appareil. C'est dans le domaine des applications thérapeutiques des rayons X que cette hypothèse peut se réaliser. Il est malheureusement arrivé à plusieurs reprises que des radiodermites tardives, consécutives à des traitements aux rayons X, puissent être attribuées non pas à une faute du médecin, mais à un vice de l'appareil dont il se servait. Dans ce cas, l'action ne se fonde plus sur une infraction pénale et peut-on encore défendre alors la thèse du concours des responsabilités quasi délictuelle et contractuelle? Si l'on admet que l'existence d'un contrat de soins exclut, sauf le cas d'infraction pénale, l'application entre les parties des règles de la responsabilité quasi délictuelle (3), l'on devra décider que le

(1) Cass., 23 avril 1969, *J.T.*, 1969, 385; — Sur un accident survenu dans des circonstances comparables; voyez en France : 1^{er} Ch. Civ. Cass., 14 février 1973, *Gaz. Pal.*, 11 mai 1973 et note DOLL; Commentaires M. Durry, *R.T.D.C.*, 1973, p. 579.

(2) Voy. à ce sujet nos commentaires dans notre *Examen de jurisprudence* à paraître dans *R.C.J.B.*

(3) Cfr. notre *Traité de la responsabilité civile*, t. I^{er}, 2^e éd., n^o 176 et s. et n^o 1031.

malade ne peut invoquer à l'égard de son médecin la présomption résultant de l'article 1384, al. 1^{er} C.Civ. Il faut cependant reconnaître que telle n'est pas la solution adoptée dans les rares décisions de jurisprudence à ce sujet (1). Plus récemment, le tribunal de Namur a eu à réexaminer le problème dans un jugement également inédit du 4 janvier 1971 (2) et a également admis l'action fondée sur l'article 1384, par. 1^{er} C.Civ., en justifiant cette solution par référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1930 (3) en faveur du cumul des responsabilités.

En fait, nous pensons que dans le cas d'espèce, une autre justification aurait pu être donnée à cette solution : il s'agissait d'une espèce où le vice de la chose était lui-même imputable à une négligence du médecin, en telle sorte que l'action aurait parfaitement pu être fondée sur l'article 1382 C.Civ. si elle n'avait pas été prescrite à cet égard ; si la prescription empêchait l'action quasi délictuelle d'être encore exercée sur base de l'article 1382, il nous paraît qu'elle ne devait par contre pas empêcher que l'on admette effectivement dans ce cas le concours des deux responsabilités.

Cette jurisprudence n'est cependant pas unanime : le tribunal civil de Louvain, dans une décision du 6 juin 1973 (4), décide que l'application de l'article 1384, al. 1^{er} doit être absolument écartée entre contractants. Le principe est ainsi proclamé d'une manière formelle dans cette décision. On peut cependant se demander si ce n'est pas de manière superflue parce qu'il s'agissait en l'espèce du dommage causé par le bris d'une aiguille et qu'il ne paraît pas qu'il existait une possibilité de prouver l'existence d'un vice de l'aiguille.

§ 2. Faute et risque

6. Nous croyons que le meilleur guide pour apprécier la responsabilité du médecin reste la formule employée par la Cour de cassation de France dans son arrêt du 20 mai 1936 : „Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner

(1) Cfr. Bruxelles, 3 mars 1948, *inédit*; — Trib. Anvers, 27 juin 1958, *inédit* — voy. également RYCKMANS et ZWICKS, *Les droits et obligations des médecins*, n° 543.

(2) Cette décision est frappée d'appel mais la Cour n'a pas encore statué, une expertise étant en cours.

(3) *Pas.*, 1930, I, 115.

(4) *R.G.A.R.*, 1973, n° 9101.

des soins non pas quelconques... mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science" (1).

Si la jurisprudence suit en général cet enseignement lorsqu'il s'agit d'apprécier des fautes commises dans l'exécution du traitement ou au cours d'une intervention chirurgicale, en considérant que le médecin répond de tout manquement aux règles de la science médicale que n'aurait pas commis un médecin normalement avisé et diligent placé dans les mêmes circonstances (2), elle paraît plus hésitante lorsqu'il s'agit d'apprécier l'erreur de diagnostic du médecin et le choix du traitement. Ainsi sur cette question, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé que la responsabilité du médecin n'est engagée à propos du choix du traitement que si, eu égard à l'état de la science ou aux règles consacrées de la pratique médicale, le médecin commet une faute caractérisée révélant une méconnaissance certaine de ses devoirs (3). Le choix du traitement incombe évidemment au médecin mais on ne peut en déduire que ce choix échappe pour autant de manière complète au contrôle des tribunaux. La motivation adoptée par la Cour d'appel de Bruxelles nous paraît trop restrictive à cet égard et il nous semblerait plus exact de considérer que le choix du traitement peut engager la responsabilité du médecin, comme la faute dans l'exécution du traitement, chaque fois que ce choix n'aurait pas été celui d'un médecin normalement diligent et prudent (4).

L'erreur de diagnostic comme l'insuffisance de précautions ou d'examen pour établir un diagnostic exact, sont susceptibles d'engager la responsabilité du médecin sur base du même critère (5).

(1) *D.*, 1936, I, 88; *S.*, 1937, I, 321 et note BRETON; — voy. dans le même sens *Civ.*, 14 mars 1967, *G.P.*, 1967, II, 107; — obs. Dury, *R.T.D.C.*, 1968, 161, n° 14; — cfr Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.*, 1966, II, 13.

(2) *Corr. Liège*, 2 mars 1965, *J.T.*, 1965, 624; — Liège, 14 octobre 1966, *J. Liège*, 1966-1967, 300.

(3) Bruxelles, 21 juin 1967, *J.T.*, 1968, 27; *Pas.*, 1969, II, 42.

(4) Comparez cependant, exigeant aussi une erreur impardnable : *Civ. Hasselt*, 10 novembre 1969, *J. Liège*, 1969-1970, 135.

(5) Cfr. Gand, 13 novembre 1969, *R.W.* 1969-1970, 680; *R.G.A.R.*, 1970, n° 8361; — voy. pour le devoir d'un médecin à l'égard d'un ivrogne emprisonné dans un état comateux : *Civ. Courtrai*, 1 août 1966, *R.W.*, 1968-1969, 317 et Gand, 11 juin 1968, *R.W.*, 1968-1969, 314; — voy. pour la poursuite d'un traitement homéopathique à l'égard d'une patiente épileptique : Gand, 30 juin 1970, *R.W.*, 1970-1971, 369; — pour une réaction imprévisible à un produit ordinairement inoffensif : *Cass. fr.*, 25 mai 1971, *G.P.*, 3 novembre 1971; pour l'existence d'une faute opératoire : Bruxelles, 6 juin 1972, *Pas.*, 1972, II, 161; pour la délivrance à la légère d'un certificat ayant permis l'internement d'une personne : *Civ. Malines*, 26 juin 1969, *R.W.*, 1971-1972, 197; Bruxelles, 24 février 1971, *R.W.*, 1971-1972, 194.

7. Si les principes en matière d'appréciation de la faute du médecin sont relativement clairs, il faut cependant ajouter que la situation du patient qui doit rapporter la preuve de cette faute peut être difficile. Il est rare en effet que le juge puisse constater l'existence de la faute commise par un médecin sans recourir à l'avis des experts et tous les praticiens qui ont à traiter ces problèmes savent combien il est difficile d'obtenir de la part des experts médecins l'avis qu'une faute a été commise, lorsque cette faute se situe sur un plan simplement technique, sans porter atteinte à la considération de celui qui l'aurait commise. Non seulement, les règles de la confraternité médicale peuvent exercer ici leur influence (1), mais il y a aussi le sentiment que la profession médicale doit être protégée contre un abus d'actions en dommages et intérêts et que certaines erreurs d'appréciation sont le lot inévitable des risques que les médecins doivent prendre dans de nombreux cas pour soigner leurs malades.

La tendance est fréquente en effet chez les médecins d'assimiler la faute au risque, alors qu'il nous paraît que la distinction doit être clairement posée.

8. Ce n'est pas en effet parce que le risque d'un certain nombre d'erreurs existe statistiquement, que l'on peut en déduire que l'accident qui se produit est un risque inévitable qui ne doit pas engager la responsabilité de son auteur. Transposons le raisonnement sur le plan de la responsabilité en matière d'accidents de la circulation et l'on imagine immédiatement les solutions absurdes auxquelles un tel raisonnement conduirait.

Mais ce qui est vrai, c'est que tout accident n'engage pas *ipso facto* la responsabilité du médecin. Il y a des accidents opératoires ou des réactions imprévisibles au cours d'un traitement qui se produisent en dehors de toute faute du médecin et c'est seulement dans cette hypothèse que l'on peut parler de risque. Si au contraire, une faute existe, que n'aurait pas commise un médecin normalement prudent et avisé, la responsabilité doit en découler.

9. Mais les médecins ont raison par contre de réagir contre une appréciation trop générale de leur comportement. Certains traitements, certaines interventions exposent le patient à plus de risques que d'autres, mais ces risques doivent être assumés dans l'intérêt

(1) Voy. à cet égard la sévérité avec laquelle MAZEAUD et TUNC s'expriment au sujet des expertises médicales en France : *Traité de la responsabilité civile*, t. I^e, Ve éd. n° 510, p. 580.

du malade; il ne peut être question de faute dans cette hypothèse. Il est évident que le médecin qui ose entreprendre une thérapeutique de pointe ou une intervention particulièrement difficile est plus exposé sur le plan de la responsabilité que celui qui fera preuve de moins d'audace. Ce n'est évidemment pas parce qu'il a tenté l'impossible pour sauver son malade, que le premier commet une faute dès lors que les circonstances justifient cette attitude, parce que c'était la seule chance d'améliorer l'état du malade et qu'il en a informé son patient (1). L'application du critère du médecin normalement diligent et avisé permet assurément d'apprécier la difficulté de telle ou telle intervention pour déterminer en cas d'accident s'il y a eu faute ou non.

10. Mais faut-il aller plus loin? Reprenant les idées défendues dans le domaine de la circulation automobile, certains demandent s'il ne faudrait pas substituer ici à la responsabilité à base de faute une responsabilité objective permettant l'indemnisation de tous les accidents indépendamment de toute faute. Il en a déjà été question (2), mais si une telle possibilité semble pouvoir être envisagée statistiquement pour certains risques, il nous paraît difficile de la généraliser autrement qu'en considérant que le médecin cesse entièrement d'être responsable et que tous les accidents qui surviendraient au cours d'un traitement ou d'une intervention relèveraient de la sécurité sociale. Nous ne croyons pas cependant que la solution serait heureuse. La responsabilité du médecin, comme celle de tout titulaire d'une profession libérale, n'est-elle pas la contrepartie de son indépendance, en même temps que le frein nécessaire pour les abus auxquels cette indépendance pourrait le conduire?

§ 3. Nécessité de l'intervention du médecin

11. Il est rare que nos tribunaux aient encore à se pencher sur le problème du caractère nécessaire de l'intervention du médecin, particulièrement depuis que les conceptions se sont élargies dans le domaine de la chirurgie esthétique (3). On doit cependant souligner à cet égard l'importance doctrinale du jugement rendu le 27 septembre 1969 par le tribunal correctionnel de Bruxelles (4).

(1) Cfr. *infra*.

(2) Cfr. Congrès de droit médical, Gand 1973; Rapport de Monsieur CAZAC, *Recherche d'une solution pour „l'assurance de la responsabilité médicale sans faute*.

(3) Sur cette question, voy. mon *Traité de la responsabilité civile*, t. I^{er}, 2^e éd. n° 1066.

(4) *J.T.*, 1969, 635.

S'agissant de savoir si l'intervention pratiquée sur un transexuel était ou non constitutive du délit de coups et blessures volontaires, le tribunal recherche quel est le fondement de l'immunité pénale dont le médecin bénéficie puisqu'il est évident qu'en pratiquant son art, il porte volontairement des coups et blessures à son patient, sans que l'on puisse cependant concevoir que sa responsabilité soit engagée de ce chef.

En fait, la Cour de cassation avait déjà eu à se pencher sur ce problème mais dans une espèce civile. Elle avait décidé „que l'atteinte à l'intégrité d'une personne ne saurait être considérée comme illicite lorsque, comme dans l'espèce, il est constant qu'elle est la conséquence d'une activité qui s'imposait à son auteur et dont l'exercice ne décèle aucune faute dans le chef de celui-ci" (1). Annotant cette décision, le professeur Savatier l'interprétait comme une application par la Cour de cassation de l'état de nécessité. Il écrivait en effet : „Pourquoi donner au médecin cette mission et ce privilège? Parce qu'ils correspondent à un état de nécessité. Il faut bien, lorsque la nécessité l'exige, sacrifier partiellement l'intégrité du corps humain, au salut même de ce corps, ou à la sauvegarde d'une partie plus essentielle de celui-ci. L'état de nécessité consiste précisément à justifier un mal qui n'a pour objet que d'éviter un mal plus grand”.

12. Cette explication est repoussée par contre par le tribunal correctionnel de Bruxelles lorsqu'il recherche le fondement de l'immunité pénale du médecin; il s'exprime à cet égard dans les termes suivants : „Attendu que l'état de nécessité n'est pas prévu comme tel par la loi; que la jurisprudence lui a donné force justificative, soit en l'assimilant à la notion légale de force majeure, et en lui donnant comme fondement l'article 71 du Code pénal, soit en constatant l'absence de dol;

„Attendu que cette cause de justification telle qu'elle a été définie par la jurisprudence suppose, comme la contrainte morale ou la force majeure, un état de danger grave et imminent;

„Que s'il ne faut pas attendre que le dommage soit accompli, la crainte d'un dommage plus ou moins éloigné quoique certain n'autoriserait pas le sacrifice du droit d'autrui;

„Attendu toutefois que s'il fallait fonder l'immunité médicale sur cette théorie, de nombreuses interventions chirurgicales risqueraient d'entraîner des sanctions pénales pour ceux qui les pratiquent”.

(1) *J.T.*, 1949, 84, note SAVATIER.

Reprenant par contre l'opinion exprimée par le Procureur général Tahon (1), le tribunal correctionnel de Bruxelles considère que la justification de l'immunité du médecin se trouve dans la permission de la loi" : „Que dès lors le médecin, en pratiquant son art de la manière dont le législateur l'a réglementé, autorisé ou imposé, bénéficie d'une cause légale de justification l'immunisant de toute poursuite". En d'autres mots, l'organisation légale de la profession médicale implique la permission de la loi pour les coups et blessures volontaires que le chirurgien porte à son malade.

13. Mais la permission de la loi ne donne pas au médecin une immunité absolue; il est possible qu'il commette une faute en abusant de cette autorisation et il en sera ainsi notamment dans les cas suivants que relève le tribunal correctionnel de Bruxelles : — si le médecin n'a pas agi dans un but curatif; — si le patient n'a pas donné un consentement libre et éclairé; — si l'acte médical ne présente pas un caractère de nécessité suffisante; — si le médecin a commis une faute. On pourrait peut-être critiquer l'énumération ainsi donnée par ce jugement : en effet, il nous paraît que le but curatif et la nécessité suffisante ne constituent qu'un seul et même critère, la nécessité de l'intervention ne pouvant se justifier que par son but curatif. Nous pensons aussi que le problème du consentement du malade est une question distincte de celui de la nécessité de l'intervention du médecin. Même si le malade n'a pas consenti à une intervention, celle-ci pouvait encore être nécessaire et la justification dans ce cas, sur le plan civil, d'une condamnation du médecin sera différente (2). Par contre, il est vrai que sur le plan pénal, l'absence de consentement peut justifier une condamnation du médecin pour coups et blessures volontaires. Quant au critère de la nécessité, la décision dont nous parlons montre que l'appréciation à cet égard peut varier selon les données de la science et les progrès de celle-ci. Dans le cas d'espèce, rappelons que le tribunal de Bruxelles a décidé qu'en présence des avis divergents où il se trouvait quant à l'existence et à la nature de l'affection dont la victime aurait été atteinte, il ne lui était pas possible de considérer que l'intervention pratiquée n'avait pas un caractère nécessaire.

14. Une dernière remarque peut être faite en ce qui concerne le caractère nécessaire de l'intervention du médecin : dans la perspective

(1) Mercuriale 15 septembre 1951, *J.T.*, 1951, 493

(2) Cfr. *infra*.

des projets de réforme au sujet de la répression de l'avortement n'est ce pas un élément qui devrait être pris en considération et certains des projets tendant à la libéralisation complète de l'avortement ne devraient-ils pas tenir compte des conséquences qu'une telle solution pourrait avoir sur le plan du caractère nécessaire de l'intervention du médecin ?

§ 4. Le consentement du malade

15. Il est assez curieux de constater que le problème de la nature et de la portée du consentement que le malade doit donner à l'intervention du médecin a été beaucoup moins débattu dans la jurisprudence belge que dans la jurisprudence française. Et pourtant, compte tenu de la pratique suivie par les médecins, on pourrait imaginer que les cas seraient nombreux où un malade invoquerait qu'il n'a pas donné son consentement libre et éclairé à l'intervention du médecin. La question ne présente cependant d'intérêt que si elle se pose à l'état pur c'est-à-dire dans l'hypothèse où aucune faute dans l'exécution des soins ne peut être reprochée au médecin, le dommage causé par une telle faute étant indépendant du fait que le malade a ou non consenti aux soins. Il faut aussi que l'intervention ait été nécessaire parce que le dommage qui résulterait d'une intervention pratiquée sans nécessité serait avant tout la conséquence de la faute commise par le médecin en intervenant dans ces conditions.

Nous croyons dès lors qu'ou bien, le dommage résulte d'une faute commise par le médecin, défaut de nécessité de l'intervention ou faute dans les soins, et l'absence de consentement est alors sans relation avec ce dommage qui a une autre cause. Ou bien aucune faute n'a été commise par le médecin et le dommage est alors causé par un cas fortuit et nous ne voyons pas comment le défaut de consentement de la victime pourrait en être considéré comme la cause. Nous persistons donc à croire contrairement à la majorité des auteurs français, que le problème du consentement n'est pas à proprement parler un problème de responsabilité découlant de la faute, mais bien un problème de détermination de l'étendue du contrat médical et de la prise en charge des risques découlant de l'intervention du médecin (1).

(1) Voy. sur cette question notre *Traité de la responsabilité*, t. I^{er}, n^{os} 1971 et s.; — comparez pour les auteurs français, LALOU, n^{os} 343, 772 à 776; MAZEAUD, t. II, n^o 1486 et s.; — note SAVATIER sous Cass., 8 novembre 1955, *D.*, 1956, *J.* 3; note SAVATIER sous Angers, 4 mars 1947, *D.*, 1948, *J.* 298.

16. Sans reprendre l'ensemble du débat que nous avons déjà abordé à d'autres reprises (1) nous voudrions attirer l'attention sur trois décisions rendues au sujet de cette question dans une même espèce. La première, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 juin 1967 a été publiée (2) tandis que les deux autres, un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 novembre 1971 et un arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 1973 sont encore inédites.

Il s'agissait dans le cas d'espèce d'une malade qui avait subi une alcoolisation du ganglion de Gasser pour soigner la névralgie du trijumeau dont elle souffrait; il en était résulté des conséquences graves entraînant une incapacité permanente de 45 %, causée notamment par une paralysie de la face. Elle reprochait à son médecin de ne pas l'avoir éclairée sur les conséquences possibles de l'intervention qu'il lui avait conseillée.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles fixe la règle d'une manière qui nous paraît tout à fait correcte lorsqu'il décide : „Qu'à peine de devoir supporter les risques de l'intervention, le médecin est tenu, avant de procéder à une intervention comportant des dangers sérieux, d'obtenir au préalable l'assentiment du malade et que, pour être valable, ce consentement doit être libre et éclairé". Le principe ainsi fixé, la Cour en précise également l'application en indiquant les limites à partir desquelles on doit considérer que le consentement est „libre et éclairé" : „Qu'il ne saurait être question d'imposer au praticien l'obligation de faire apparaître à son client toutes les conséquences défavorables possibles de l'intervention, même les plus rares et les plus hypothétiques, au risque d'effrayer le patient et de le voir refuser à son plus grand dommage, une intervention qui s'avérerait nécessaire".

Dans le cas d'espèce, la Cour d'appel de Bruxelles estime que les séquelles qui se sont réalisées étaient suffisamment exceptionnelles et imprévisibles pour que le médecin ne doive pas en informer particulièrement sa patiente; d'autre part, comme la malade avait été envoyée chez le médecin spécialiste par son médecin traitant, la Cour estime que le médecin spécialiste pouvait considérer que le médecin traitant avait suffisamment renseigné la patiente quant aux différentes méthodes de traitement qui pouvaient être envisagées.

(1) Voy. les références citées ci-dessus dans notre *Traité*; — voy. également notre étude dans *Medische aansprakelijkheid in ziekenhuisverband, Acta hospitalia*, 1972, blz. 110.

(2) *J.T.*, 1968, 27.

17. En ce qui concerne l'étendue des informations que le médecin doit donner à son malade, la Cour d'appel avait à résoudre un problème d'un intérêt particulier qui ne semble pas avoir été tranché dans la jurisprudence française jusqu'à présent : un certain nombre de risques de l'intervention étaient prévisibles tandis que le risque qui s'était réalisé dans le cas d'espèce pouvait être considéré comme ayant un caractère exceptionnel. Le médecin n'avait informé sa malade ni des uns, ni de l'autre. La Cour considère que dès lors que le risque qui s'est réalisé a un caractère exceptionnel, peu importe que le médecin n'ait pas informé sa patiente des risques qui avaient un caractère plus courant. Cela nous paraît une opinion critiquable : l'absence d'information au sujet des risques courants empêchait le contrat médical de se former valablement au sujet de la prise en charge des risques de l'intervention. Dès lors, on ne pouvait pas supposer, même implicitement, que la malade avait également accepté de prendre en charge les risques exceptionnels de cette intervention.

La solution adoptée par cet arrêt est d'autre part étonnante en ce qui concerne la dispense pour le médecin spécialiste de veiller personnellement à l'information de son malade, dès lors que celui-ci a été envoyé par un médecin généraliste, parce qu'il pouvait supposer que ce dernier avait veillé à donner à la malade les éclaircissements utiles.

Le contrat médical est évidemment un contrat *intuitu personae* reposant sur la confiance du malade dans le médecin. Il nous paraît inconvenable qu'on puisse admettre qu'un malade puisse se soumettre en pleine lucidité à l'intervention d'un chirurgien si corrélativement, ce chirurgien n'a pas personnellement éclairé le malade dont il réclame le consentement. Comment en effet le médecin peut-il savoir si le consentement a été valablement éclairé alors qu'il n'aurait pas lui-même veillé à ce qu'il en soit ainsi ? Comment peut-il savoir si en réalité le malade qui vient chez lui n'est pas complètement trompé s'il ne recueille pas lui-même le consentement de son patient ? Il nous paraît que le médecin qui pratique une intervention a donc personnellement l'obligation de recueillir le consentement du malade et qu'il ne peut s'en remettre à ce sujet à ce qu'aurait fait ou dit un autre médecin non spécialisé dans ce domaine.

18. La Cour d'appel de Liège a eu à connaître de la même affaire après une première cassation pour défaut de réponse aux conclusions (1).

(1) Cass., 23 avril 1969.

Puisque cette décision est encore inédite, qu'il nous soit permis d'en citer les passages essentiels : „Attendu qu'en dehors de cas exceptionnels, tels le cas d'urgence, le médecin qui estime devoir appliquer une thérapeutique comportant des dangers sérieux ne peut y procéder qu'après avoir reçu de son patient un consentement libre et éclairé ; que le patient a, en effet, le droit de se soumettre à un traitement dangereux ou de le refuser, droit qu'il ne peut exercer que s'il est éclairé sur les conséquences de l'intervention qui lui est conseillée ;

„Attendu que le consentement éclairé du patient n'implique pas toutefois la révélation complète du cas et une explication détaillée des dangers que comporte l'intervention préconisée notamment les dangers les plus rares et les plus hypothétiques, pareille révélation pouvant être, d'ailleurs, de nature à compromettre le moral du malade et à l'amener à renoncer sans motif proportionné à une intervention utile à sa santé ;

„Que le praticien est tenu de faire connaître à son patient les dangers prévisibles et normaux de l'intervention envisagée ;

„Que par contre, il n'a pas à lui révéler les dangers exceptionnels, c'est-à-dire ceux qui se réalisent rarement et qui sortent de l'ordinaire ;

„Attendu qu'au surplus, ayant la préoccupation de réaliser les conditions les meilleures pour la santé de son patient, le médecin devra, quant aux dangers prévisibles et normaux, formuler un avertissement tel que le patient ne puisse en éprouver une appréhension funeste et devra d'autre part, mettre en parallèle les dangers réels à assumer et l'utilité de son intervention”.

19. Aucune décision belge n'avait formulé jusqu'à présent en termes aussi clairs et précis la nécessité pour le médecin de recueillir le consentement libre et éclairé de son malade en précisant en termes qu'on ne peut qu'approuver l'étendue de l'avertissement qui doit être donné au malade.

L'arrêt recherche ensuite quels sont les risques que présentait l'intervention qui était conseillée à la malade pour déterminer parmi ces risques ceux qui avaient un caractère prévisible et dont la malade aurait dû être informée et ceux qui au contraire présentaient un caractère exceptionnel. L'arrêt ajoute ensuite :

„Attendu qu'il faut considérer comme acquis que l'intimée n'a pas averti l'appelante du danger normal et fréquent de kératite, danger qui s'est réalisé ; (en même temps que s'étaient réalisés des risques beaucoup plus exceptionnels) ;

„Attendu que dans les circonstances de la cause, cette abstention, en soi très regrettable, ne peut avoir pour effet de mettre à sa charge ce risque particulier de l'intervention et moins encore ceux dont il a été traité plus avant;

„Attendu en effet qu'en raison d'une part des vives douleurs qu'éprouvait la patiente, douleurs restées rebelles malgré les injections de Benerva et qui justifiaient sans aucun délai une intervention radicale et d'autre part, de l'appréhension éprouvée aussi par ladite patiente, qui se refusait à l'intervention sanglante, l'intimé a pu légitimement penser que le moral de sa patiente risquait d'être profondément atteint s'il lui expliquait la nature même de l'opération qu'il allait pratiquer et la séquelle - kératite - qui allait vraisemblablement s'ensuivre, à titre temporaire il est vrai; que cette révélation risquait d'entraîner dans le chef de la patiente, soit un refus hautement préjudiciable, soit une tension nerveuse particulièrement dangereuse pour le cours même de l'opération;

„Attendu qu'ayant ainsi mis en parallèle d'un côté les souffrances auxquelles il fallait mettre fin sans retard, d'autre part le danger d'une kératite temporaire et sans douleur, l'intimé a pu, sans commettre une faute, procéder à l'alcoolisation avec l'accord de sa patiente sans l'avoir mieux éclairée sur les dangers inhérents à l'opération”.

Il nous paraît que cette motivation ruine complètement les principes formulés par l'arrêt que nous avons cités plus haut. En effet, si l'on admet que dans tous les cas, le médecin peut librement juger que l'intérêt du malade est de ne pas l'avertir de l'intervention, pour ne pas provoquer soit un refus de la part du malade, soit une tension nerveuse, n'est-ce pas mettre complètement à néant l'obligation pour le médecin de recueillir le consentement libre et éclairé de son malade? Si l'on suit la thèse adoptée par l'arrêt, il faudrait en effet considérer que c'est le médecin qui est seul juge des informations qu'il doit donner à son malade et qu'il est libre d'apprécier qu'il vaut mieux n'en donner aucune alors que c'est évidemment le malade qui peut seul décider, après avoir été éclairé par les médecins, s'il accepte ou non de se soumettre à l'intervention. Comment peut-on concilier cette motivation avec l'affirmation de la Cour que le patient „a le droit de se soumettre à un traitement dangereux ou *de le refuser*, droit qu'il ne peut exercer que s'il est éclairé sur les conséquences de l'intervention qui lui est conseillée”.

20. Ces motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège justifient une seconde critique dans la mesure où la Cour décide qu'en agissant

sans avoir informé sa malade, le médecin a pu, *sans commettre une faute*, procéder à l'intervention. Ce n'est donc plus sur le terrain de la prise en charge des risques, indépendante de toute faute que la Cour d'appel de Liège se place, mais sur celui d'une faute dans l'exécution du contrat, que le médecin commettrait éventuellement en pratiquant l'intervention sans avoir recueilli le consentement éclairé du malade. C'est l'explication qui a souvent été adoptée par la jurisprudence française. Elle nous paraît cependant inexacte parce qu'elle conduit nécessairement à une impasse sur le plan de la causalité. Comment en effet peut-on affirmer que la faute que le médecin aurait commise en pratiquant une intervention sans avoir recueilli le consentement de son malade serait la cause des risques qui se seraient réalisés pendant l'intervention sans devoir supposer, ce qui ne trouve généralement aucun appui dans les faits, que s'il avait été complètement informé, le malade aurait nécessairement refusé de se soumettre à l'intervention ?

21. Un pourvoi a été dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 24 novembre 1971 ; il a été rejeté par l'arrêt de la cour de cassation du 4 octobre 1973. La motivation de l'arrêt est décevante en ce que la Cour de cassation ne prend pas position d'une manière expresse sur la portée du consentement. Après avoir reproduit les motifs essentiels de l'arrêt entrepris, la Cour de cassation exprime sa pensée dans les termes suivants : „Attendu qu'appliquant aux faits le principe dont il a *légalement* précisé la portée, l'arrêt décide, sans se contredire, qu'en égard aux circonstances qu'il relève souverainement en fait, le défendeur avait obtenu l'accord de la demanderesse pour procéder à l'intervention, après lui avoir donné une information suffisante compte tenu de son état physique et moral”.

Ce motif de l'arrêt de la Cour de cassation présente à la fois un aspect positif et un aspect négatif : Un aspect positif dans la mesure où il déclare que l'arrêt de la Cour d'appel de Liège a „légalement précisé la „portée du principe”. C'est évidemment consacrer l'exactitude des principes énoncés dans la première partie de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège. Un aspect négatif dans la mesure où la Cour de cassation admet au moins implicitement la motivation du juge du fond lorsqu'il décide que le médecin peut considérer qu'en raison de l'état physique et moral du patient, il est préférable de ne pas lui révéler les risques de l'intervention. Un second moyen de cassation concernait plus particulièrement la question de la portée de l'absence de consentement en indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un problème de responsabilité, mais de prise en charge des risques de l'inter-

vention. Malheureusement, la Cour de cassation n'examine pas le moyen. Elle rejette celui-ci „en constatant en fait... que dans les circonstances de la cause, le défendeur avait pu procéder à l'alcoolisation du ganglion „avec l'accord de sa patiente" sans avoir à éclairer celle-ci spécialement quant au risque normal et prévisible d'une kératite temporaire et sans douleur", ce qui justifie légalement le dispositif de l'arrêt entrepris tant en ce qui concerne la conclusion du contrat médical qu'au point de vue de la responsabilité aquilienne". Mais ici aussi en tout cas se dégage l'impression que la Cour de cassation accepte la motivation donnée par la Cour d'appel de Liège et nous pensons qu'il faut craindre dès lors que notre jurisprudence ne donne pas au problème de la nécessité de recueillir le consentement libre et éclairé du malade, sa véritable portée.

22. Nous croyons en effet que le fond du problème est celui de la nature des relations entre le malade et son médecin. Ces relations doivent se situer, nous l'avons dit, dans un climat de confiance, et nous pensons qu'un tel climat ne peut exister que dans la mesure où la relation est une relation vraie, sincère.

Si le médecin doit avant d'intervenir, recueillir le consentement libre et éclairé de son malade, il doit nécessairement dire à son malade la vérité, parce qu'autrement, le consentement du malade ne pourra jamais être „libre". Sans doute, acceptons-nous volontiers que cette vérité puisse être une vérité traduite en termes accessibles pour le malade, une vérité qui touche à l'essentiel sans devoir entrer dans les détails mais cependant une vérité qui informe le malade sur la plus ou moins grande gravité de son état et sur les risques plus ou moins étendus auxquels l'expose l'intervention qui lui est conseillée. Cette exigence fondamentale s'impose nécessairement s'il est vrai, comme le déclare la Cour d'appel de Liège, que le patient a le droit de refuser de se soumettre à un traitement dangereux. Ce droit, ce n'est pas le médecin qui peut l'exercer à sa place, sauf circonstances exceptionnelles tel le cas où le malade est incapable d'exprimer lui-même sa volonté. Ce droit est un véritable droit attaché à la personnalité de chaque homme; chaque malade est seul juge de l'exercice qu'il veut en faire. En refusant d'éclairer son malade, le médecin traite celui-ci comme un incapable et se substitue à lui pour prendre une décision qui n'appartient qu'au malade, même si le médecin n'agit que dans l'intérêt de celui-ci.

Cette conception de la portée du consentement libre et éclairé du malade est celle que traduit la jurisprudence française et nous pensons

que notre jurisprudence devra s'y rallier si nous voulons que les rapports entre médecin et malade continuent à se situer dans un climat de respect de la personnalité du malade.

23. Cette conception peut avoir une incidence sur un autre domaine, celui du *secret professionnel*. Sans vouloir reprendre ici les nombreuses controverses à ce sujet, nous voudrions simplement rappeler que les médecins considèrent que le secret professionnel leur appartient et qu'ils peuvent en conséquence refuser de parler même si le malade les délie du secret professionnel. La justification de cette attitude est que le médecin peut disposer d'un secret „à l'égard de son patient lui-même". Nous croyons aussi que cette conception vicie complètement les solutions adoptées en matière de secret professionnel; elle est évidemment inconciliable avec le principe en vertu duquel le malade doit être entièrement informé et éclairé par le médecin pour pouvoir consentir valablement à intervention.

L'idée que le médecin puisse invoquer le secret professionnel à l'égard de son patient est inconnue dans les pays anglo-saxons ou même en Allemagne. Il nous paraît indispensable que notre droit évolue également dans ce domaine.

La vérité est le seul climat dans lequel peuvent s'épanouir d'une manière complète les relations entre le malade et le médecin. C'est à nos yeux un problème de dignité humaine.