

L'OBLIGATION D'INFORMATION DU MEDECIN ET LE CONSENTEMENT ECLAIRE DU PATIENT

Rapport belge

Vincent CALLEWAERT
Avocat au barreau de Bruxelles
Maître de conférences invité à l'UCL

1.- L'information et le consentement du patient sont deux notions intimement liées¹. Sous peine d'engager sa responsabilité, le médecin qui s'apprête à poser un acte médical doit en effet non seulement informer son patient sur la portée de cet acte et les risques qui y sont liés, mais aussi obtenir le consentement libre et éclairé de son patient.

Ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation aux termes d'un arrêt du 14 décembre 2001, l'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention². L'information du patient constitue donc le préalable nécessaire à l'obtention du consentement éclairé du patient.

2.- Cette double obligation qu'a le médecin d'informer son patient et d'obtenir son consentement trouve sa source dans les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient³.

L'article 7, §1^{er} dispose en effet que « le patient a droit, de la part du praticien professionnel, à toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable.

L'article 8, §1^{er} précise quant à lui que « le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable (...) ».

Ces obligations existaient toutefois bien avant l'adoption de ces textes car elles étaient déjà consacrées par les articles 29 et 33 du code de déontologie médicale élaboré par le conseil de l'ordre des médecins, ainsi que par divers instruments internationaux (article 5 de la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, article 3-1 de la déclaration d'Amsterdam, art. 3 et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme).

¹ P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, sous la dir. de G. SCHAMPS, Bruxelles-Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2008, p. 26.

² Cass. (1^{ère} ch.), 14 décembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, obs. C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, 13494, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART.

³ *M.B.*, 26 septembre 2002.

3.- Dans le cadre de la présente contribution, nous tenterons d'exposer succinctement la manière dont la jurisprudence a précisé la portée des obligations qui viennent d'être évoquées⁴. Après avoir identifié la portée de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin (Section I), nous évoquerons ainsi les modalités selon lesquelles ce dernier est tenu de recueillir le consentement de son patient (Section II). Nous aborderons enfin la délicate question de la charge de la preuve du respect ou du non-respect des obligations précitées (Section III).

Section I : L'obligation d'information

§1. Le débiteur de l'information

4.- Le devoir d'information du patient est une obligation qui est personnelle au médecin et inhérente au traitement.

Le médecin instrumentant ne peut par conséquent déléguer cette obligation au personnel infirmier ou paramédical⁵. Il ne peut davantage supposer que le médecin prescripteur a informé le patient⁶.

Aux termes d'un arrêt du 11 janvier 1999, la cour d'appel de Mons a cependant estimé que le devoir d'information appartient au médecin qui prescrit l'examen et non à celui qui l'effectue. La cour d'appel de Mons a ainsi refusé de retenir la responsabilité de radiologues qui avaient procédé à une angiographie sans informer préalablement leur patient des risques que présente cet examen, au motif qu'ils pouvaient « *légitimement présumer que le consentement éclairé du patient avait été recueilli par le médecin prescripteur qui, en raison de sa spécialisation en neurologie, avait qualité à prescrire l'examen, à informer le patient et à recueillir son accord* »⁷.

Cette décision a toutefois été critiquée - à juste titre nous semble-t-il - par le professeur T. VANSWEEVELT, qui relève que « *l'obligation d'information repose (en réalité) à la fois sur le médecin prescripteur et sur le médecin exécutant car les deux médecins assument des obligations indépendantes à l'égard du patient et participent tous les deux au traitement* »⁸.

⁴ Pour un commentaire plus détaillé de ces questions, voy. not. : E. DELBEKE, « De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep : draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning », *Rev. Dr. Santé*, 2007-2008, pp. 355-369; R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke intergriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 430-457; J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. Dr. Santé*, 2008-2009, pp. 122-127.

⁵ P. HENRY et B. DE COCQUEAU, *op.cit.*, p. 26.

⁶ Anvers (1^{ère} ch.), 20 septembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 159 et 364.

⁷ Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT.

⁸ T. VANSWEEVELT, « Le débiteur de l'information, le lien de causalité et le consentement éclairé », note sous Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 281.

5.- Si le médecin a l'obligation d'informer son patient sur la portée de l'acte qu'il va poser, le patient est lui aussi tenu à un certain devoir d'information à l'égard de son médecin.

Le tribunal de première instance d'Anvers a ainsi décidé qu'on peut attendre d'un patient 'normal' qu'il fournisse des informations suffisantes sur son état et qu'il pose lui-même des questions au médecin à propos du déroulement de l'intervention et des risques qui y sont liés. A juste titre, ce tribunal ajoute cependant que ce devoir d'information qui pèse sur le patient doit être apprécié de manière raisonnable et en tenant compte de l'âge du patient, de son état de santé, de son éducation, etc⁹.

§2. Le contenu de l'information

a) Principes

6.- L'article 8, §2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient énonce que « *les informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement visé au § 1er, concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention* ».

L'obligation d'information qui pèse sur le médecin concerne donc tant le diagnostic, que la nature et la portée du traitement ou de l'intervention envisagée, les risques qu'ils comportent et les effets secondaires qu'ils peuvent induire¹⁰.

L'information doit également porter sur les risques en cas de non-traitement¹¹.

Avant de pratiquer une intervention, le chirurgien doit par conséquent faire connaître les motifs et la nature de l'intervention, les résultats que l'on peut escompter et les risques qu'elle comporte¹².

Sauf en cas d'extrême urgence, de contre-indications médicales majeures, ou de refus préalable du patient, il appartient également au médecin d'informer son patient des *alternatives* au traitement ou à l'intervention envisagée, des modalités de ceux-ci et des conséquences ou risques de complications ou d'accident qui en découlent¹³.

⁹ Civ. Anvers, 12 mai 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2005-2006, p. 221.

¹⁰ Civ. Liège (6^e ch.), 26 mars 2002, *R.G.A.R.*, 2002, 13752.

¹¹ Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34.

¹² Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 296. Voyez aussi : Bruxelles (16^e ch.), 13 décembre 2000, *R.G.A.R.*, 2002, 13646.

¹³ Bruxelles (9^e ch.), 29 mars 1996, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE.

La Cour de cassation a synthétisé l'ensemble de ces principes aux termes de son arrêt du 26 juin 2009. Notre Haute juridiction y relève en effet que « sauf en cas d'urgence, d'impossibilité d'informer ou de refus d'être informé, un médecin diligent fournit au patient de manière préalable et claire les renseignements requis pour pouvoir consentir de manière éclairée à l'intervention médicale prévue. Ces renseignements ont trait à l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications pertinentes pour le patient, les effets secondaires et les risques liés à l'intervention, la posture, les possibilités de substitution et les conséquences financières. Il ont, en outre, trait aux conséquences potentielles en cas de refus ou de retrait du consentement et aux autres clarifications considérées comme pertinentes par le patient ou le praticien »¹⁴.

Selon le tribunal de première instance de Liège, le droit à l'information du patient et de ceux qui le représentent s'étend par ailleurs aux *raisons de l'échec* d'un traitement ou d'une intervention, et ce même si cet échec n'est pas la conséquence d'une faute. Ce droit à l'information ne peut par conséquent être tenu en échec au motif que l'assureur de responsabilité d'une des parties à la cause a reconnu la responsabilité de son assurée, en l'occurrence la Croix Rouge¹⁵.

b) Etendue du devoir d'information

7.- L'étendue du devoir d'information du médecin à l'égard de son patient s'apprécie en fonction de divers critères, tels que la fréquence du risque, la gravité du risque, la personnalité du patient, la nature et le but de l'examen ou de l'intervention, les risques en cas de non-intervention¹⁶.

En clair, comme l'a pertinemment relevé la cour d'appel de Liège, « *moins l'intervention présente de caractère indispensable et moins l'intérêt du patient souffrirait du refus de la thérapeutique, plus l'information doit être poussée* »¹⁷.

c) Les risques à signaler

1° Les risques significatifs

8.- L'examen de la jurisprudence belge rendue à propos de l'obligation d'information qui pèse sur le médecin et, plus précisément, de la question de savoir quels sont les risques que le médecin est tenu de signaler à son patient, paraît à première vue consacrer la théorie dite des risques significatifs.

¹⁴ Cass. (1^{ère} ch.), 26 juin 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 1681, *R.W.*, 2009-10, p. 1522, note H. NYS, *R.G.D.C.*, 2012, p. 309, note R. D'HAESE.

¹⁵ Civ. Liège (6^e ch.), 26 mars 2002, *R.G.A.R.*, 2002, 13572.

¹⁶ Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, 13353, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT.

¹⁷ Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT.

Les risques dits « significatifs » sont ceux dont le médecin sait ou doit savoir qu'ils seront principalement pris en compte par un patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances, dans le processus de sa décision d'accepter ou de refuser le traitement¹⁸. Il s'agit donc des risques pertinents pour une personne normale afin qu'elle puisse prendre sa décision de se soumettre ou non à l'acte envisagé en toute connaissance de cause¹⁹.

Ce caractère significatif des risques à porter à la connaissance du patient s'apprécie au regard des critères combinés de la fréquence statistique du risque (donc de sa prévisibilité), de la gravité des conséquences de la réalisation du risque et des « caractéristiques individuelles du patient », pour autant que ces dernières soient connues du médecin ou qu'il doive les connaître²⁰.

L'obligation d'information qui incombe au médecin ne concerne toutefois que les risques liés à l'intervention qu'il préconise et non les complications totalement imprévisibles que pourrait encourir le patient dans le cas de complications consécutives à l'intervention exploratoire à laquelle il a été décidé de procéder²¹.

2° Les risques rares ?

9.- Si le médecin doit informer son patient sur les risques significatifs qui sont liés à son intervention, doit-il également l'informer de l'existence de risques dont la fréquence de réalisation est faible, voire rarissime ?

La réponse à cette question a connu une importante évolution en Belgique.

Au milieu des années nonante, la réponse à la question précitée était clairement négative. De manière quasi unanime, les juridictions de fond estimaient en effet que si le médecin doit faire connaître à son patient les dangers prévisibles et normaux de l'intervention envisagée, il n'a en revanche pas à lui révéler les dangers exceptionnels, c'est-à-dire ceux qui se réalisent rarement et qui sortent de l'ordinaire²². En d'autres termes, son devoir d'information concerne uniquement les risques sérieux, connus et susceptibles de se présenter avec une certaine fréquence²³.

Le tribunal de première instance de Neufchâteau précisait ainsi que le médecin n'est point tenu de faire part de ses appréhensions au malade lorsqu'il s'agit d'un mal qui n'est qu'hypothétique et qui, d'après l'expérience, se réalise rarement²⁴. Et le tribunal de

¹⁸ Mons (2^e ch.), 27 septembre 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14323.

¹⁹ Civ. Anvers, 12 mai 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2005-2006, p. 221.

²⁰ Mons (2^e ch.), 27 septembre 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14323 ; Civ. Anvers, 12 mai 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2005-2006, p. 221.

²¹ Cass. fr (1^{ère} ch.), 18 décembre 2002, *R.G.A.R.*, 2004, 13866.

²² Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, 13353, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT.

²³ Bruxelles (9^e ch.), 29 mars 1996, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE.

²⁴ Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 296.

première instance de Bruxelles d'en déduire qu'il ne peut être reproché à un médecin de ne pas avoir attiré l'attention de son patient sur un risque qui, d'après les statistiques fournies par l'expert, ne se réalise qu'exceptionnellement²⁵.

Cette limitation de l'information aux seuls risques présentant une certaine fréquence était généralement justifiée par le fait qu'il n'y aurait guère d'intérêt à informer le patient de l'existence de risques rares qui ne sont pas décisifs dans sa prise de décision et qu'une communication d'information trop étendue pourrait faire peur au patient et le conduire à refuser une intervention nécessaire ou utile²⁶.

Au fil du temps, la jurisprudence a toutefois nuancé quelque peu cette position pour se rapprocher de la solution retenue en France²⁷.

A la fin des années nonante, le tribunal de première instance d'Anvers a ainsi précisé que si l'information se limite en principe aux risques qui présentent une certaine fréquence, le médecin doit également informer son patient des risques dont la fréquence est plus faible - moins d'un pourcent des cas - lorsque ceux-ci ont de lourdes conséquences comme le décès ou une invalidité permanente sérieuse²⁸. De manière bien plus explicite encore, la cour d'appel de Mons a décidé quant à elle que « même si un certain risque ne constitue qu'une simple possibilité qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, on doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves, par exemple la paralysie ou la mort » (Mons (2^e ch.), 27 septembre 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14323 citant à cet égard J.-L. FAGNART).

Cette nouvelle tendance jurisprudentielle a récemment été consacrée par la Cour de cassation.

Par un arrêt du 26 juin 2009, la Cour a en effet précisé que « la circonstance qu'un risque important et connu par un médecin normalement prudent et diligent lié à l'intervention ne se réalise que dans des cas exceptionnels ne dispense pas le médecin diligent du devoir de porter ce risque à la connaissance du patient. Ni l'importance des symptômes du patient ni la circonstance que d'autres interventions effectuées antérieurement n'avaient pas engendré de résultat ne dispensent le médecin diligent de son devoir d'information »²⁹.

²⁵ Civ. Bruxelles (4^e ch.), 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 431.

²⁶ Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. Dr. santé*, 2000-2001, p. 296.

²⁷ Aux termes d'un arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de cassation française a en effet dit pour droit qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement (Cass. fr. (1^{ère} ch.), 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 687, obs. F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, *R.G.A.R.*, 2002, 13.611, *R.G.D.C.*, 2003, p. 130).

²⁸ Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 282.

²⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 26 juin 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 1681, *R.W.*, 2009-10, p. 1522, note H. NYS, *R.G.D.C.*, 2012, p. 309, note R. D'HAESE.

3° Les risques connus de tous ?

10.- Le fait qu'un risque soit connu de tous peut-il dispenser le médecin d'en informer son patient ?

Le tribunal de première instance de Liège a répondu à cette question par l'affirmative. En l'espèce, un anesthésiste avait omis d'informer son patient des risques liés à l'anesthésie qu'il allait pratiquer. Après avoir rappelé que « *toute anesthésie comporte un risque que tout un chacun connaît, même s'il ne peut le préciser en termes statistiques* », le tribunal décide ainsi que l'anesthésiste qui doit pratiquer une anesthésie en vue d'une opération convenue antérieurement entre un patient et un médecin – en l'occurrence une extraction dentaire totale – ne se rend pas coupable d'un défaut d'information fautif s'il ne donne pas d'informations particulières à son patient quant à ce risque. Il poursuit en relevant que « *l'utilité d'une information par un anesthésiste au patient qu'il va endormir sur les risques de cette anesthésie n'est pas démontrée et ne peut participer à la notion de « consentement éclairé », sous peine d'en arriver à des situations de stress du patient qui n'aurait pour seul avantage que de permettre à l'anesthésiste de se dégager plus facilement de toute responsabilité en cas de problème* »³⁰.

Cette décision est critiquable. La circonstance qu'un risque soit connu de tous ne peut en effet dispenser le médecin d'informer son patient de l'existence et de la nature de ce risque. Prétendre le contraire, comme l'a fait le tribunal de première instance de Liège, ferait perdre toute substance audit devoir d'information et contraindrait le juge à tenir systématiquement compte du niveau d'éducation du patient.

Le médecin n'engagera cependant pas nécessairement sa responsabilité s'il omet d'informer son patient d'un risque connu de tous. A supposer pareil manquement établi, le patient devrait encore démontrer qu'il aurait refusé de consentir à l'intervention litigieuse s'il avait obtenu l'information en question, ce qui pourrait ne pas être aisé en présence d'un risque connu de tous.

Après avoir rappelé que le devoir d'information du médecin s'étend également aux risques que le patient court à l'occasion d'un comportement déterminé, la cour d'appel de Gand a indiqué que ce devoir d'information doit être apprécié de manière raisonnable et ne peut par exemple être invoqué lorsque le patient lui-même est au courant des risques liés à son comportement³¹.

d) L'exception thérapeutique

11.- L'obligation d'information qui pèse sur le médecin peut être sensiblement atténuée par l'exception dite thérapeutique.

³⁰ Civ. Liège (6^e ch.), 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 294.

³¹ Gand (6^e ch.), 30 mars 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 296.

L'article 7, §4 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient dispose en ce sens que « le praticien peut, à titre exceptionnel, ne pas divulguer les informations visées au §1^{er} au patient si la communication de celles-ci risque de causer manifestement un préjudice grave à la santé du patient et à condition que le praticien ait consulté un autre praticien professionnel. Dans ce cas, le praticien professionnel ajoute une motivation écrite dans le dossier du patient et en informe l'éventuelle personne de confiance désignée dont question au §2, alinéa 3 ».

Ainsi que le relève judicieusement P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « il faut bien comprendre la portée de cette exception (thérapeutique) : il ne s'agit pas de taire certaines informations de peur que le patient refuse une intervention jugée utile, voire nécessaire, par le médecin, car le patient a le droit de consentir en pleine connaissance de cause, mais uniquement de taire l'information qui perturberait à ce point le patient qu'il ne serait plus en état de prendre une décision »³².

e) Illustrations

12.- Les cours et tribunaux sont régulièrement invités à se prononcer sur le respect du devoir d'information qui pèse sur les praticiens de l'art de guérir.

A titre illustratif, ont ainsi été considérés comme manquant à leur devoir d'information :

- le médecin qui n'avertit pas son patient de ce que l'efficacité d'une vasectomie ne peut être garantie à 100%³³ ;
- le gynécologue qui, en raison des douleurs lombaires dont souffre sa patiente et alors que celle-ci ne souhaite plus d'autres enfants (en l'occurrence la patiente était déjà la mère de trois enfants), conseille à cette dernière d'éviter toute nouvelle grossesse, mais ne l'informe pas sur les risques d'échec de l'opération qu'il préconise, à savoir une ligature des trompes, ce qui induit sa patiente en erreur, celle-ci se croyant à l'abri d'une nouvelle grossesse de manière absolue. Cette absence d'information sur les risques d'échec est en relation causale avec la naissance non désirée de la patiente car celle-ci, étant bien déterminée dans son choix, aurait pu être renseignée sur d'autres méthodes de ligature ou aurait pu demander un traitement contraceptif complémentaire³⁴ ;
- l'ophtalmologue qui n'informe pas son patient des risques même exceptionnels qui sont liés à l'intervention qu'il s'apprête à effectuer en vue de résorber la

³² P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, sous la dir. de G. SCHAMPS, Bruxelles-Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2008, pp. 32-33.

³³ Mons (8^e ch.), 16 octobre 2003, *R.G.A.R.*, 2005, 13998. Comp. : Anvers, 13 décembre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2005-2006, p. 33 qui rejette la demande d'un couple dont l'homme a subi une vasectomie, au motif que lesdits conjoints ne démontrent pas que l'urologue aurait pris l'engagement d'obtenir pour résultat que l'homme ne pourrait plus être le père biologique d'un enfant avec 100% de sécurité.

³⁴ Liège (3^e ch.), 11 février 2002, *R.G.A.R.*, 2003, 13691.

myopie de son patient - en l'occurrence une kératotomie -, alors qu'il sait que celui-ci souhaite être engagé à la gendarmerie et que l'intervention en question ne peut le rendre plus apte à une telle fonction³⁵ ;

- le médecin qui se base sur des propos rapportés par autrui, exprimés par une patiente âgée en état de préanesthésie et sous l'influence de médicaments sédatifs pour prendre la décision de changer l'objet de l'opération – en l'occurrence opérer le genou droit du patient en lieu et place du genou gauche -, ne peut être considéré comme ayant obtenu le consentement libre et éclairé de sa patiente à un tel changement³⁶ ;
- le médecin qui procède à une liposuction sans informer sa patiente de la nécessité d'une plastie abdominale secondaire afin de pallier l'excès cutané résiduel prévisible³⁷ ;
- le chirurgien esthétique qui, pour effectuer une implantation capillaire avec ancrage, choisit une méthode qui entraîne souvent de graves inflammations du cuir chevelu sans informer son patient de ces risques³⁸ ;
- le médecin qui n'a pas correctement informé son patient de la nature de l'intervention envisagée, des risques qui y sont liés et n'a pas envisagé l'opportunité d'un traitement moins risqué³⁹ ;
- le chirurgien qui, avant d'effectuer une colonoscopie thérapeutique, n'informe pas son patient du risque de perforation intestinale. Ce risque est en effet une complication connue dont la fréquence n'est pas négligeable. Il ne peut donc être considéré comme ne revêtant pas une gravité suffisante que pour ne pas devoir être porté à la connaissance du patient⁴⁰.

En sens contraire, le tribunal de première instance de Neufchâteau a considéré que le chirurgien qui s'apprête à pratiquer une laparoscopie ne manque pas à son devoir d'information s'il n'informe pas son patient des risques de perforation des vaisseaux ou des viscères dès lors que, d'après la littérature, ces complications ont 6 chances sur 10.000 de se réaliser et sont donc rares⁴¹.

Après avoir souligné que « *toute anesthésie comporte un risque que tout un chacun connaît, même s'il ne peut le préciser en termes statistiques* », le tribunal de première instance de Liège a considéré quant à lui que l'anesthésiste qui doit pratiquer une anesthésie en vue d'une opération convenue antérieurement entre un patient et un

³⁵ Civ. Bruxelles, 9 octobre 2001, *Rev. Dr. santé*, 2002-2003, p. 174).

³⁶ Liège, 4 janvier 2001, *Rev. Dr. santé*, 2003, p. 330.

³⁷ Bruxelles (16^e ch.), 13 décembre 2000, *R.G.A.R.*, 2002, 13646.

³⁸ Gand (13^e ch.), 26 mai 1999, *Rev. Dr. santé*, 2000-2001, p. 231.

³⁹ Civ. Louvain (5^e ch.), 10 février 1998, *R.G.D.C.*, 1998, p. 163.

⁴⁰ Bruxelles (9^e ch.), 29 mars 1996, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE, qui, faute de preuve, ne retient toutefois aucun défaut d'information dans le chef du médecin.

⁴¹ Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 296.

médecin – en l’occurrence une extraction dentaire totale – ne se rend pas coupable d’un défaut d’information fautif s’il ne donne pas d’informations particulières à son patient quant à ce risque⁴².

Jugé encore que ne commet pas de faute le médecin qui n’attire pas l’attention de son patient sur les risques de complication d’un acte technique qu’il vient d’accomplir et sur l’attitude à adopter en cas de survenance de ces complications alors que l’acte technique s’est déroulé de manière satisfaisante⁴³.

Section II : Le consentement libre et éclairé du patient

§1. Un consentement libre et éclairé

13.- De manière constante, la jurisprudence belge rappelle que le consentement que le patient doit donner à son médecin doit être libre *et* éclairé.

En d’autres termes, le patient doit avoir donné son consentement sans contrainte et après avoir été clairement renseigné sur les éléments nécessaires pour effectuer son choix. Le patient doit en effet pouvoir décider de son intégrité en toute liberté et en connaissance de cause⁴⁴.

La nécessité du caractère éclairé du consentement s’explique par celle d’un exercice effectif par le patient de son droit à la libre disposition de son propre corps, par la bonne foi qui caractérise le déroulement de la relation thérapeutique et par le devoir d’accompagnement qu’assume le médecin vis-à-vis de son patient⁴⁵.

La cour d’appel de Mons a parfaitement résumé ces principes en décidant que « l’information du patient par son médecin, au sujet du traitement envisagé, doit permettre au premier de choisir d’accepter ou de refuser les diverses interventions proposées par le second, en « pesant » pour chacune d’elles – dans une balance d’intérêts personnels – les inconvénients du statu quo de son état de santé, les chances d’amélioration de cet état après le traitement et l’importance des conséquences prévisibles des risques inhérents audit traitement »⁴⁶.

⁴² Civ. Liège (6^e ch.), 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 294.

⁴³ Civ. Bruxelles (4^e ch.), 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 431.

⁴⁴ Mons, 29 juin 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2006-2007, p. 34.

⁴⁵ Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note TH. VANSWEEVELT. Voyez aussi : Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34.

⁴⁶ Mons (2^e ch.), 27 septembre 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14323.

§2. Le débiteur du consentement

a) Principe

14.- Le pouvoir de consentir à l'acte médical litigieux appartient en principe au patient qui est amené à s'y soumettre et à lui seul.

La Cour de cassation s'est vu offrir l'occasion de rappeler cette règle de bon sens dans le cadre d'un litige relatif à la stérilisation d'une patiente à laquelle son époux n'avait pas consenti.

Après avoir indiqué qu'« en règle, le consentement nécessaire à la licéité d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne est celui de cette seule personne », la Cour a en effet décidé qu'« aucune disposition légale ne requiert le consentement d'un époux à une intervention tendant, même sans nécessité thérapeutique, à la stérilisation, fût-elle irréversible, de son épouse. La circonstance que la décision prise par une femme de se soumettre à pareille intervention sans l'accord ou à l'insu de son mari puisse constituer un manquement aux devoirs respectifs des époux, voire une cause de divorce, est sans incidence sur l'appréciation de la faute imputée à l'homme de l'art qui a procédé à l'intervention. Le médecin qui effectue une telle intervention sans le consentement de l'époux de sa patiente ne commet par conséquent aucune faute »⁴⁷.

La Cour de cassation a par conséquent cassé l'arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait conclu à la responsabilité du gynécologue au motif qu'il n'avait pas obtenu le consentement du mari de sa patiente à la ligature des trompes de cette dernière⁴⁸.

b) Tempéraments

15.- Si le consentement doit en principe être donné directement par le patient lui-même, il convient néanmoins de tenir compte de certains cas particuliers.

La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient envisage en effet différentes hypothèses dans lesquelles elle confie à un proche du patient le devoir de consentir à l'acte médical qui concerne ce dernier.

L'article 12 de la loi dispose ainsi que « si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur ». Un second paragraphe vient toutefois nuancer ce principe en indiquant que « suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ».

⁴⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 14 décembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, obs. C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, 13494, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART.

⁴⁸ Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT.

La loi prévoit une solution similaire pour ce qui concerne les personnes majeures mais incapables. L'article 13 de la loi relative aux droits du patient dispose en effet que « les droits, tels que fixés par la présente loi, d'un patient majeur relevant du statut de la minorité prolongée ou de l'interdiction sont exercés par ses parents ou par son tuteur ». ici encore, un second paragraphe nuance le principe posé en soulignant que « le patient est associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension ».

Enfin et dans un tout autre registre, on soulignera que lorsque le médecin est confronté à un état de nécessité, il est naturellement dispensé de l'obligation de recueillir le consentement de son patient. Tel est le cas chaque fois qu'il est « impossible de recueillir le consentement du patient et urgent d'intervenir »⁴⁹.

§3. Le récipiendaire du consentement

16.- Le consentement éclairé du patient doit être obtenu personnellement par le médecin qui effectuera l'opération ou par son assistant.

Le médecin ne peut donc se baser sur de simples examens radiographiques, sur des dires du personnel infirmier. Il ne peut davantage s'appuyer sur le consentement recueilli par l'anesthésiste alors que le patient est déjà sous sédatif⁵⁰.

§4. Le délai

17.- Le patient est naturellement en droit de disposer de tout le temps qu'il estime nécessaire pour prendre sa décision de se soumettre ou non à l'acte médical qui lui est recommandé.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'en dehors de l'urgence et des opérations de routine, le patient doit avoir le temps de prendre l'avis de son médecin généraliste avant de donner son consentement à une intervention chirurgicale⁵¹.

§5. Les extensions opératoires

18.- Le médecin qui a obtenu le consentement libre et éclairé de son patient pour une intervention médicale déterminée ne peut en principe considérer comme acquis le consentement du patient pour une autre intervention dont la réalisation peut être

⁴⁹ P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, sous la dir. de G. SCHAMPS, Bruxelles-Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2008, p. 32.

⁵⁰ Liège, 4 janvier 2001, *Rev. dr. Santé*, 2003, p. 330.

⁵¹ Civ. Anvers, 13 mai 1993, *Rev. dr. santé*, 1996-1997, p. 190.

envisagée à l'occasion de la première. Il n'appartient en effet pas au médecin de substituer son appréciation personnelle à celle de son patient quant à l'opportunité d'une intervention médicale.

La cour d'appel d'Anvers a ainsi décidé que le médecin spécialiste en urologie qui constate durant l'opération qu'il doit modifier le plan de celle-ci doit arrêter l'opération et demander à nouveau le consentement du patient pour une nouvelle intervention, dès lors qu'il n'y a pas de danger grave et imminent lié au report de l'intervention⁵².

Dans un sens comparable, la cour d'appel de Gand a jugé que le gynécologue qui, au cours d'un avortement, procède à la stérilisation de la patiente sans avoir obtenu son consentement libre et éclairé pour ce faire, se rend coupable d'un délit de coups et blessures volontaires. La juridiction gantoise précise par ailleurs qu'il ne peut être question d'invoquer un état de nécessité si toute urgence fait défaut⁵³. De manière plus contestable, cette même décision ajoute cependant que le gynécologue qui, au cours d'une intervention consistant en un avortement, étend le plan opératoire à l'enlèvement de l'appendice, peut se contenter du consentement tacite de la patiente s'il agit pour le bien de celle-ci.

L'obligation du médecin d'obtenir un nouveau consentement de son patient pour l'extension opératoire qu'il jugerait utile doit cependant s'analyser de manière raisonnable. Le tribunal de première instance de Bruxelles a ainsi décidé que le gastro-entérologue qui a obtenu le consentement de son patient pour procéder à une coloscopie peut raisonnablement considérer que l'ablation d'un petit polype mis en évidence au cours de cet examen en constitue une suite normale, de sorte qu'il peut présumer le consentement de son patient pour cette ablation. Compte tenu du caractère insignifiant du risque que représente une telle ablation, il est en effet certain que si le médecin avait demandé l'accord du patient il l'aurait obtenu⁵⁴.

L'hypothèse d'un état de nécessité mise à part, les dérogations au principe de l'obligation faite au médecin d'obtenir un nouveau consentement de son patient nous paraissent toutefois devoir demeurer assez exceptionnelles.

§6. Le refus anticipé du patient

19.- Quelle attitude le médecin doit-il adopter lorsque son patient lui a expressément indiqué son refus de consentir à un acte médical déterminé ?

⁵² Anvers (1^{ère} ch.), 30 avril 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 171.

⁵³ Gand, 11 mars 1992, *Rev. Dr. Santé*, 1995-1996, p. 54, note T. VANSWEEVELT (voy. aussi, à propos d'une stérilisation effectuée sur une patiente handicapée mentale à l'occasion d'une césarienne : Civ. Turnhout, 7 février 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2006-2007, p. 29, confirmé en appel par : Anvers, 28 juin 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2006-2007, p. 31).

⁵⁴ Civ. Bruxelles (4^e ch.), 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 431.

L'on sait qu'en France, la cour d'appel administrative de Paris a eu l'occasion de se pencher sur cette question. En l'espèce, un témoin de Jéovah avait expressément manifesté son refus de bénéficier de toute transfusion sanguine avant de tomber inconscient. A juste titre, selon nous, la cour souligne que si elle se fonde sur les principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain, l'obligation qui est faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en état de l'exprimer trouve néanmoins sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin, conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu. Elle en déduit que ne saurait être qualifié de fautif le comportement de médecins qui, dans une situation d'urgence, lorsque le pronostic vital est en jeu et en l'absence d'alternative thérapeutique, administrent des produits sanguins à un patient qui, en sa qualité de témoin de Jéovah, avait expressément manifesté les refuser⁵⁵.

On soulignera cependant qu'en Belgique, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient dispose aujourd'hui en son article 8, §4, alinéa 4 que « *si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même* » (voy. à cet égard l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 26 juillet 2003 : www.ordomedic.be).

Le cinquième paragraphe de cette même disposition précise toutefois que « *lorsque, dans un cas d'urgence, il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant visé au chapitre IV, toute intervention nécessaire est pratiquée immédiatement par le praticien professionnel dans l'intérêt du patient. Le praticien professionnel en fait mention dans le dossier du patient visé à l'article 9 et agit, dès que possible, conformément aux dispositions des paragraphes précédents* ».

Section III : La preuve

§1. La charge de la preuve

20.- La question de savoir qui doit prouver que l'obligation d'information a ou n'a pas été respectée a fait l'objet de vives controverses en Belgique.

Traditionnellement, il était enseigné que cette charge incombe au patient en vertu de l'article 1315, alinéa 1^{er} du Code civil. On considérait ainsi que le patient doit prouver non seulement le défaut d'information⁵⁶, mais également le fait qu'il n'aurait pas marqué

⁵⁵ Paris (cour adm.), 9 juin 1999, *R.G.A.R.*, 2000, 13309.

⁵⁶ Mons, 29 juin 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2006-2007, p. 34 ; Anvers, 15 juin 1994, *Rev. Dr. Santé*, 1996-1997, p. 358, note J. TER HEERDT.

son consentement à l'acte litigieux s'il avait été correctement informé⁵⁷. En d'autres termes, et selon cet enseignement traditionnel, le patient doit démontrer que le médecin n'a pas obtenu son consentement libre et éclairé⁵⁸.

L'arrêt dit « Hédreul » rendu par la Cour de cassation française le 25 février 1997 est venu ébranler cette jurisprudence pourtant bien établie.

Comme on le sait, par cet arrêt, la Haute juridiction française a décidé de manière générale que « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* »⁵⁹. En clair, selon la Haute juridiction française, c'est au médecin qu'il appartient de démontrer qu'il a correctement informé son patient et obtenu son consentement libre et éclairé à l'intervention litigieuse.

Le prononcé de cet arrêt en France a rapidement fait des émules en Belgique.

La cour d'appel d'Anvers a ainsi considéré que la nature et les risques liés à une intervention peuvent avoir pour conséquence que la charge de la preuve du consentement libre et éclairé du patient repose sur le médecin intervenant. En l'espèce, le médecin avait pris l'initiative de procéder à l'ablation du ménisque de son patient sans avoir envisagé sérieusement d'autre thérapie et alors que la nécessité de cette intervention n'avait pas été suffisamment démontrée⁶⁰.

Plusieurs autres décisions ont été rendues dans le même sens⁶¹.

Notre Cour de cassation a toutefois indiqué qu'elle ne souhaitait pas suivre cette jurisprudence initiée par son homologue français.

Par un premier arrêt prononcé 14 décembre 2001⁶², elle a ainsi cassé un arrêt de la cour d'appel de Liège qui s'était rallié à la jurisprudence « Hédreul ». L'affaire concernait une stérilisation par ligature des trompes proposée par un médecin à sa patiente d'origine marocaine, laquelle prétendait ne pas avoir compris la portée du document qu'elle avait signé en vue de son admission à l'hôpital en apposant simplement une croix à côté de la mention « stérilisation tubaire chirurgicale ». Abordant la question de la charge de la

⁵⁷ Anvers, 18 février 1997, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 341 ; Anvers (1^{ère} ch.), 21 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1078, note H. NYS.

⁵⁸ Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 296.

⁵⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, 12858, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 337, note J.-L. FAGNART.

⁶⁰ Anvers (1^{ère} ch. bis), 22 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 544, note H. NYS, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 144, *J.L.M.B.*, 2000, p. 785, somm.

⁶¹ Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34 ; Liège, 4 janvier 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2003, p. 330 ; Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT ; Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 282, cette décision ayant toutefois été frappée d'appel sans que l'on connaisse le sort y réservé.

⁶² Cass. (1^{ère} ch.), 14 décembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, obs. C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, 13494, *J.T.*, 2002, p. 261, obs. C. TROUET, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART. Dans le même sens, voy. : Civ. Mons (1^{ère} ch.), 21 décembre 2005, *Bull. Ass.*, 2007, p. 242.

preuve, la Cour de cassation décide qu' « *en matière civile, il incombe à la partie qui a introduit une demande fondée sur une infraction de prouver que les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis, qu'elle est imputable à la partie adverse et, si cette dernière invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que cette cause de justification n'existe pas* ».

La portée de cet arrêt a toutefois été mise en doute par une partie de la doctrine, au motif qu'il avait fait application d'une règle propre à la charge de la preuve en droit pénal et n'était par conséquent pas transposable comme tel en présence d'une demande qui n'est pas fondée sur une infraction⁶³.

Le doute ne paraît toutefois plus permis depuis le prononcé des deux arrêts du 16 décembre 2004⁶⁴.

Par le premier de ces arrêts, la Cour de cassation a en effet clairement énoncé que « *le patient, qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage, a la charge de le prouver* »⁶⁵.

Aux termes du second, elle énonce que « *l'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat (et) que le patient qui soutient que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information doit en rapporter la preuve* »⁶⁶.

21.- Que l'on accepte ou que l'on regrette la solution qui a ainsi été retenue par la Cour de cassation en matière de charge de la preuve, il faut admettre que la preuve que le patient est tenu de rapporter n'est guère aisée à administrer.

Contraint de démontrer que son médecin a manqué à son devoir d'information, le patient doit en effet rapporter la preuve d'un fait négatif.

Conscient de cette difficulté, la Cour de cassation a admis, dans le contexte de la responsabilité médicale, que « *la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif* »⁶⁷.

⁶³ On notera qu'un autre arrêt prononcé le 28 février 2002 a pu laisser penser que la Cour de cassation allait traiter différemment la question de la charge de la preuve selon que la victime opte pour la voie pénale ou civile (Cass., 28 février 2002, *Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 12). A l'analyse, il apparaît cependant que cet arrêt ne se prononce pas explicitement sur la question de la charge de la preuve. Voy. notamment à cet égard les commentaires de P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, sous la dir. de G. SCHAMPS, Bruxelles-Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2008, p. 70.

⁶⁴ Pour un commentaire de ces arrêts, voy. not. : 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. (1^{er} ch.), 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 525-529.

⁶⁵ Cass. (1^{ère} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, 2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *R.G.A.R.*, 2006, 14161.

⁶⁶ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 298.

⁶⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, 2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168.

Le juge du fond peut donc se satisfaire « *d'une vraisemblance en lieu et place d'une certitude* »⁶⁸.

On restera toutefois attentif au fait que cet allègement de la charge de la preuve ne peut en aucun cas entraîner un renversement de la charge de la preuve au profit du patient.

Dans son arrêt précité du 16 décembre 2004, la Cour de cassation a en effet clairement dit pour droit que « *le juge peut, certes, considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire* »⁶⁹.

§2. Les modes de preuve

22.- La preuve de l'information et du consentement du patient est libre. Cette preuve peut donc être rapportée par toutes voies de droit, en ce compris les témoignages et présomptions⁷⁰.

Dans la pratique, la crainte de procès conduit cependant de plus en plus de médecins – et d'hôpitaux – à recourir à l'écrit pour formaliser le consentement de leur patient et attester de l'information qui leur a été donnée. Avant de se soumettre à l'intervention, le patient est ainsi invité à signer un document par le biais duquel il reconnaît avoir été valablement informé de la portée de l'intervention et, partant, qu'il y consent librement.

La jurisprudence se montre toutefois assez méfiante à l'égard de telles démarches. La cour d'appel de Liège a ainsi rappelé, à juste titre, que « *l'existence d'un écrit, formulaire standardisé, dont la signature peut avoir été apposée mécaniquement, dans l'appréhension ou le stress de la future intervention chirurgicale, n'atteste pas en lui-même d'un consentement éclairé du patient (lorsque) le document (...) n'est pas suffisamment explicite, les termes n'en étant pas facilement compréhensibles pour un non initié* »⁷¹.

Cette jurisprudence doit être approuvée. Il serait en effet contraire à l'exigence de consentement libre et éclairé du patient qu'un médecin puisse se réfugier derrière la

⁶⁸ Bruxelles (9^e ch.), 29 mars 1996, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE. En sens contraire, voyez toutefois : Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT.

⁶⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, 2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168). Le juge du fond ne peut donc pas dispenser le patient de la preuve qu'il lui incombe de rapporter et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire (Bruxelles (9^e ch.), 29 mars 1996, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 32, note D. PHILIPPE. Dans le même sens, voy. : Anvers, 13 septembre 2005, *Rev. Dr. Santé*, 2006-2007, p. 117.

⁷⁰ Civ. Anvers, 12 mai 2004, *Rev. Dr. Santé*, 2005-2006, p. 221 ; Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34 ; Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note T. VANSWEEVELT.

⁷¹ Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note TH. VANSWEEVELT.

signature d'un document que son patient a signé sans en comprendre le sens ni en mesurer la portée. Pour que la signature d'un tel document sorte ses effets, il convient donc non seulement qu'il contienne une information complète et intelligible du patient, mais en outre que le médecin se soit assuré que son « *patient est capable de comprendre le contenu de la brochure ou du document qui lui sont remis* »⁷².

Nous avons donc quelques réticences à suivre le tribunal de première instance de Mons lorsqu'il décide que ne rapporte pas la preuve d'un défaut d'information dans le chef de son médecin, la patiente qui s'est soumise à une stérilisation par laparoscopie après avoir signé un formulaire faisant état de ce que l'entretien ayant précédé l'acte chirurgical a porté sur les avantages, les inconvénients et la fiabilité de l'intervention⁷³. La simple signature d'un tel formulaire ne garantit en effet pas la qualité de l'information donnée au patient.

§3. L'objet de la preuve

23.- Pour obtenir la réparation du dommage qu'il a subi, le patient ne doit pas seulement prouver le défaut d'information du médecin. Il lui appartient également d'établir la réalité du lien causal entre ce défaut d'information et la survenance du dommage.

Concrètement, le patient doit démontrer qu'il n'aurait pas consenti au traitement ou à l'intervention si toute l'information significative lui avait été donnée⁷⁴.

La cour d'appel de Mons a parfaitement précisé cette règle en décidant que « le demandeur doit établir la preuve du lien de causalité entre la déficience d'informations complètes par le médecin et le dommage qu'il a subi, c'est-à-dire qu'il doit démontrer que sans cette faute du médecin, il aurait conservé sa capacité entière d'effectuer un choix libre et, en connaissance de cause, de refuser le traitement qu'il a subi et donc, éviter l'aggravation de son état de santé telle qu'elle s'est produite »⁷⁵.

Cette preuve doit bien évidemment être rapportée *in concreto*⁷⁶.

24.- Pour déterminer s'il existe un lien causal entre un défaut d'information et le dommage, il faut se demander si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances que le patient aurait consenti à l'opération, et ce en tenant compte des spécificités propres audit patient⁷⁷.

⁷² Liège, 30 avril 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 139, note TH. VANSWEEVELT.

⁷³ Civ. Mons (1^{ère} ch.), 21 décembre 2005, *Bull. Ass.*, 2007, p. 242.

⁷⁴ communiquée Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34 ; Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, 13353, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT ; Anvers (1^{ère} ch.), 20 septembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 159 et 364, cette décision étant curieusement publiée deux fois dans la même revue.

⁷⁵ Mons (2^e ch.), 27 septembre 2005, *R.G.A.R.*, 2007, 14323.

⁷⁶ Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34.

⁷⁷ Gand, 11 mars 1992, *Rev. Dr. Santé*, 1995-1996, p. 54, note T. VANSWEEVELT. Dans un sens similaire, voyez : Anvers (1^{ère} ch.), 20 septembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 366.

Dans cette appréciation, il peut naturellement être tenu compte du caractère vital du traitement, de la fréquence et de la gravité du risque, des alternatives au traitement et des circonstances particulières propres au patient (âge, situation professionnelle, convictions philosophiques, etc.)⁷⁸.

25.- Le médecin qui aurait manqué à son devoir d'information engage-t-il sa responsabilité si, compte tenu du risque limité de l'intervention et de l'absence d'alternative d'une efficacité comparable, il apparaît qu'un patient correctement informé aurait accepté de se soumettre à l'intervention⁷⁹ ?

La jurisprudence se montre quelque peu divisée sur cette question.

La cour d'appel de Mons a ainsi considéré qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le fait, pour un médecin, de ne pas avoir averti son patient de ce que l'efficacité d'une vasectomie ne pouvait être garantie à 100 % et le fait que ce patient ait encore un enfant après l'intervention, au motif que la conception d'un enfant résulte de la reperméabilisation du canal déférent, laquelle n'est pas attribuable à une faute et qu'en tout état de cause, rien ne prouve que le patient aurait renoncé à l'intervention s'il avait été informé de ce risque de reperméabilisation, d'autant que celui-ci est minime⁸⁰.

Dans un sens comparable, le tribunal de première instance de Liège a refusé quant à lui de condamner un anesthésiste qui avait reconnu n'avoir donné aucune information à son patient quant aux risques inhérents à toute anesthésie au motif que « *l'information qu'aurait pu donner l'anesthésiste au patient n'aurait pu être déterminante quant à la décision du patient de se laisser anesthésier étant donné la connaissance générale de tout un chacun sur les risques liés à l'anesthésie* »⁸¹. La cour d'appel d'Anvers a également conclu à l'absence de responsabilité d'un médecin qui avait opté pour une reconstruction arthroscopique en lieu et place d'un traitement conservatoire au motif que rien ne prouve que le patient aurait refusé l'intervention litigieuse s'il avait été informé de son alternative dès lors que le résultat statistique de cette intervention est très satisfaisant (82,4 %)⁸².

En sens contraire, on relèvera cet arrêt de la cour d'appel d'Anvers ayant décidé que le gynécologue qui néglige d'informer sa patiente qu'en raison du risque d'échec d'une stérilisation par laparoscopie, il convient qu'elle prenne des mesures complémentaires pour exclure le risque de fertilisation, commet une faute qui est en relation causale avec le dommage subi par les parents. Selon la cour, et compte tenu des circonstances de l'espèce (l'un des enfants souffre d'épilepsie et de difficultés scolaires en raison d'une

⁷⁸ Civ. Namur (6^e ch.), 30 mars 2001, *Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, p. 34.

⁷⁹ Anvers (1^{ère} ch.), 20 septembre 1999, *Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, p. 159 et 364.

⁸⁰ Mons (8^e ch.), 16 octobre 2003, *R.G.A.R.*, 2005, 13998.

⁸¹ Civ. Liège (6^e ch.), 29 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 294.

⁸² Anvers (1^{ère} ch. bis), 16 septembre 2002, *Rev. Dr. Santé*, 2003-2004, p. 26.

anomalie génétique), il n'est en effet pas douteux que si elle avait été correctement informée, la mère aurait utilisé d'autres formes de contraception⁸³.

(à compléter avec arrêt récent de la cour d'appel d'Anvers et position de la doctrine à propos du préjudice d'impréparation).

26.- Prouver la réalité du lien de causalité précité n'est pas chose aisée. Conscient de cette difficulté, le professeur R.O. DALCQ a défendu l'idée selon laquelle les risques d'une intervention sont en principe à charge du médecin et ne sont transférés au malade que par l'effet de son adhésion à l'intervention préconisée. La sanction du défaut d'information ou d'une information insuffisante du patient aurait dès lors pour effet d'empêcher que le médecin puisse conventionnellement transférer à son patient les risques de l'intervention⁸⁴.

Cette théorie dite du « déplacement des risques » n'a pas été accueillie favorablement par la jurisprudence. La cour d'appel de Mons a ainsi estimé que cette théorie serait contraire aux principes qui fondent notre système de responsabilité civile en vertu duquel c'est à la victime qu'il appartient de prouver que son dommage est imputable à la faute d'un tiers⁸⁵.

Le rejet de cette théorie a ensuite été explicitement consacré par la Cour de cassation. Par un arrêt du 12 mai 2006, elle a en effet dit pour droit que « *le patient qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa personne sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé doit, pour obtenir réparation d'un dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. Le moyen qui, en cette branche, soutient qu'un médecin qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage, manque en droit* »⁸⁶.

⁸³ Anvers, 8 septembre 2003, *Rev. Dr. Santé*, 2004-2005, p. 389, *N.J.W.*, 2004, p. 558.

⁸⁴ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Les Nouvelles, T. V, vol. I, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 1967, p. 380, n° 1074 et s.

⁸⁵ Mons (1^{ère} ch.), 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, 13353, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 278, note T. VANSWEEVELT.

⁸⁶ Cass. (1^{ère} ch.), 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 1112, *J.T.*, 2006, p. 491, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170.