

POUVOIRS ET TRANSPARENCE DANS LA RELATION THERAPEUTIQUE

par Isabelle Corbisier
Assistante à la faculté de droit de l'U.C.L.

1. La compréhension de la relation qu'entretient le patient avec son médecin a considérablement évolué depuis la fin du XIX^e siècle. Cette évolution traduit le souci d'instaurer une certaine horizontalité dans le rapport mutuel des intéressés. L'avènement du caractère en principe contractuel de la relation médicale s'inscrit dans cette perspective. Par conséquent, il faut dénoncer l'antagonisme souvent exprimé entre le pouvoir du médecin, c'est-à-dire la liberté thérapeutique entendue au sens large, et le pouvoir du patient se manifestant dans son droit à l'autodétermination. L'un des propos du droit médical consiste à rechercher certain(s) équilibre(s) dans l'exercice des pouvoirs détenus par les parties en présence.

2. Une première section de cette étude s'attachera à décrire l'évolution de la pratique médicale contemporaine dans son contexte juridique. Les conséquences de cette évolution quant au climat de transparence qui, aujourd'hui, bien plus encore qu'hier à notre avis, doit caractériser l'établissement et le déroulement de la relation médicale (nous envisagerons plus particulièrement l'exigence d'un consentement libre et éclairé et l'accès du patient aux données médicales) seront analysées en une seconde section.

Section I. L'évolution de la pratique médicale contemporaine dans son contexte juridique

3. Le conflit virtuel naissant de la double responsabilité du médecin envers l'individu qu'il soigne d'une part et la société d'autre part (1) existe depuis fort longtemps.

D. THOUVENIN (2) fait à cet égard remarquer que les collectivités médiévales imposaient déjà au médecin certaines obligations en matière de prophylaxie et de santé publique, lesquelles obligations se sont perpétuées jusqu'à nos jours (3).

A ce devoir de préservation de la santé publique, l'on peut aujourd'hui ajouter celui résultant de l'association des médecins à la gestion du système de solidarité sociale. Ainsi le régime "libéral collectivisé" caractérisant notre pratique médicale fait des médecins les détenteurs du pouvoir décisionnel quant aux dépenses qui grèveront les deniers publics de la sécurité sociale. L'Ordre des médecins s'est ainsi imposé comme instance régulatrice des dépenses de santé et comme partenaire obligé des mutuelles (4).

(1) L'actuel Code de déontologie médicale (élaboré en 1975 par le Conseil national de l'Ordre des médecins, Place Jamblinne de Meux 32 - 1040 Bruxelles) évoque ce dualisme : voy. les art. 3 al. 1^{er} ("... le médecin veille, en toutes circonstances, à la santé des personnes et de la collectivité") et 99 ("Le médecin doit à la fois respecter les droits imprescriptibles de la personne humaine et remplir ses devoirs envers la communauté").

(2) D. THOUVENIN, *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses Universitaires, 1982, pp. 24-38.

(3) Voy. art. 58, lit. c et d du Code de déontologie médicale rappelant les obligations légales des médecins en ce domaine.

(4) Voy. T. POUCKET, *L'Ordre des médecins : service ou symbole ?*, Rev. Nouvelle, 1982, p. 284 et spéc. pp. 289-291, Cons. également les art. 36 al. 2 ("Il (n.d.l.r. : le médecin) s'interdira de prescrire des examens et des traitements inutilement onéreux ou d'exécuter des prestations superflues") et 58 lit. a, b et f (imposant aux médecins la communication de renseignements nécessaires en matière d'assurance maladie-invalidité et d'accidents de travail) du Code déontologie médicale.

4. L'ambivalence marque également la relation du médecin à son patient.

La confiance est incontestablement le trait essentiel du rapport patient-médecin mais encore souligne-t-on qu'il s'agit d'une "confiance nécessaire": le malade n'a guère le choix de retenir la révélation de certaines vérités qu'il eût en d'autres circonstances gardées enfouies au fond de lui-même (5); le patient doit aussi accepter le fait que le médecin puisse accéder à des vérités dont il n'a pas la moindre idée. Il fut ainsi démontré que la consécration du secret médical (catégorie du secret professionnel) dans les codes pénaux du XIX^e siècle est liée à l'individualisme triomphant à cette époque et dont la conséquence fut la séparation entre le domaine privé désormais reconnu à l'individu ayant droit à la protection de sa vie privée et le domaine public du citoyen à propos duquel certaines informations doivent circuler (6).

Le développement accéléré des techniques particularisant la médecine contemporaine contribue par ailleurs à accentuer l'ambivalence signalée. Effectivement, la médecine technique accroît la tendance de ses cliniciens à réifier le patient objet de ses investigations (7). De plus, la pratique de la médecine dite "de pointe" en milieu hospitalier renforce cette inclination. Ainsi le "paternalisme médical", compréhensible dans une certaine mesure dans la relation du patient à son médecin de famille, devient-il insupportable lorsqu'il se mue en pouvoir froid d'une science déterministe exercée dans l'anonymat du cadre hospitalier (8).

5. Le développement d'une médecine fortement technicisée génère à son tour une relation ambiguë entre l'individu qu'est le patient et la société-providence.

En effet les contraintes liées aux coûts entraînent une institutionnalisation croissante de techniques désormais encadrées et rentabilisées par une exploitation à grande échelle réalisée en milieu hospitalier. Cette situation est à l'origine d'un hiatus entre la prise en compte des besoins véritables de l'individu en matière de soins de santé et la réponse qui doit être apportée à certaines contraintes économiques inhérentes aux techniques mises en oeuvre (9). La prise de conscience de cet état de fait cause un malaise d'autant plus profond que l'exercice de la médecine dans un tel contexte occasionne un élargissement de la notion de "confiance nécessaire", laquelle dépasse désormais le cadre étroit de la transaction médicale pour s'étendre à la structure qui l'entoure (10).

D'autre part, il faut admettre que l'institutionnalisation de la recherche médicale consiste en une réponse de l'Etat à la revendication de ses ressortissants désireux de se voir reconnaître

(5) Voy. R. SCREVEN, *Le médecin témoin ou expert devant les juridictions et les droits de l'homme*, Rev. dr. pén. et crim., 1982, p. 107 et spéc. p. 111 avec les nombreuses références quant à la notion de "confiance nécessaire".

(6) Voy. D. THOUVENIN, op. cit. pp. 31-38.

(7) Voy. T. POUCE, op. cit. p. 289; A. CARMI, *Medical law in the nineties*, Med Law (1983) 2: 285 et spéc. 289 ("A different approach should be adopted by many of them (n.d.l.r.: the physicians) in order to regain their patients' confidence. Paying more attention to the person rather than to the "case" might improve the atmosphere and rebuild the whole system of bilateral relations"); U. DERBOLOWSKY, *Medical law in the light of fundamental human rights*, Med Law (1983) 2: 193 et spéc. 195 ("The other conflict shows the physician in relation to patients as brothers before God and, on the other side, the physician as a scientifically researching atheist, who does not operate, inject or bandage persons, but cases").

Cons. également l'art. 3 al. 2 du Code de déontologie médicale: "... le médecin doit, quelle que soit la branche de l'art médical qu'il pratique, être pleinement qualifié et demeurer toujours respectueux de la personne humaine" (souligné par nous).

(8) Voy. E. VERMEERSCH, *Patiëntenrechten, een ethische benadering*, Vl. T. Gez., 1989, p. 1695 et spéc. 168; J.P. DUPRAT *Technologies bio-médicales et liberté individuelle: aspects juridiques* in Mélanges Ellul, Paris, P.U.F., 1983, p. 469 et spéc. 474 (l'auteur décrit les effets sur la relation malade-médecin du poids de cet "univers clos" qu'est l'hôpital: dépersonnalisation de la relation constituant elle-même la source de certains facteurs irrationnels de distorsion dans l'expression de la volonté du patient).

(9) Voy. U.P. HAEMMERLI, *Exposé fait au Conseil de l'Europe en 1975*, Revue internationale de criminologie et de police technique, 1975, p. 38 cité par X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps - Une mise à l'épreuve du droit subjectif* (thèse d'agrégation), Bruxelles, Larcier, 1982, p. 317, note 1 ("Il faut s'attendre dans un avenir proche, en matière de médecine, à un conflit entre l'éthique orientée vers la société et l'éthique orientée vers l'individu, pour des motifs socio-économiques: la médecine orientée vers l'individu se heurte dans les hôpitaux à une hausse vertigineuse des coûts qui ne peut plus être supportée par la collectivité"); E. VERMEERSCH, op. cit., p. 170 (l'auteur fait allusion aux engouements se manifestant selon les périodes pour tel ou tel type d'opération et à la tentation d'utiliser sans nécessité un appareil thérapeutique et diagnostique de type lourd aux fins de rentabilisation de cet appareil); N. FRASELLE, *Problèmes de consommation médicale en Belgique - Evaluation des problèmes de surconsommation et de malconsommation*, Louvain La Neuve, Centre de droit de la consommation de l'U.C.L., 1990, spéc. pp. 2, 41-42, 64 (constatations identiques).

(10) Voy. N. FRASELLE, op. cit., p. 64.

tre un "droit effectif à la santé"; à ne pas confondre, dit-on, avec un hypothétique "droit à la guérison", lequel ne pourra jamais être érigé en raison du caractère toujours inachevé des progrès de la science médicale (12). De manière plus générale, on peut par ailleurs observer une tendance à élargir le cadre du droit médical et ce plus particulièrement depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Ainsi ce droit dépasse-t-il désormais la réglementation des droits et obligations du médecin pour tendre vers une intégration des aspects structurels et organisationnels que soulève la problématique de la santé (droit de la sécurité sociale, protection de la santé via la protection du milieu, réglementation des hôpitaux etc.) (13).

6. Un auteur a cependant fait remarquer que les répercussions de cet élargissement de la perspective du droit médical sur les droits individuels du patient restent dispersées et généralement indirectes (14). **Faut-il dès lors s'étonner de voir se développer (surtout depuis le début des années quatre-vingt) un important mouvement doctrinal tendant à la réaffirmation (15) du pouvoir d'autodétermination (ou droit de disposer de soi-même) détenu par l'individu-patient?**

Nous pensons que ce phénomène relève de la plus stricte normalité et qu'il est en soi extrêmement sain dans une société restant attachée au principe de la liberté individuelle. Dans le domaine médical, ce mouvement procède d'une réaction du point de vue de l'individu confronté à un "envahissement des techniques dans le champ de la relation interpersonnelle" (16) de même qu'à l'omniprésence tout aussi envahissante des pouvoirs publics dans l'organisation du système de soins de santé auquel il est amené à adhérer. Il s'agit, en quelque sorte, de contrebalancer le renforcement de certains pouvoirs (du médecin et de la société) par la promotion du "contre-pouvoir" détenu par le patient. Concrètement, cet effort de rééquilibrage dans le sens d'une relation médicale plus égalitaire (le patient doit désormais être traité comme un adulte, majeur et responsable) se traduit par deux exigences:

- une information adéquate du patient, laquelle s'avère tout à fait essentielle en vue de lui permettre d'exercer effectivement son pouvoir d'autodétermination;
- la mise en place d'un mécanisme de protection de la vie privée dont l'effet est de prémunir l'individu-patient contre les intrusions de tiers (au nombre desquels figurent les autorités administratives et certaines puissantes entreprises de droit privé) (17).

(11) Voy. J.M. AUBY, *Sur les aspects juridiques de l'innovation technique dans le domaine biomédical*, Mélanges Ellul, op. cit., p. 419 et spéc. p. 420.

En Belgique, il convient de souligner le rôle des hôpitaux universitaires dont l'implication dans la recherche fait l'objet d'une réglementation légale (A.R. du 15 décembre 1978, sur renvoi de l'article 69 de la loi sur les hôpitaux coordonnée le 7 août 1987). Cons. C. LAMBOTTE, *Les aspects juridiques propres aux hôpitaux universitaires en Belgique*, R. Jur. Pol. Ind. Coop., 1981, pp. 331-343.

(12) Voy. en ce sens A. CARMI, op. cit., p. 289 ("Laymen should get used to the understanding that medicine will never be capable of entirely curing all illnesses. Their expectations will have to be limited to the boundaries of the present reality") et U. DERBOLOWSKY, op. cit., p. 196.

(13) Voy. en ce sens: A. CARMI, op. cit., p. 285; H. NYS, *Van medisch recht naar gezondheidsrecht. Meer dan een verandering van naam*, Vl. T. Gez., 1980, nr. 1, pp. 5-17 (l'auteur proposant en conséquence de substituer l'expression "droit sanitaire" (gezondheidsrecht) à celle de "droit médical" (medisch recht) jugée trop restrictive); R. AERDEN, *Patiëntenrechten in het huidige belgisch positief recht*, Vl. T. Gez., 1989, p. 123.

(14) R. AERDEN, op. cit., p. 124.

(15) Le droit à l'autodétermination fait à vrai dire partie de nos réalités juridiques depuis le très individualiste XIX^e siècle: cons. E. VERMEERSCH, op. cit., p. 168 et, pour un exposé situant le développement des droits de la personnalité dans leur contexte historique, voy. E. GULDIX, *De rechtsbescherming van de persoonlijke levensfeer door persoonlijkheidsrechten*, Vl. T. Gez., 1986-1987, pp. 203-217. De plus, nous verrons infra (n° 8) que la doctrine énonce à tout le moins depuis le début du XX^e siècle le droit que détient le patient de disposer de son propre corps. Voilà pourquoi nous utilisons le terme réaffirmation.

(16) Ces quelques mots étant empruntés à X. DIJON dans la présentation qu'il fit de l'idée directrice de sa thèse (précitée) pour la Revue interdisciplinaire d'études juridiques (1983, p. 8).

(17) Sur le droit subjectif d'autodétermination du patient, tant dans son principe que dans ses conséquences, cons. E. VERMEERSCH, op. cit., pp. 171-173 (l'information et la protection de la vie privée constituent deux éléments essentiels en vue d'instaurer une relation médicale égalitaire dans le cadre de laquelle le patient est traité en adulte majeur); N. FRASELLE, op. cit., pp. 191, 213, 229 (le pouvoir médical doit être contrebalancé par une exigence accrue quant à l'information et à la transparence dans la relation médicale); X. DIJON (thèse précitée, spéc. pp. 317-511) qui, partant de sa conception mixte du droit subjectif (conçu d'une part comme un intérêt appelant protection et d'autre part comme un pouvoir de disposition), s'intéresse au droit du malade à l'intégrité physique en droit pénal et en droit civil et constate le développement de la tendance insistant sur le droit de disposition (glissement de l'aspect "protection" vers l'aspect "disposition" du droit subjectif) que détient le patient sur son propre corps. Nous ne partageons cependant pas l'opinion de l'éminent auteur craignant que la trop grande insistance sur le droit de disposition ne coupe l'individu de sa nécessaire socialisation. Le statut quo ne peut en effet être maintenu lorsque le besoin d'atteindre un nouvel équilibre entre les pouvoirs des parties intéressées se fait ressentir. Nous reviendrons (infra) sur certains aspects de la pensée de cet auteur; H. NYS, *De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de genees-*

Telles sont d'autre part les orientations prises par diverses propositions et avant-projet de loi (de même que par une loi récente), lesquels s'inscrivent dans cette tendance visant à rendre effectif le pouvoir d'autodétermination du patient via l'information et la protection de sa vie privée. Nous y reviendrons.

7. Une évolution correspondant à une exigence de transparence accrue dans la relation médicale est donc en cours. A la revendication d'information mentionnée ci-dessus correspond le principe de l'obtention du consentement libre et éclairé (envisagé ci-dessous). D'autre part, la protection de la vie privée comporte deux facettes: la garantie contre les intrusions de tiers (déjà signalée et qui, dans notre matière, se trouve en étroite relation avec le principe du secret médical) mais aussi la consécration d'un droit d'accès et éventuellement de correction de données (ici: médicales) concernant l'individu. La transparence apparaît ainsi comme le facteur central de réalisation du nouvel équilibre souhaité dans la relation thérapeutique. Il s'agit à présent d'exposer comment cet objectif est ou peut être atteint, de lege lata et de lege ferenda.

Section II. La transparence dans la relation médicale

A. L'obtention du consentement libre et éclairé du patient

8. L'obligation incombant au médecin de recueillir le consentement libre et éclairé de son patient trouve son origine dans l'affirmation du pouvoir d'autodétermination du patient et non dans la découverte du caractère en principe contractuel de la relation thérapeutique.

La doctrine expose depuis le début du XX^e siècle que l'obligation qu'a le médecin d'obtenir le consentement du patient dérive de l'existence d'un droit (que nous préférons qualifier de "pouvoir") d'autodétermination ou de libre disposition que détient le patient sur son corps. Ce pouvoir, présenté comme le corollaire de la liberté individuelle, revêt un caractère absolu qui le rend opposable à tous, y-compris au médecin se proposant d'effectuer une intervention, et il transcende comme tel le droit commun des obligations (18). L'exigence du consentement libre et éclairé du patient ne doit donc pas être réduite à une contrainte résultant du caractère en principe contractuel de la relation médicale. Cette conviction est renforcée, si besoin en est, par les observations suivantes :

a/ L'obtention du consentement libre et éclairé est imposée par la jurisprudence depuis la fin du XIX^e siècle (19), soit à une époque où il n'était aucunement question de "contrat

kunde, Gisteren, vandaag en morgen, Mededeling-XVI Postuniversitaire cyclus W. Delva 1989-1990, Gent, 1 december 1989 (doc. distribué aux participants), p. 32 (l'auteur fait écho à la pensée de W. VAN GERVEN (Algemeen deel, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, p. 107) selon laquelle le droit de libre disposition de soi forme l'un des principes fondamentaux de notre droit et, comme tel, relève de l'ordre public).

Voy. aussi : U. DERBOLOWSKY (op. cit. p. 196) et D. THOUVENIN (op. cit., p. 195) pour lesquels le droit du patient à une information adéquate relève soit des droits fondamentaux de l'être humain (pour le premier) ou du domaine des droits subjectifs (pour la seconde); R. SCREVEN (op. cit., p. 109) qui range le droit au respect de la vie privée au rang de ceux que l'individu doit pouvoir faire valoir à l'égard de la société ou du pouvoir (souligné par nous).

(18) Voy. E.H. PERREAU, *Elément de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, Paris, 1908, pp. 271-272 (Chacun possède sur sa propre personne un droit exclusif et spécial, opposable à tous... Nul n'a le droit d'y porter atteinte... Le médecin est, comme les autres, obligé de respecter ce droit de la personnalité, alors même qu'il y porterait atteinte exclusivement dans l'intérêt de la santé du malade... De là résulte que... le médecin doit avant tout s'assurer du consentement du malade); P.E. TROUSSE, *L'orthothanasie par omission de secours*, Rev. dr. pén., 1950-1951, p. 1102 et spéc. p. 1116 "corollaire de la liberté individuelle, le droit à l'intangibilité corporelle s'impose à tous, même au médecin". Voy. également dans le même sens: A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 357; R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale, Paris, Masson, 1966, pp. 49-50; J.L. FAGNART, note sous Cass. 4 octobre 1973, J.T., 1974, 296; R.O. DALCQ, *La responsabilité médicale*, T.P.R. 1974, p. 345 et spéc. p. 361.

Toutes les références qui précèdent sont citées par X. DIJON, Thèse précitée, pp. 420-422. Nous y ajoutons encore: O. LOUSANOFF, *Facilitations of proof in medical malpractice cases*, Frankfurt am Main - Bern, Peter Lang, 1982, p. 110 (indiquant une position identique en droit allemand); J.P. DUPRAT, op. cit., p. 470 ("... le respect de la liberté du sujet ne résulte pas d'une relation contractuelle malade-médecin, seulement présente en médecine privée mais de l'autonomie de la personne et de son inviolabilité, d'où découle le principe de l'intangibilité du corps humain (n.d.l.r.: l'auteur cité R. NERSON). C'est pourquoi tout acte à caractère thérapeutique ne peut être effectué qu'avec l'assentiment de l'intéressé"). Nous renvoyons en outre à la note 17 et à la reproduction qui y est faite de la pensée de W. VAN GERVEN telle qu'exposée par H. NYS.

(19) Voy. Civ. Liège, 27 novembre 1889, Pas., 1890, III, 85 ("Attendu que pour pratiquer légitimement une opération chirurgicale, l'homme de l'art doit y être autorisé par le malade ou par la personne sous l'autorité de laquelle le malade se trouve... Attendu que c'est seulement lorsque le malade aura entendu le médecin qu'il pourra, étant renseigné, se prononcer en connaissance de cause sur le point de savoir s'il entend consentir à l'opération proposée, car alors seulement il pourra tenir compte et des dangers que l'opération peut faire courir et des avantages qu'elle peut présenter...") et Liège, 30 juillet 1890, Pas., 1891, II, 78 (même affaire).

médical". Au contraire, la conception dominante était alors celle du "ministère médical", soit celle d'une relation à caractère vertical qui voyait le médecin auréolé du prestige de sa fonction se pencher sur cette partie d'humanité souffrante que constitue le malade (20). Ce n'est qu'à partir de 1936, ensuite du fameux arrêt Mercier rendu en cette année par la Cour de cassation de France (21), que la conception du caractère en principe contractuel de la relation thérapeutique s'est imposée tant en France (22) qu'en Belgique (23). L'exigence du consentement libre et éclairé est donc antérieure à l'inscription de ce consentement dans le cadre d'un lien contractuel.

- b/ Le statut en quelque sorte transcendantal du consentement libre et éclairé du patient s'induit également de sa qualité de condition nécessaire quoique non suffisante de l'impunité du médecin sur le plan pénal (24).

(20) Voy. X. DIJON, Thèse précitée, pp. 403-405.

(21) Cass. fr., 20 mai 1936, D.P. 1936, I, 88, note E.P. contenant cet attendu célèbre: "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 des soins, non pas quelconques ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la Science..."

(22) Pour un bilan à l'occasion du cinquantenaire de l'arrêt Mercier, voy. M. HARICHAUX, *L'obligation du médecin de respecter les données de la science (A propos du cinquantenaire de l'arrêt Mercier: bilan d'une jurisprudence)*, J.C.P., 1987, 3306.

(23) Cons. X. DIJON, Thèse précitée, p. 407 et références et H. NYS, *De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde*, op. cit., p. 4 et les références. Cons. également l'art. 34 du Code de déontologie médicale qui s'exprime, quant à la nature de l'obligation de soins incombant au médecin, en des termes très comparables à ceux de l'arrêt Mercier.

Notons que cet attachement à la conception contractuelle s'exprime en Belgique alors même que l'on n'y trouve pas l'avantage qui en France consiste en un délai de prescription allongé (prescription trentenaire). La Cour de cassation belge considère en effet qu'une faute reprochée au médecin ne perd pas son caractère délictueux en raison de ce qu'elle constitue en même temps la violation d'un contrat et qu'il faut donc lui appliquer le délai de prescription de l'action civile (cinq ans) prévu par la loi du 17 avril 1878 (Cass. 31 janvier 1980 citée par R.O. DALCQ, *L'évolution de la responsabilité médicale*, Bull. Ass., 1981, p. 633 et spéc. p. 655; voy. également Rb. Brussel, 27 février 1986, VI. T. Gez., 1989, p. 140 où le tribunal s'exprime dans le même sens alors que la faute imputée au médecin consiste à ne pas avoir recueilli le consentement libre et éclairé du patient).

(24) Une opinion assez largement répandue, partant de la décision formulée le 27 septembre 1969 par le tribunal correctionnel de Bruxelles (Pas., 1969, III, 115), fonde l'immunité pénale du médecin sur la seule permission que lui donne la loi de porter atteinte à l'intégrité physique du malade (voy. H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 63 et M. MAHIEU, *La responsabilité des professions libérales* in ouvrage collectif édité par le Jeune Barreau de Bruxelles, 1983: l'auteur ne reproduit de la décision précitée qu'un extrait semblant confirmer l'opinion énoncée ci-avant).

Cette thèse procède à notre sens d'une vue exagérément simplificatrice qui, de surcroît, trahit la décision (précitée) sur laquelle elle se fonde. Effectivement, le tribunal correctionnel s'est exprimé en ces termes (p. 119): "... 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... Attendu que **cette immunité n'est toutefois pas absolue, et qu'il appartient au ministère public de prouver que le médecin a abusé de l'autorisation de la loi**; Attendu qu'ainsi qu'il a été énoncé ci-dessus, le ministère public en ordre subsidiaire, estime qu'il y a **abus de l'autorisation de la loi dans les cas suivants** : 1° le médecin n'a pas agi dans un but curatif; 2° hors le cas de force majeure, le patient n'a pas donné un **consentement libre et éclairé**; 3° l'acte médical ne présente pas un caractère de nécessité suffisante; 4° le médecin a commis une faute...". Le tribunal s'attela ensuite à l'examen des diverses conditions énoncées et, une fois arrivé à la condition que constitue le consentement, il ajoute (p. 126): "Attendu que **le ministère public subordonne également, et avec raison, l'immunité du médecin au consentement libre et éclairé du malade**..." (pour conclure en l'espèce que ce consentement fut bel et bien obtenu) (souligné par nous). X. DIJON (Thèse précitée, pp. 331-385) a brillamment démontré l'insuffisance de la permission de la loi comme seul fondement de l'immunité pénale du médecin. Ainsi le médecin n'obtient-il pas du législateur la permission de faire n'importe quoi sous couvert de son diplôme: cette permission, il l'obtient en vue de poser des actes de nature curative. Nous nous écartons cependant de l'éminent auteur lorsque celui-ci minimise l'importance du consentement dans la justification pénale en mettant en valeur la seule insuffisance de celui-ci en vue d'aboutir à l'immunité du médecin (alors que d'autre part son caractère nécessaire n'est pas nié au vu des auteurs qu'il cite). Nous ne contestons pas que le consentement du patient ne puisse constituer la seule condition de l'immunité pénale du médecin (le tribunal dans la décision précitée le rappelle lui-même en p. 118) mais la nécessité de celui-ci est par ailleurs affirmée (il s'agit d'une condition nécessaire quoiqu'insuffisante; voy. en ce sens: M. DEL CARRIL, *Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical*, cette Revue, 1966, 7677, folio 5 et surtout C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Rev. dr. pén., 1986, p. 577 et spéc. p. 579 (le consentement libre et éclairé constitue une sorte de condition primaire de licéité de l'acte médical sur le plan pénal) et 586 (où l'auteur propose de lege ferenda de créer une incrimination spécifique pour l'infraction consistant pour le médecin à ne pas avoir obtenu le consentement libre et éclairé de son patient et dont la peine - légère - serait appliquée indépendamment de l'issue - heureuse ou malheureuse - de l'intervention effectuée). De plus X. DIJON (thèse précitée, pp. 385-400), qui fonde la justification pénale du médecin essentiellement sur la nature curative de l'acte posé, en vient à **renforcer lui-même l'importance de consentement en signalant une évolution** (confirmée par la doctrine la plus récente: voy. J.L. FAGNART, *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance ?*, Rapport belge

c/ D'autre part, la théorie du consentement spécial ou continu (permettant au patient de se dégager à tout moment de la relation thérapeutique) (25) de même que certaines dérogations apportées en matière médicale au droit commun de la capacité (26) constituent autant d'indicateurs supplémentaires de ce que la relation médicale se prête malaisément à une insertion dans les cadres du droit commun des contrats.

d/ Enfin, le consentement libre et éclairé du patient est exigé de la même manière lorsque celui-ci se voit prodiguer des soins dans un établissement hospitalier géré par une institution de droit administratif (centre public d'aide sociale). Or, l'on considère généralement dans ce contexte qu'il ne se forme entre le patient et l'établissement, et partant entre le patient et le médecin, aucun contrat (27).

au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Montréal, août 1990 (act. doc. dactyl.), pp. 13-19, **qui, partant de la définition large de la santé formulée par l'O.M.S.** ("la santé n'est plus considérée comme la seule absence de maladie et d'infirmité mais comme un état de complet bien-être physique et mental, permettant le plein épanouissement de la personnalité de chacun"), **tendrait à la limite à transformer un jour la simple convenance en but curatif suffisant.** Il est certain qu'une telle évolution **renforce en tout cas l'importance de l'accord de volonté** intervenant entre le médecin et son patient et rend ainsi plus cruciale encore la question du consentement libre et éclairé de ce dernier.

(25) Cons. à cet égard: X. DIJON, Thèse précitée, pp. 413-426 et M. VAN QUICKENBORNE, *De ins-temming van de patiënt in de therapeutische relatie*, R.W., 1987, col. 2401 et spéc. nos 13-20 (l'auteur expose que le consentement initial du patient ne crée dans son chef d'obligation autre que celle d'honorer le médecin pour les prestations fournies. Il ne crée pas dans le chef du médecin aucun droit de procéder effectivement à l'intervention projetée; le patient tire de son pouvoir de disposer de son intégrité physique le droit de se soustraire à tout moment à l'action du médecin).

(26) Voy. X. DIJON, Thèse précitée, pp. 435-458 (l'auteur expose un double paradoxe: celui des personnes capables en droit mais incapables en fait (situation d'urgence) à qui l'on adjoint des "protecteurs naturels" déterminés empiriquement et celui des personnes incapables en droit à qui l'on reconnaît néanmoins une certaine capacité de consentir aux actes médicaux qui les concernent).

(27) Voy. M. MAHIEU, op. cit., p. 238.

La question de la nature des liens (laquelle détermine celle de la nature de la responsabilité) s'instaurant entre le patient d'une part et l'hôpital (soit public, soit privé) et/ou le médecin qui, dans le cadre de cet hôpital, lui prodigue des soins d'autre part est en réalité extrêmement complexe.

Tout d'abord, **le rejet de principe de la possibilité d'une relation contractuelle entre le patient et un hôpital public est contesté** (voy., sur un plan général, la remarque faite par L. SIMONT quant au succès de l'utilisation de la technique contractuelle par les pouvoirs publics (*Observations sur l'évolution du droit des contrats*, J.T., 1982, p. 285 et spéc. p. 286) et sur le point plus précis qui nous occupe: T. VANSWEEVELT, *De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumulatieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden*, noot onder Rb. Brugge, 10 november 1986, R.W., 1987-1988, p. 297; H. NYS (*De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde*, op. cit., pp. 12-15) relayant l'opinion de X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT (Les droits et les obligations des médecins, T. II, Bruxelles, Larcier, 1972, n° 682) fait remarquer qu'un contrat peut se former entre le patient et l'hôpital (quel que soit son caractère public ou privé ou encore ouvert ou fermé) si le choix du patient s'est fixé sur l'hôpital plutôt que sur le médecin; H. VANDENBERGHE et K. GELEN (*Aansprakelijkheid van "ziekehuisorganen"*, VI. T. Gez., 1990, p. 113) attirent l'attention sur le fait que la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, consacre pour les hôpitaux tant publics que privés la notion d'"hôpital intégré" introduite par l'arrêté royal n° 407 du 18 avril 1986 (conception remplaçant celle, classique, qui distinguait nettement la fonction de l'hôpital-infrastructure de celle de son personnel médical exerçant la fonction thérapeutique). Désormais l'article 11 § 1^{er} de la loi précitée place la responsabilité générale et finale pour l'activité hospitalière sur les plans de l'organisation, du fonctionnement et du financement, sur la tête du gestionnaire de l'hôpital. Cette disposition pourrait ouvrir des horizons nouveaux au patient en matière de responsabilité. En ce sens: R. AERDEN, op. cit., p. 128).

On peut tenter de schématiser les liens susceptibles de naître entre le patient et les médecins-hôpital de la manière suivante :

a/ soit le patient est soigné dans un hôpital public

Trois possibilités se présentent alors :

1. Le patient est soigné par un médecin se situant dans une relation statutaire vis-à-vis de l'hôpital. Dans ce cas le médecin peut être soit un organe (dès lors tant l'hôpital que le médecin sont susceptibles d'engager leur responsabilité envers le malade sur base de l'article 1382 du Code civil. L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail est inapplicable au médecin) soit un préposé (l'existence d'un système forfaitaire de rémunération du médecin peut constituer un indice de subordination : voy. noot R. HEYLEN onder Brussel, 28 oktober 1982, VI. T. Gez., 1988, p. 44 - Dans ce cas l'hôpital engage sa responsabilité envers le patient sur base de l'article 1384 al. 3 du Code civil et le médecin engage sa responsabilité personnelle sur pied de l'art. 1382; l'art. 18 précité est par ailleurs inapplicable: voy. R.O. DALCQ, Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, R.C.J.B., 1987, p. 602, spéc. n° 38).

2. Le malade est soigné par un médecin engagé vis-à-vis de l'hôpital dans les liens d'un contrat de travail. Dans cette éventualité l'hôpital engage sa responsabilité envers le malade sur base de l'article 1384 al. 3 du Code civil et la question de l'éventuelle applicabilité au médecin de l'article 18 précité reste ouverte.

3. Le patient est soigné par un médecin ayant conclu un contrat d'entreprise avec l'hôpital. Dans ce cas, l'hôpital ne serait pas responsable de la bonne exécution du contrat d'hospitalisation tandis que le médecin engagerait sa responsabilité sur base du contrat médical (voy. Bruges, 10 novembre 1986 précité).

9. Ceci étant dit, l'affirmation du caractère en principe contractuel de la relation thérapeutique est maintenue par les auteurs car celle-ci constitue une sorte de plaidoyer pour l'horizontalité de la relation médicale (c'est-à-dire une réaction contre l'ancienne conception du ministère médical et le paternalisme particulièrement accentué allant de pair avec cette vision). En d'autres termes, l'horizontalité de la conception contractuelle permet d'œuvrer à l'instauration d'une égalité de droit entre des parties inégales en fait; elle permet de combattre l'impérialisme médical (28). Nous verrons pour le surplus que la référence contractuelle s'avère extrêmement utile lorsqu'il s'agit de s'intéresser à l'obligation de renseignement incombant au médecin.

10. Quelle est la nature de l'obligation incombant au médecin de recueillir le consentement libre et éclairé de son patient ?

On sait que la plupart des systèmes juridiques relevant de la *civil Law* reçoivent la *summa divisio* (initée par R. DEMOGUE) résidant dans la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat (29).

La classification d'une obligation particulière dans l'une ou l'autre catégorie dépend d'une analyse du degré d'intensité de celle-ci: l'obligation de moyens est celle où le débiteur s'efforce d'atteindre le résultat souhaité par les parties tandis que l'obligation de résultat est celle où le débiteur est tenu d'obtenir un résultat imposé (30).

La classification dépend donc bien de l'intensité de l'obligation assumée et non pas de la considération du régime de responsabilité (contractuelle ou aquilienne) (31). Le critère généralement utilisé en tant qu'indicateur d'intensité de l'obligation est celui tiré de l'aléa du résultat recherché (32).

La détermination de la nature (de moyens ou de résultat) d'une obligation comporte une conséquence essentielle sur le plan de la charge de la preuve: d'une part, le créancier d'une obligation de moyens doit démontrer que le résultat escompté n'a pas été atteint en raison d'une faute consistant en un défaut de diligence du débiteur et il doit en outre apporter la preuve du lien de causalité existant entre cette faute et le dommage subi (33); d'autre part, le créancier d'une obligation de résultat doit prouver uniquement l'existence de l'obligation, l'absence d'obtention du résultat est alors généralement présumée (34) de même qu'est présumé imputable à une faute du débiteur le fait de ne pas avoir atteint ledit résultat, le débiteur ne pourra dégager sa responsabilité qu'en démontrant l'existence d'une force majeure ou cause étrangère (35). La distinction sur le plan du fardeau de la preuve n'est cependant pas toujours aussi radicale: certains régimes intermédiaires existent tels que, par exemple (36), celui de l'obligation de moyens

b/ soit le malade est soigné dans un hôpital privé

Deux possibilités doivent être envisagées:

1. Le patient est soigné par un médecin lié à l'hôpital par un contrat de travail. Dans ce cas, nous opérons renvoi à la solution formulée sub. a/ 2.

2. Le malade reçoit des soins d'un médecin ayant conclu un contrat d'entreprise avec l'hôpital. Dans cette éventualité, nous renvoyons à la solution dégagée sub. a/ 3.

... **Le tout sans préjudice** d'une éventuelle application de la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation à partir du 7 décembre 1973 quant aux agents d'exécution... On le voit: la question relève du casse-tête.

On consultera, outre les références précitées: R. GREVY et T. VERHEYDEN, *Le "statut", en droit belge, du médecin dans le régime hospitalier*, R. Jur. Pol. Ind. Coop., 1981, p. 344; J. STASSEN, *Les rapports juridiques entre les centres publics d'aide sociale et les médecins de leurs hôpitaux en droit belge*, même revue, p. 361; R.O. DALCQ, *La responsabilité des hôpitaux en droit belge*, même revue, p. 380.

(28) Voy. R. SAVATIER et al., *Traité de droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, pp. 21 et suiv. (R. Savatier est probablement celui qui a décrit et justifié avec le plus de talent la conception horizontale de la relation thérapeutique); X. DIJON, Thèse précitée, pp. 503-511; H. NYS, *De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde*, op. cit., pp. 5-8.

(29) Voy. P.A. CREPEAU, L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, Québec, Yvon Blais Inc., n° 5 (excellent ouvrage de droit comparé dégagant des constantes frappantes entre les divers systèmes de *civil law* et relevant les mécanismes utilisés par la *common law* en vue d'atteindre des résultats très similaires à ceux obtenus par la *civil law* en ce domaine).

(30) Voy. P.A. CREPEAU, op. cit., nos 11 et 16.

(31) Cons. P.A. CREPEAU, op. cit., no 106 et N. VERHEYDEN-JEANMART, *La charge de la preuve* in *La preuve* (colloque des 12 et 13 mars 1987), U.C.L., C.R.J. et Centre Charles Van Reepingen, 1987, n° 44.

(32) Voy. P.A. CREPEAU, op. cit., nos 69 et suiv. et N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., n° 42.

(33) Voy. P.A. CREPEAU, op. cit. n° 24.

(34) Il revient au débiteur de prouver l'exécution dont découlera sa libération (Cass. 28 décembre 1911, Pas., 1912, I, 58 et cons. l'art. 1315 du Code civil) sauf si le créancier a de son fait rendu plus difficile la fourniture de cette preuve (voy. Cass., 10 décembre 1953, Pas., 1954, I, 290 et cons. N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., n° 46).

(35) N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit. n° 41.

(36) Voy. P.A. CREPEAU, op. cit., n° 32 pour un tableau synthétique de toutes les variantes possibles.

renforcée (ou obligation de moyens avec renversement de la charge de la preuve) (37) ou celui de l'obligation de résultat atténuée (où le débiteur est admis à s'exonérer en prouvant simplement l'absence de faute) (38).

Ce long préambule nous amène aux obligations assumées par le médecin. On peut dire à cet égard que la relation thérapeutique est une relation à intensité différenciée, ce qui veut dire que celle-ci engendre à la fois des obligations relevant de la catégorie des obligations de moyens (l'obligation de soins) et des obligations de résultat (telles que notamment l'obligation de discrétion ou l'engagement de fournir certains appareils ou instruments en bon état de fonctionnement) (39).

Qu'en est-il de l'obligation d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient ?

Les développements qui ont précédé dictent un début de réponse à cette question: la nécessité de l'obtention du consentement est intimement liée au pouvoir fondamental d'autodétermination que détient le patient. L'intensité de cette obligation est donc particulièrement forte: elle est telle que l'on ne s'est jamais limité à exiger le seul consentement formel mais également le caractère éclairé de celui-ci (40). On ne peut se contenter d'affirmer que le médecin "doit s'efforcer de...", le médecin doit positivement recueillir le consentement libre et éclairé du patient. S'exprimer autrement aboutirait, du moins potentiellement, à vider de sa substance un droit d'autodétermination pourtant si fondamental qu'il en vient à transcender les catégories juridiques classiques.

Ces considérations doivent immanquablement nous amener à affirmer que l'obligation qui nous occupe est bel et bien une **obligation de résultat**.

Or, que disent généralement la doctrine et la jurisprudence majoritaires tant en France qu'en Belgique? Exactement le contraire, à savoir que l'obligation qu'assume le médecin d'obtenir le consentement de son patient consiste en une obligation de moyens ! (41). Il revient donc au patient de prouver la faute et surtout le lien de causalité (il doit en d'autres termes démontrer qu'il aurait refusé l'intervention projetée si son consentement éclairé avait été recherché), cette dernière preuve étant quasiment impossible à apporter (42).

Une jurisprudence du XIX^e siècle (citée supra note 19) avait pourtant clairement exposé que la preuve du consentement du patient incombe au médecin (43) et cette thèse fut admise de manière constante jusqu'à la moitié du XX^e siècle (44).

Un revirement s'opéra cependant à partir d'un arrêt rendu en 1951 par la Cour de cassation française (45). Que s'était-il passé ?

La réponse à cette interrogation résulte d'un arrêt (précité) de la Cour de cassation de France : l'arrêt Mercier qui en 1936 posa le caractère en principe contractuel de la relation thérapeutique. La Cour de cassation fut en mesure d'affirmer le caractère contractuel de la relation médicale grâce à la distinction que venait de formuler R. DEMOGUE entre les obligations de *moyens*

(37) Voy. P.A. CREPEAU, op. cit., n° 28.

(38) Voy. G. VINEY, Traité de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN), Les obligations - La responsabilité: conditions, Paris, L.G.D.J., 1982, n° 534; P.A. CREPEAU, op. cit., n° 29.

(39) Voy. P.A. CREPEAU, op. cit., n° 41.

(40) Voy. les décisions, citées supra note 19, qui au XIX^e siècle déjà soulignaient le caractère libre et éclairé du consentement du malade. Cons. également M. VAN QUICKENBORNE (op. cit., nos 21 et suiv.): l'auteur explique la nécessité du caractère éclairé du consentement par celle d'un exercice effectif par le patient de son droit de libre disposition de son propre corps, par la bonne foi qui doit caractériser le déroulement de la relation thérapeutique et par le devoir d'accompagnement (*begeleidingsplicht*) qu'assume le médecin vis-à-vis de son patient.

(41) Voy. H. NYS, *De toestemming van de patiënt in de therapeutische relatie*, VI. T. Gez., 1983-1984, p. 251 et spéc. pp. 254-258; X. DIJON, Thèse précitée, pp. 427-434.

(42) Cette quasi impossibilité est soulignée par les juges eux-mêmes: voy. à cet égard l'intéressante décision de la Cour d'appel d'Anvers (Antwerpen, 9 novembre 1987, R.W., 1987-1988, bl. 1336 met noot VANSWEEVELT) où le juge déplore d'une part le fait que le patient invoque la faute consistant à ne pas avoir recueilli son consentement libre et éclairé en raison des difficultés que comporte une telle entreprise sur le plan de la démonstration du lien de causalité mais trouve d'autre part le moyen de sanctionner le comportement du médecin via l'abus de liberté thérapeutique. Ce faisant, la Cour commet peut-être un lapsus révélateur de ce qu'elle cherche en réalité à sanctionner malgré tout le défaut d'obtention du consentement du patient en affirmant que: "... het verrichten van een niet overeenkomen overbodig onderzoek, waaraan risico's verbonden zijn in elk geval een fout uitmaakt..." (souligné par nous).

(43) Voy. part. Civ. Liège, 27 novembre 1889 précité pour l'énonciation du principe. L'arrêt précité de la Cour d'appel de Liège en date du 30 juillet 1890 donne au médecin la possibilité d'administrer effectivement cette preuve par témoins.

Bien sûr, ces décisions n'allèrent pas jusqu'à qualifier d'"obligation de résultat" l'obligation incombant au médecin puisque cette catégorie (initée par Demogue) n'existait pas encore. N'empêche que les conséquences de cette catégorisation sont bel et bien tirées quant au fardeau de la preuve.

(44) Voy. X. DIJON, Thèse précitée, p. 428 et part. la note 35.

(45) Cass. fr., 29 mai 1951, D., 1952, 53 et note R. SAVATIER.

et les obligations de résultat. Auparavant les tribunaux se trouvaient empêchés de prononcer le caractère contractuel de l'obligation de soins en raison de la présomption de faute qui, à l'époque, semblait nécessairement peser sur le débiteur contractuel (46). On peut le constater : la consécration du caractère en principe contractuel de la relation médicale constituait l'aboutissement d'un effort conceptuel important. Après l'effort, le repos, dira-t-on. Eh bien, c'est exactement ce qui s'est passé ! Effectivement, tout à la joie d'avoir découvert que l'obligation contractuelle de soins du médecin consiste en une obligation de moyens, les auteurs contemporains de l'arrêt précité rendu en 1951 ont estimé avec un bel ensemble et par un effet d'amalgame somme toute compréhensible - vu l'effort signalé - que toutes les obligations encourues par le médecin sont des obligations de moyens (47). C'est ainsi que, tout naturellement, la Cour qui en 1951 posa le caractère également contractuel de l'obligation qu'a le médecin de recueillir le consentement de son patient en vint à renverser la charge de la preuve en faisant désormais poser ce fardeau sur le patient. Quoi de plus normal si cette obligation consiste en une obligation de moyens ?

On perçoit maintenant le double vice qui depuis 1951 n'a cessé d'affecter le processus de qualification de l'obligation qu'a le médecin d'obtenir le consentement du patient : cette obligation est présentée comme une obligation contractuelle, or nous avons vu (supra) que cette réduction au contrat n'est pas satisfaisante, et surtout - il s'agit du vice fondamental - parce que contractuelle cette obligation serait nécessairement une obligation de moyens, or cette vision est définitivement dépassée à l'heure où l'on constate une tendance à la multiplication des obligations de résultat dans le cadre de cette relation à intensité différenciée qu'est la relation thérapeutique (48). Nous avons dégagé les raisons incitant au rétablissement de la qualification véritable - à savoir celle d'obligation de résultat - de l'obligation considérée. Il incombe à présent à la jurisprudence et à la doctrine de corriger le tir dans le sens d'une définition plus correcte de ladite obligation. La doctrine a déjà commencé (49), on attend la jurisprudence (50).

11. Comment le médecin va-t-il s'acquitter de la preuve qui lui incombe quant à l'obtention du consentement libre et éclairé de son patient ?

L'obligation présignalée consistant en une obligation de résultat, il incombe au médecin, conformément aux principes rappelés ci-dessus, d'apporter la preuve soit de l'exécution correcte de ce devoir (point a/) soit d'une circonstance dont il faut induire sa libération (point b/).

a/ La preuve de l'exécution de l'obligation.

La preuve à fournir par le médecin du consentement libre et éclairé du patient peut être apportée par toutes voies de droit, y-compris les témoignages et présomptions. Le rapport de confiance qui unit le patient au médecin a pour effet de placer ce dernier dans une situation d'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite (51). L'exigence d'une telle preuve écrite nous semble par ailleurs inopportune car elle ne résout pas la question du consentement éclairé du patient (52).

(46) Voy. X. DIJON (citant J. PENNEAU), Thèse précitée, p. 408 et spéc. la note 8.

(47) Voy. les auteurs cités par X. DIJON, Thèse précitée, p. 430, note 38.

(48) Voy. J.L. FAGNART, *La réforme de la responsabilité médicale...*, op. cit., pp. 9 et suiv.

(49) J.L. FAGNART (*la réforme de la responsabilité médicale*, op. cit., pp. 9 et 20) qualifie expressément d'obligation de résultat la nécessité pour le médecin d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient; M. VAN QUICKENBORNE (op. cit., n° 38) combat pour sa part la position adoptée ensuite de l'arrêt précité (1951) de la Cour de cassation française: "Principeel lijkt de bewijslast me dan ook op de arts te moeten liggen".

(50) Notons que la position de la Cour suprême de R.F.A. va dans ce sens: voy. BGH NJW 1978, 1690 commentée par LOUSANOFF, op. cit., p. 115 (Selon la Cour, une intervention médicale n'est légitime que dans la mesure où elle est couverte par le consentement du patient donné sur base d'une information adéquate. La preuve du consentement informé du patient revient au médecin. S'il échoue dans cette démonstration, il devra réparer le dommage résultant éventuellement du traitement procuré). En Belgique, une position similaire est défendue par M. DEL CARRIL, op. cit., folio 5.

(51) Voy. M. VAN QUICKENBORNE, op. cit., n° 39.

(52) C'est pourquoi nous estimons que la proposition de loi, déposée par L. HANCKE, imposant l'obligation de demander le consentement du patient en matière d'actes médicaux (Doc. Parl., Chambre, n° 610/1 du 6 octobre 1986, session 1985-1986; proposition redéposée sous une forme identique le 3 mars 1988: Doc. Parl., Chambre, no 205/1, session extraordinaire 1988) est à la fois inopportune et potentiellement dangereuse quoiqu'inspirée des intentions les plus louables. Effectivement ce texte impose l'obtention du consentement écrit du patient dans des cas définis de manière tellement vague (notamment : pour "les actes pouvant avoir des conséquences irréversibles" et pour "les actes impliquant des risques ou des effets secondaires inhabituels" - souligné par nous : il s'agit là de notions qui bien souvent ne pourront être précisées qu'à la suite d'un raisonnement a pos-

H. NYS (53), s'appuyant sur une jurisprudence bien connue (54), estime qu'il existe un certain automatisme entre la fourniture d'une information au patient et l'induction qu'en fait le juge de l'existence de son consentement lorsque ledit patient n'a pas manifesté clairement son refus de l'intervention projetée. Dès lors, plutôt que de consentement informé (informed consent) il faudrait plutôt parler de "refus informé" (informed refusal).

Cette opinion, quoiqu'évocatrice, ne nous semble pas aller au fond des choses. Elle génère pour le surplus une impression de statisme de la jurisprudence qui, à notre sens, ne correspond pas à la réalité. Ainsi l'arrêt rendu en 1973 par la Cour de cassation, bien que posant le principe de l'obligation du médecin de recueillir le consentement éclairé du malade, n'en confirme pas moins une décision de la Cour d'appel de Liège (55) procédant à l'absolution d'un médecin à propos duquel il était établi qu'il n'avait pas éclairé son patient sur les dangers inhérents à l'opération envisagée; la Cour d'appel put aboutir à ce résultat en procédant d'une affirmation sans nuances du principe de la liberté thérapeutique du médecin. Nous avons déjà indiqué (supra note 42) un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui, par contraste, utilise ce même principe de la liberté thérapeutique (ou plutôt l'abus de cette liberté) en vue de sanctionner le comportement d'un médecin qui n'avait pas recueilli le consentement éclairé de son patient. D'autre part, la décision de la Cour d'appel de Liège en date du 23 avril 1980 (confirmée par l'arrêt rendu le 8 octobre 1981 par la Cour de cassation) qualifie nettement le caractère fautif de l'intervention non précédée d'une information préalable et ce même si les règles de l'art ont été respectées (alors que l'arrêt confirmé en 1973 par la Cour de cassation manifeste une tendance à ne vouloir sanctionner que les interventions contrevenant aux règles de l'art). Les juges sont donc conscients aujourd'hui de l'importance du principe d'obtention du consentement libre et éclairé du patient. Cependant, ils se sentent à juste titre acculés dans une impasse en raison de l'existence de la règle - dont nous avons démontré le caractère incorrect - imposant au patient le fardeau de la preuve. Ils sont donc obligés de faire oeuvre imaginative, ce qu'a fait la Cour d'appel d'Anvers dans la décision précitée. L'imagination déployée permet d'atteindre certaines solutions ponctuelles mais elle reflète également l'insécurité juridique régnant en la matière. C'est pourquoi il s'agit de mettre clairement en évidence que **si la fourniture d'informations permettra le cas échéant d'induire l'existence du consentement éclairé du patient (la preuve par présomptions étant admise)**, la preuve de la fourniture et du caractère adéquat de ces informations incombe au médecin puisque c'est à lui de prouver l'obtention du consentement libre et éclairé du patient.

Ceci dit, il nous reste à définir l'étendu du devoir d'information (ou de renseignement) qui pèse à cet égard sur le médecin.

La référence contractuelle, plus particulièrement celle aux contrats mettant en présence un professionnel et un non professionnel, présente une certaine utilité car elle traduit bien la préférence de notre époque pour l'intention cognitive (consentement informé); l'intention volitive (le seul consentement, éventuellement purement formel s'il s'agit d'un contrat d'adhésion) n'étant plus jugée apte à satisfaire l'idéal de justice commutative actuellement poursuivi. Ainsi, une jurisprudence abondante s'est développée, plus particulièrement au cours des deux dernières décennies, en vue d'imposer au professionnel, sur base des articles 1134 al. 3 et 1135 du Code civil, un devoir d'information et de conseil envers son cocontractant moins averti que lui (56).

teriori) que le médecin sera tenté de demander le consentement écrit du patient pour n'importe quelle intervention étant donné que la proposition de loi lui fait supporter la charge définitive de la preuve dans tous les cas, y-compris ceux où un consentement écrit n'aurait pas été requis. Une telle pratique nous semble devoir dégénérer en signature apposées mécaniquement au bas d'un formulaire standardisé énonçant de manière tout aussi standardisée une série d'informations (puisque la proposition énonce également un devoir d'information du médecin et qu'il semble - bien que le texte ne le fasse pas apparaître clairement - que la preuve lui incombe également quant à la fourniture effective de cette information). Il est certain qu'un tel état de fait nuirait d'une part à l'établissement du climat de confiance entre le médecin et son patient et placerait d'autre part le patient dans une situation similaire à celle caractérisant le contrat d'adhésion: consentement purement formel et information très aléatoire (qui lit et sur tout qui comprend toutes les indications d'un formulaire d'adhésion?).

(53) H. NYS, *Eigendom in het medisch recht*, R.W., 1983-1984, col. 2357 et spéc. 2365-2367; même auteur, *De toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 258-259.

(54) Cass., 4 octobre 1973, J.T., 1974, p. 296 et note J.L. FAGNART; Liège, 23 avril 1980, cette Revue, 1981, 10294; Cass., 8 octobre 1981, cette Revue, 1983, 10590.

(55) Liège, 24 novembre 1971, J.T., 1974, p. 297.

(56) Cons. P. DAUCHY, *Une conception objective du lien d'obligation: les apports du structuralisme à la théorie du contrat*, Arch. phil. dr., 1981, pp.269 et suiv.; G. VINEY, op. cit., nos 502-512; Centre de recherches informatiques et droit des Facultés universitaires de Namur, *Le droit des contrats informatiques*, Bruxelles, Larcier, 1983, pp. 32 et suiv.; A. VAN CEELELEN et E. DIRIX, *Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)*, R.W., 1985-1986, col. 2 et plus spéc. col. 10-14; G. ROMMEL, *De informatieplicht in het consumentenrecht*, R.W., 1983-1984, col. 2273 et suiv.; T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*; Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 353 et suiv.; E. DE CANNART D'HAMALE, *Le devoir de conseil du fournisseur en informatique*, R.D.C., 1989, p. 568; J.L. FAGNART, *La responsabilité extracontractuelle du prestataire de services*, Actes du colloque: Les prestations de services et le consommateur (17 novembre 1989), Louvain-la-Neuve, Centre

On sait que l'exigence du consentement libre et éclairé du patient dans la relation thérapeutique préexiste à ces développements en raison du fondement qui lui est spécifique (le pouvoir d'autodétermination). Cependant la relation médicale met également en présence un professionnel (le médecin) et un profane. Des lors, les développements signalés concernant des professionnels autres que le médecin peuvent fournir une source d'inspiration précieuse lorsqu'il s'agit de préciser les contours de l'obligation de renseignement du médecin.

En raison de la complexité et de l'incertitude de la matière médicale, il semble que l'obligation du médecin quant à l'étendue et à l'exactitude des renseignements procurés doive faire l'objet d'une appréciation marginale, ce qui veut dire que l'appréciation de ceux-ci doit se faire en se reportant au moment où ils furent communiqués et qu'une marge d'erreur "tolérable" est admise (57).

D'autre part, l'obligation de renseignement pesant sur le médecin devrait normalement impliquer que celui-ci révèle au patient tous les risques prévisibles (même les plus rares) inhérents à l'intervention projetée. En outre, le praticien devrait toujours dire toute la vérité au patient quant à son état. On touche ici un point particulièrement délicat. En effet, la stricte mise en oeuvre du pouvoir d'autodétermination du patient nécessite l'instauration d'un tel climat de parfaite transparence (58). L'opinion dominante enseigne cependant que l'intérêt du malade (pour paraphraser X. DIJON, l'aspect "protection" du droit subjectif l'emporte ici sur celui de "disposition") commande que l'information ne porte que sur les risques "normaux", c'est-à-dire non exceptionnels (59). On veut ainsi protéger le patient en quelque sorte contre lui-même, plus

de droit de la consommation (act. doc. dactyl.), p. 17; Y. MERCHERS, *De problemen in verband met de uitvoering*, Actes du colloque cité ci-avant, pp. 3-6.

De toutes ces sources il ressort qu'une obligation positive de renseignement et de conseil est désormais imposée par la jurisprudence dans le cadre de relations contractuelles où se manifeste la confiance d'une partie envers l'autre en raison du professionnalisme de cette dernière (pour reprendre les termes de G. VINEY: une obligation d'information est consacrée chaque fois que l'une des parties se fie à la compétence de l'autre dans un domaine où elle est elle-même normalement incompétente). Les professionnels les plus divers (architecte, entrepreneur, notaire, conseiller fiscal, avocat, courtier, fournisseur de matériel informatique...) ont ainsi été reconnus débiteurs d'une obligation de renseignement dont l'intensité semble se renforcer avec le degré de compétence de professionnel considéré. Plus particulièrement en ce qui concerne les médecins, on notera que l'importance du devoir d'information de l'homme de l'art est désormais pleinement reconnue et même affirmée haut et clair par des représentants de la profession: voy. M. VAN DER GHINST, *Responsabilité médicale - Faute médicale*, cette Revue, 1983, 10633, folio 3 (soulignant la fonction d'"expliqueur" du médecin); I. UYTENDAELE, *Het beroepsgeheim van de geneesheer* ? VI. T. Gez., 1986-1987, p. 319 et spéc. pp. 321-322.

(57) Voy. J.L. FAGNART, observations sous Cass., 4 janvier 1973, J.T., 1973, p. 551 (exprimant une opinion similaire à propos de l'avocat).

Sur l'appréciation marginale en général, cons. J. RONSE, *Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé* in la motivation des décisions de justice, Travaux du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 403 (l'auteur fait le lien entre la détention d'un pouvoir par une personne et l'appréciation marginale qui est faite de son comportement, laquelle appréciation doit tendre d'une part à sauvegarder l'efficacité de ce pouvoir et à empêcher d'autre que celui-ci ne s'exerce de manière arbitraire. La transposition de ce raisonnement en matière médicale permet à la fois de rendre effectif et de réprimer les abus auxquels peut donner lieu l'exercice du pouvoir conféré au médecin par le principe de sa liberté thérapeutique). L'appréciation marginale est également appliquée à d'autres professionnels tels que, par exemple, les administrateurs de société (voy. J. VAN RYN et X. DIEUX, *La responsabilité des administrateurs*, R.P.S., 1989, no 6511, spéc. pp. 102-103).

Remarquons enfin que le critère d'appréciation marginale est également celui qui prévaut actuellement dans la **matière de la responsabilité médicale** (voy. H. NYS, *Geneeskundig recht*, Leuven, Acco, 1987, pp. 31-38). Pour un exposé des difficultés inhérentes à la pratique médicale justifiant le recours à une telle appréciation, voy. J. VAN KEERBERGHEN, *L'aggravation de la responsabilité médicale - Pourquoi? - Un bien?* cette Revue, 1983, n° 10632 et aussi M. VAN DER GHINST, op. cit., folio 4: à peine de tomber dans une médecine défensive finalement contraire aux intérêts du malade, il s'agit de ne pas confondre l'erreur médicale excusable et la faute médicale. Par conséquent, si le médecin répond bien de sa faute légère (voy. R.O. DALCQ, *L'évolution de la responsabilité médicale*, op. cit., p. 634), celle-ci devra être appréciée en se reportant au moment où l'acte a été posé (R.O. DALCQ, ibid. p. 638) en tenant compte de la marge d'erreur tolérable (voy., en guise d'illustrations: Corr. Neufchâteau, 26 mai 1983, Rev. dr. pén. 1983, p. 809; Mons, 29 septembre 1986, R.G.A.R., 1987, 11282). Un soin particulier doit s'exprimer dans la mise en oeuvre du critère d'appréciation marginale car celle-ci ne peut être confondue avec celle du régime de responsabilité pour faute lourde (seule la faute lourde du médecin engageait sa responsabilité à l'époque où l'exercice de la médecine était envisagée sous l'angle du "ministère médical": voy. X. DIJON, Thèse précitée, p. 404); cette confusion se manifeste encore de temps à autre dans la jurisprudence (voy. Civ. Bruxelles, 8 mars 1978, Pas. 1980, III, 5).

(58) Pour reprendre les mots de J. VAN KEERBERGHEN (op. cit., folio 2): "Le droit de disposer de son intégrité physique n'implique-t-il pas celui de refuser tout risque?"

(59) Voy. J. VAN KEERBERGHEN, ibid. et X. DIJON, Thèse précitées, p. 477 et les nombreuses références.

précisément contre la crainte irraisonnée - naissant de la révélation d'un risque potentiellement dommageable mais exceptionnel - qui l'empêcherait finalement d'avaliser la réalisation d'une intervention bénéfique à sa santé. L'attitude finalement prise à cet égard dépend de la mentalité régnante (60) et de son évolution. A ce propos, nous avons déjà mis en évidence les facteurs qui nous semblent indiquer une évolution dans le sens d'une aspiration plus grande à la transparence. Dès lors, le doute du médecin quant à l'étendue des renseignements à fournir doit se résoudre en faveur de la fourniture de l'information la plus complète (celle-ci doit bien entendu être formulée de manière intelligible). De plus, si le critère actuel d'information quant aux risques normaux consiste en la mise en œuvre du critère abstrait du "patient raisonnable" dans son désir d'être informé, les besoins subjectifs d'information d'un patient doivent être respectés si ceux-ci viennent à être exprimés (61).

Cette considération nous amène à la question de savoir si le médecin doit informer son patient d'un pronostic grave, éventuellement fatal. A vrai dire, la question ne se pose qu'en raison de l'existence d'une règle étonnante du Code de déontologie médicale (62) qui en sa qualité de norme déontologique ne peut aucunement être opposée au patient exigeant que la vérité lui soit révélée (63). Cette norme reflète sans doute la croyance, encore existante au sein du corps médical, de ce que le secret médical serait opposable au malade (64). Or, si le caractère d'ordre public du secret médical est toujours affirmé en Belgique (65), cette règle doit être conciliée avec le principe selon lequel le secret ne peut être opposé au malade lui-même (66). Dès lors,

(60) J. VAN KEERBERGHEN (ibid) est ainsi persuadé que la plupart des malades ne désirent pas être informés des risques qu'ils courent mais cet auteur exprime-t-il réellement l'opinion de tous ?

(61) Voy. M.A. SOMERVILLE, Le consentement à l'acte médical, Série Protection de la vie, Commission de réforme du droit du Canada, 1980, spéc. p. 27. Il nous semble ainsi que le critère objectif du patient raisonnable sera plus susceptible de s'appliquer en milieu hospitalier où, par hypothèse, le médecin ne connaît guère les particularités subjectives des malades qu'il soigne mais, encore une fois, ceci ne vaut que dans le cas où le patient n'a exprimé aucun besoin particulier en matière d'information.

(62) Art. 33 : "En principe, le pronostic doit être révélé au patient. Un pronostic grave peut cependant légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne peut lui être révélé qu'exceptionnellement et avec grande circonspection, mais il doit l'être généralement et en temps opportun à l'entourage à moins que le patient n'ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite".

(63) Le Code de déontologie médicale est dénué de toute valeur juridique quelconque à l'égard des non-médecins. Remarquons que sa force obligatoire même à l'égard des médecins est plus que douteuse car ce mode n'a jamais reçu l'approbation par arrêté royal prévue par l'arrêté royal n° 79 relatif à l'Ordre des médecins (cons. Cass., 29 avril 1983, VI. T. Gez., 1983-1984, bl. 224 en noot H. NYS et voy. noot H. NYS onder Rb. Brugge, 14 maart 1983, VI. T. Gez., 1983-1984, bl. 37).

Il faut cependant souligner et dénoncer une tendance indéniable à confondre règles déontologiques et droit, tendance sans doute entretenue par un phénomène bien réel d'interactions entre le droit et la déontologie (voy. H. NYS, *Van medisch recht naar gezondheidsrecht*, op. cit., pp. 8 et suiv. et comp.: l'art. 41 du Code de déontologie avec l'art. 13 de l'A.R. n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir; l'art. 34 du Code et l'arrêt Mercier précité; l'art. 55 du Code avec la jurisprudence affirmant le caractère d'ordre public du secret médical; l'art. 36 du Code avec l'art. 11 de l'A.R. n° 78; l'art. 28 al. 2 du Code avec l'art. 8 de l'A.R., n° 78).

(64) Cette croyance prit son essor à partir de la constatation que le médecin exerce une véritable maîtrise sur les informations couvertes par le secret (effectivement, ces informations comprennent non seulement celles qui lui ont été confiées par le malade mais aussi celles - ignorées du patient - auxquelles il a accès par l'exercice de son art). Dès lors il s'opéra un glissement d'une conception du secret médical érigé au XIX^e siècle en vue de protéger l'individu en son espace privé vers une vision d'un secret accordant certains droits aux médecins détenteurs de l'information et notamment le droit - au nom du caractère d'ordre public du secret médical - d'opposer le secret au patient lui-même (voy. D. THOUVENIN, op. cit., part. pp. 52, 107, 135; C. DECOSTER, *Het medisch beroepsgeheim in en rondom het ziekenhuis*, VI. T. Gez., 1981, nr 5, p. 2 et spéc. p. 3; le fait que le secret médical soit un instrument de pouvoir est perçu par les médecins, cons. I. UYTENDAELE, op. cit., p. 319 et l'ambiguïté du secret en tant que devoir-pouvoir apparaît chez R. DIERKENS (*Beroepsgeheim en recht*, VI. T. Gez., 1986-1987, part. pp. 261 et 263) qui affirme d'une part que le secret médical est un devoir et certainement pas un droit du médecin et laisse d'autre part au bon vouloir du médecin la délivrance de certificats médicaux demandés par le patient en vue de faire valoir ses droits à l'égard de tiers.

(65) Cass., 30 octobre 1978, Pas., 1979, I, 248, Voy. noot H. NYS onder Rb. Leuven, 5 januari 1979 en Brussel, 3 februari 1981, VI. T. Gez., 1981, nr. 1 p. 35 (l'auteur s'interrogeant sur le lien éventuel entre cette stricte jurisprudence et la rigueur renforcée des règles du Code de déontologie en la matière par rapport à une version antérieure du même Code).

(66) La jurisprudence précitée (nous y reviendrons infra) traite uniquement de la question de savoir si le patient peut délier son médecin du secret en vue de lui permettre de faire certaines révélations à des tiers (réponse négative) et non pas celle de l'accès du patient lui-même à certaines informations (voy. L. HANCKE, *Is er nood aan wetgevende initiatieven?*, VI. T. Gez., 1989, p. 175 et spéc. pp. 178-179; la position actuelle de la jurisprudence belge correspondrait alors à une tendance, naguère exprimée par la jurisprudence française, retenant à la fois le caractère absolu et ordre public de l'obligation au secret et la non opposabilité du secret dans la relation malade-médecin (sur cette tendance française, voy. G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Paris, Litec, 1985, n° 103). Quant au principe selon lequel le malade ne peut être considéré comme un "tiers" auquel le secret médical peut être opposé, voy.: X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, op. cit., n° 208; R. DIERKENS, op. cit., p. 262; UYTENDAELE, op. cit., p. 321; H. NYS, *Juridische problemen rond erfelijkheidsvoorlichting*, R.W., 1982-1983, col. 609,

il est clair que le médecin ne peut refuser de donner suite à une demande d'information émanant du patient, il ne peut le tromper quant à la réalité de son état (67). Nous terminerons le survol de ce point en livrant à la méditation du lecteur une déclaration faite récemment par L. CAS-SIERS, Doyen de la Faculté de médecine de l'U.C.L. (68) : "Lorsque la maladie apparaît et, avec elle, l'angoisse de la mort, le médecin se demande s'il doit dire ou taire la vérité. La dire, c'est en quelque sorte déclarer son impuissance. La taire, c'est parfois sous-estimer l'homme qui souffre. L'idéal: dire la vérité en laissant une porte ouverte à l'espoir".

b/ La libération du médecin resté en défaut d'exécuter son obligation de renseignement.

Il peut arriver qu'un patient subisse un dommage ensuite de la réalisation d'un risque exceptionnel dont il n'avait pas été informé par le médecin qui l'a soigné. Dans ce cas, J.L. FAGNART considère que le médecin est exonéré de responsabilité pour l'inexécution de son obligation de résultat car la circonstance décrite est constitutive de force majeure (69). On pourrait objecter à cette thèse que la force majeure doit présenter un caractère imprévisible. Or, le risque exceptionnel n'est pas nécessairement imprévisible, loin s'en faut. La jurisprudence admet cependant une appréciation raisonnable du caractère imprévisible de l'événement constitutif de force majeure. Ainsi une circonstance prévisible aura le même effet libératoire que la circonstance imprévisible "s'il n'est pas au pouvoir du débiteur d'en prévenir les effets" (70). Cela étant, une telle extension du concept de force majeure rapproche finalement le régime libératoire du débiteur de la simple démonstration de l'absence de faute laquelle est admise (ainsi que nous l'avons signalé supra n° 10) si l'on en vient à considérer que l'obligation du médecin de recueillir le consentement libre et éclairé de son patient consiste en une obligation de résultat atténuée.

12. En guise de conclusion de cette sous-section consacrée à l'obtention du consentement libre et éclairé du patient, nous voudrions rappeler l'observation faite par R.O. DALCQ (71) estimant qu'une bonne part des procès en responsabilité médicale pourraient être évités si les médecins se montraient davantage soucieux d'informer adéquatement leurs malades. Une illustration de la véracité de ces dires peut être trouvée dans la jurisprudence condamnant des médecins à réparer le dommage subi à l'occasion d'une stérilisation manquée (72). Ce faisant les juges évitèrent de qualifier l'obligation du médecin dans le cadre d'une telle intervention d'obligation de résultat (73) mais, par contre, ils relevèrent la faute consistant en un manque d'information quant aux précautions à prendre au cours des quelques semaines suivant l'intervention. Le jugement précité du tribunal d'Anvers est à cet égard fort intéressant car il paraît établir une présomption de causalité entre la faute (l'absence d'information adéquate) et le dommage subi (la naissance d'un enfant non désiré). En procédant de la sorte, le juge confirme

part. col. 618; K. SCHUTYSER, *Eigendomsrecht en medische dossiers*, R.W., 1983-1984, col. 3021 et spéc. col. 3029.

Pour en revenir à l'article 33 du Code de déontologie médicale (texte supra), il faut relever le paradoxe de cette disposition qui, d'une part, prétend conférer au médecin un droit au secret vis-à-vis du patient, mais qui, d'autre part, ignore superbement le principe du même secret en imposant la divulgation aux tiers proches du malade.

(67) Voy. R.O. DALCQ, *Réflexions sur le secret professionnel*, R.G.A.R., 1986, 11056, folio 2; R. SAVATIER et al. op. cit., nos 269-270; p. A. CREPEAU, op. cit., n° 93 note 4.

Par conséquent la jurisprudence ancienne (citée par X. DIJON, op. cit., p. 480) ayant couvert un mensonge médical ne peut plus être suivie aujourd'hui. Ceci est d'autant plus vrai que depuis 1978 notre Cour de cassation admet que la seule réticence peut être constitutive de dol dans le chef de celui qui est ailleurs débiteur d'une obligation d'information (Cass., 8 juin 1978, Pas. 1978, I, 1156, Obs. et cons. P. VAN OMME-SLAGHE, *Examen de jurisprudence (1974-1982) - Les obligations*, R.C.J.B., 1986, p. 33, spéc. n° 19).

Cons. également D. THOUVENIN (op. cit., p. 59) qui expose qu'au XVIII^e on insistait au contraire sur l'obligation du médecin de révéler son pronostic fatal aux malades afin qu'ils puissent "pourvoir à leur affaires spirituelles et temporelles". Un souci similaire apparaît dans le "plaidoyer contre le mensonge" formulé par une récente proposition de loi relative au droit à la dignité thérapeutique du patient incurable (Proposition KLEIN, Doc. Parl., Chambre, n° 65/1 du 2 février 1988, session extraordinaire 1988, p. 7).

(68) In: journal Le Soir, supplément des sam. 12 et dim. 13 mai 1990, p. 6.

(69) J.L. FAGNART, *La réforme de la responsabilité médicale...*, op. cit., p. 30.

(70) Voy. P. VAN OMME-SLAGHE, *Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les obligations*, R.C.J.B., 1975, p. 423, spéc. n° 56.

(71) R.O. DALCQ, *L'évolution de la responsabilité médicale*, op. cit., p. 655.

(72) Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, VI. T. Gez., 1980-1981, n° 3, p. 34; Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, R.W., 1988-1989, p. 1171. Sur la question, cons.: R. KRUIJTHOF, *Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind*?, R.W., 1986-1987, col. 2737; H. NYS, *Het kind en de rekening - Fout, Schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie*, R.W., 1988-1989, p. 1156; M. VAN LIL, *Naissance d'un enfant suite à une stérilisation manquée: qui paie l'addition?*, Bulletin du Conseil national de l'Ordre des médecins, 1989, n° 45, p. 40.

(73) Une telle attitude nous paraît sage car il ne semble pas démontré que cette intervention soit dépourvue d'aléa.

implicitement que l'obligation d'information pesant sur le médecin est bel et bien une obligation de résultat (74).

B. L'accès du patient aux données médicales le concernant

13. Quelles sont les raisons incitant un individu à vouloir accéder aux données médicales (75) le concernant ?

Celles-ci sont principalement de trois ordres. Tout d'abord, le patient peut désirer prendre connaissance en cours de traitement des données qui le concernent. Il s'agit alors d'une modalité d'exercice de son droit à la vérité déjà évoquée (supra n° 11 a/). Ensuite, l'individu est susceptible de demander à son médecin la communication de données qui lui serviront à exercer les droits qu'il détient vis-à-vis de tiers (on songe par exemple au bénéficiaire d'une assurance-hospitalisation qui, dans le cadre de l'exécution du contrat, sollicite de son médecin la rédaction de certificats à produire auprès de l'assureur). Enfin, il faut envisager l'hypothèse du conflit entre le patient et son médecin (procès en responsabilité médicale). Dans ce cas le patient, à qui revient la charge de prouver la faute du médecin, est amené à exiger la production des documents susceptibles de contribuer à l'administration de la preuve recherchée.

Attachons-nous à déterminer comment ces préoccupations sont rencontrées *de lege lata* et *de lege ferenda*.

14. *De lege lata* : une situation insatisfaisante.

S'agissant de la première préoccupation signalée, aucun problème ne devrait normalement se poser. Nous avons déjà indiqué que le secret médical n'est pas opposable au patient. Malheureusement, un certain nombre de médecins pensent encore le contraire et, il faut le dire, le Code de déontologie médicale renforce cette éventuelle croyance (76).

Bien entendu, il faut admettre que cette conviction trouve son origine dans l'affirmation, répétée par l'arrêt - précité - rendu par la Cour de cassation le 30 octobre 1978, du caractère d'ordre public du secret médical. Cette décision eut pour effet d'empêcher la communication d'un dossier médical à un tiers, assureur du patient, avec l'accord de ce dernier faisant valoir ses droits à l'égard du premier. Le secret médical intéressant l'ordre public, dit la Cour, le malade ne peut en délier son médecin. Un problème identique se pose pour le patient lorsque celui-ci essaie d'obtenir la rédaction d'un certificat destiné à son assureur: il peut arriver que le médecin refuse de s'exécuter en invoquant le secret médical et le patient ne dispose alors d'aucun moyen de l'y contraindre. Cette situation est révélatrice de l'inconfort engendré par une vision belge du secret médical clamant son caractère d'ordre public vis-à-vis des tiers tout en reconnaissant (mais timidement et pour cause!) son inopposabilité au patient lui-même. Une telle position est porteuse d'un potentiel d'insécurité et d'abus tout à fait considérable. Effectivement, une trop

(74) Le jugement (précité) du tribunal de Courtrai fait quant à lui référence à la théorie de la perte d'une chance : le manque d'information a privé le couple concerné de la possibilité de prendre les mesures en vue de se prémunir contre une éventuelle conception. Cette théorie permet de contourner l'obstacle posé au demandeur par l'application de la théorie de l'équivalence des conditions. En effet, celui-ci n'aura à prouver ensuite de la mise en œuvre de la première théorie citée que le lien de causalité entre la faute et la perte de chance de non survenance du dommage et non plus le lien de causalité entre la faute et le dommage réellement subi (tâche autrement plus ardue car le juge refusera de voir en la faute la cause certaine du dommage s'il ne peut exclure à 100 % l'influence d'une autre cause dans la production du dommage). La théorie de la perte d'une chance est cependant critiquée, à juste titre selon nous (voy. les pénétrantes réflexions de C. HENNEAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1987, nos 457 et suiv.). La moindre de ces critiques n'est sans doute pas l'argument tiré de son caractère artificiel : il s'agit de réaliser la conciliation d'une preuve allégée et le maintien strict du régime de l'obligation de moyens. Nous estimons pour notre part que le régime de la perte d'une chance tend à se rapprocher de celui de la présomption de causalité caractéristique de l'obligation de résultat. On vient de voir par ailleurs que la qualification d'obligation de résultat doit être retenue pour l'obligation d'information du médecin, ce qui rend inutile le recours à la théorie de la perte d'une chance dans cette hypothèse.

(75) Par "donnée médicale" nous entendons toute information traduite sur un support (manuel, informatisé ou autre) relative à l'état de santé, les examens médicaux et les traitements subis par une personne déterminée (ainsi les dossiers et les certificats médicaux font-ils partie des "données médicales" retenant ici l'attention).

(76) Cons. l'art. 42 du Code: "Le médecin, lorsqu'il l'estime utile ou lorsque le malade lui en fait la demande, peut remettre au patient, dans la mesure où son intérêt l'exige, les éléments objectifs du dossier médical, tels que les radiographies et les résultats d'examen" (souligné par nous). Cette disposition prétend donc conférer au médecin le droit de refuser la communication demandée par le patient. Nous avons pourtant déjà fait remarquer que le Code de déontologie médicale ne peut en aucun cas constituer une source de droits opposables au non médecin !

grande "publicité" autour de l'inopposabilité au patient du secret médical risque d'engendrer de la part de tiers intéressés à connaître la situation médicale d'une personne diverses manoeuvres et pressions en vue d'inciter cette dernière à exercer son droit d'accès aux données médicales de manière à leur procurer finalement un accès indirect à ces données. C'est ainsi que le médecin - qui au départ fut institué débiteur d'une obligation de discrétion visant à préserver le malade de toute intrusion dans sa vie privée - s'est érigé en "gardien du secret dans l'intérêt du malade" et se trouve actuellement dans une position lui permettant d'exercer un **pouvoir discrétionnaire** en la matière (77).

L'exercice de ce pouvoir se double d'un **conflit d'intérêts** particulièrement aigu lorsque le médecin devient la cible d'une action en responsabilité dirigée contre lui par son patient. On peut alors craindre que le praticien transforme le secret en un bouclier lui permettant de s'opposer à la communication de pièces à l'aide desquelles le patient pourrait tenter d'établir sa responsabilité.

La survenance en pratique d'une telle opposition du médecin fut à l'origine du développement de l'utilisation de la procédure pénale (permettant la saisie du dossier médical dans le cadre de l'instruction) dans les procès en responsabilité médicale (78). On s'accorde pourtant à dire que la mise en oeuvre d'une telle procédure n'est finalement souhaitable ni pour le patient ni

(77) Cet état de fait se dégage clairement de la lecture de l'art. 67 al. 1^{er} du Code de déontologie médicale ("Le médecin a le droit mais non l'obligation de remettre directement au patient qui le lui demande un certificat concernant son état de santé. Le médecin est fondé à refuser la délivrance d'un certificat. Il est seul habilité à décider de son contenu et de l'opportunité de le remettre au "patient" - souligné par nous).

Pour revenir au problème de la délivrance de certificats au patient en vue de lui permettre de faire valoir ses droits à l'égard de tiers. On constate que la loi elle-même écarte dans certains cas le problème posé par le secret médical en imposant au médecin la délivrance de certificats (notamment en matière d'assurance maladie-invalidité et d'accidents du travail - cons. L'art. 58 du Code de déontologie rappelant les obligations légales du médecin en ces matières). Pour le reste, une reconnaissance implicite de ce que le secret médical ne vaut pas à l'égard du malade transparaît dans la reconnaissance de la validité de certificats délivrés au patient lui-même tandis que les certificats délivrés à des tiers sont frappés de nullité (voy. H. ANRYS, op. cit., n° 119; X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, op. cit., nos 207, 215; H. NYS, *Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg - Overzicht van de rechtspraak 1970-1984*, R.W., 1985-1986, col. 1249 et spéc. col. 1271-1274 et, même auteur, *Het medisch beroepsgeheim en de aflevering van een geneeskundige verklaring*, noot onder Rb. Leuven, 5 januari 1979 en Brussel, 3 februari 1981, VI. T. Gez., 1981, nr 1, p. 34). Une attitude "pragmatique" s'est ainsi développée voyant nombre de médecins délivrer les certificats que le patient s'empresse de communiquer aux assureurs intéressés (ainsi que le fait remarquer I. UYTENDAELE (op. cit., p. 320); "Onder druk van patiënt en omgeving gaat de geneesheer dan maar weer aan het schrijven in zichzelf zeggend dat hij daardoor toch niemand schaadt... tenzij de openbare orde, die in zijn geweten nauwelijks bestaat". Voy. également H. NYS, *Geneeskundig recht*, op. cit., p. 71). Ce pragmatisme est, on l'aura compris, insatisfaisant à un double point de vue : d'abord parce qu'il permet à un tiers d'accéder indirectement à des données couvertes par le secret et ensuite parce qu'il laisse le patient dans une situation bien aléatoire si le médecin vient à préférer la voie du secret à celle du pragmatisme en refusant de lui fournir un certificat destiné à un tiers.

Reprenons par exemple le cas de la police d'assurance imposant au patient la communication de certains renseignements dont dépendra la mise en oeuvre du processus d'indemnisation. La jurisprudence a généralement frappé de nullité les clauses qui imposent explicitement au patient la production de certificats médicaux en vue de faire triompher ses droits (voy. H. NYS, ... *Overzicht van rechtspraak*... *ibid.*). D'autres polices prévoient cependant la seule obligation du patient de procurer "tout renseignement complémentaire jugé nécessaire" lors de la survenance d'un sinistre. Cette clause est en soi valable mais elle pose problème lorsque, le sinistre survenant, l'assureur s'en prévaut pour exiger la production de certificats médicaux à peine de déchéance de la garantie. Dans ce cas, la jurisprudence manifeste une tendance à sanctionner ce comportement de l'assureur, qui, comme tel, viole l'ordre public (cons. cet article, écrit par un "juriste d'assurances", révélateur du fait que les compagnies sont bien conscientes du problème: H. CLAASENS, *Het beroepsgeheim in de verzekeringsmaatschappij*, VI. T. Gez., 1986-1987, p. 357). Le juge pourrait par exemple annuler le contrat en considérant que le consentement de l'assuré fut entaché d'erreur (voy. H. NYS, *ibid.* - n'oublions pas que l'assureur, en tant que professionnel, assume une obligation de renseignement envers l'assuré) ou encore ordonner à la compagnie d'exécuter son obligation en constatant que l'assuré a lui-même fait tout ce qu'il était possible de faire en vue d'exécuter son obligation (voy. Paris, 4 février 1891 (!). D.P., 1891, 2, 317 cité par D. THOUVENIN, op. cit., p. 209) et/ou que d'autre part l'assureur ne peut se dérober à ses obligations par un comportement contraire à la bonne foi et à l'ordre public. On discerne bien cependant que la situation actuelle n'est favorable ni à l'assuré (peu informé de ses droits et qui risque de se décourager rapidement face aux exigences de l'assureur et à l'intransigeance éventuelle du médecin) ni à l'assureur (dont la position est très aléatoire sur le plan juridique).

(78) Voy. R.O. DALCQ, *L'évolution de la responsabilité médicale*, op. cit., p. 651.

Pour une description de la procédure de saisie de dossiers médicaux, cons. H. NYS, *Geneeskundig recht*, op. cit., pp. 58-60 et voy. art. 66 du Code de déontologie médicale.

pour le médecin (79). Une évolution heureuse se manifeste cependant en la matière. Des patients ont en effet réussi à obtenir la production de documents médicaux (art. 877 du Code judiciaire) dans le cadre d'une procédure civile (80). Cette évolution confirme, si besoin en était encore, l'inopposabilité du secret médical au patient (le médecin étant fondé - ensuite de la jurisprudence déjà signalée de la Cour de cassation - à invoquer avec succès l'art. 929 du Code judiciaire pour s'opposer à une demande identique formulée par un tiers). Un problème important subsiste néanmoins à cet égard : celui de la **dichotomie** entre les pièces objectives (qui doivent en règle être communiquées) et subjectives (lesquelles ne seraient pas communicables) du dossier dont la production est demandée (81). Effectivement, la ligne de démarcation entre les deux types de pièces se perçoit malaisément (82). En outre, une conception trop large de la notion de "pièces subjectives" englobant toutes les constatations personnelles du médecin risque de vider la production du dossier de tout intérêt quelconque (puisque le patient recherche précisément les éléments dont le juge pourra induire la faute personnelle du médecin). Le tout sans préjudice du développement probable d'une pratique consistant à tenir un double dossier médical : celui qu'on communiquera éventuellement et le "vrai" contenant toutes les données relatives à la poursuite du traitement (83). On constate donc qu'il importe de dénoncer le principe de dichotomie des divers éléments du dossier médical (84), d'une part au nom du droit du malade à la vérité et d'autre part en vue de lui permettre de rassembler effectivement les preuves dont la charge lui incombe généralement dans le procès en responsabilité médicale.

(79) Pour le médecin : qui se voit reprocher un délit pénal alors que seule sa responsabilité civile est en réalité recherchée par le malade.

Pour le patient : qui éprouvera une difficulté plus grande dans l'établissement de la responsabilité du médecin car le doute profitera plus facilement à ce dernier dans une procédure pénale. Pour les deux intéressés : en raison du caractère non contradictoire des expertises effectuées au pénal (voy. R.O. DALCQ, *ibid.*, pp. 651-652).

Cons. également C. HENNAU-HUBLET, *op. cit.* in *Rev. dr. pén.*, pp. 590-591 : l'auteur énonce les arguments s'inscrivant en faveur d'un retour à la dualité des fautes pénale et civile : un tel retour est souhaitable tant pour le médecin - dont la responsabilité pénale sera plus malaisément mise en cause - que pour le patient dont l'éventuelle indemnisation ne serait plus menacée par une décision d'acquiescement au pénal ou par le caractère abrégé de la prescription de l'action civile fondée sur une infraction.

(80) Civ. Bruxelles (réf.), 7 mars 1988, J.T., 1988, p. 458 et Bruxelles (réf.), 20 juillet 1989 (inédit), R. n° 2093.

(81) Le jugement du tribunal de Bruxelles admet la dichotomie. Un conflit d'intérêts manifeste réapparaît à cette occasion étant donné que celui-ci confie à l'Ordre des médecins le soin d'opérer le tri. La décision de la cour d'appel de Bruxelles refuse quant à elle d'avaliser cette pratique en raison de son caractère non contradictoire. Aucune de ces décisions n'indique le fondement juridique du principe de dichotomie (hormis l'article 62 al. 1^{er} b/ du Code de déontologie médicale - cité par le tribunal de Bruxelles - dont on sait pourtant qu'il ne peut prétendre au statut de règle juridique; la Cour d'appel se borne à signaler que les parties sont d'accord pour que ne soient pas communiquées les notes personnelles des médecins).

(82) K. SCHUTYSER (*op. cit.*, col. 3027-3029) constate que la frontière entre données objectives et notes personnelles du médecin s'opère difficilement mais l'analyse qu'il fait du contenu du dossier médical semble conférer une portée extrêmement large à la notion de "notes personnelles" (*persoonlijke werkaantekeningen*). En gros, la notion consisterait en une catégorie résiduelle dont sont exclues l'anamnèse et les pièces "objectives" au sens de l'article 42 du Code de déontologie médicale (lequel ne fournit aucune définition mais mentionne les radiographies et les résultats d'examen à titre d'illustrations). Il est vrai que cet auteur confère par ailleurs (col. 3044) au patient un large droit d'accès aux données médicales dont les "notes personnelles" du médecin ne seraient pas *a priori* exclues.

La proposition de loi HANCKE concernant le droit du patient de prendre connaissance des dossiers médicaux constitués à son sujet (Doc. Parl., Chambre, n° 1365/1 du 19 juin 1985, session 1984-1985; proposition redéposée à deux reprises en une forme identique: Doc. Parl., Chambre; n° 180/1 du 14 janvier 1986, session 1985-1986 et Doc. Parl., Chambre, n° 287/1 du 15 mars 1988, session extraordinaire 1988) précise que "Par notes de travail personnelles, il faut entendre les considérations provisoires, les impressions, les données que le médecin a notées en vue de l'établissement d'un diagnostic, le pronostic et la méthode de traitement". Cette proposition exclut ces données du droit d'accès reconnu au patient. D'autre part, il ressort d'une autre proposition de loi HANCKE (rendant obligatoire la constitution du dossier médical, Doc. Parl., Chambre, n° 319/1 du 22 mars 1988, session extraordinaire 1988) que les "données objectives" sont celles qui "peuvent être contrôlées ou constatées de façon objective (examen clinique, examens de laboratoire, tests...). Elles comprennent également les protocoles et rapports des autres médecins".

(83) Voy. D. GIESEN, *International malpractice law - A comparative law of civil liability arising from medical care*, Tübingen-Dordrecht-Boston-London, J.C.B. Mohr et Martinus Nijhoff publishers, pp. 428-429.

(84) En ce sens : K. SCHUTYSER, *ibid.* (avec certaines nuances); D. GIESEN, *ibid.* : la proposition KLEIN (précitée) prévoit (art. 2) que "... tout médecin détenant des informations ou tout document sur l'état de santé physique d'une personne est tenu, sur sa demande écrite, de les lui communiquer". La cour d'appel de Bruxelles dans la décision précitée adopte finalement une position assez neutre en la matière en constatant l'accord des parties pour que ne soient pas communiquées les notes personnelles des médecins "à l'exclusion des protocoles qui doivent l'être". La Cour ne semble donc pas opposée au principe de la communication d'éléments autres qu'objectifs.

15. *De lege ferenda*: vers une transparence accrue au nom de la protection de la vie privée.

Les difficultés présignalées suggèrent la nécessité de réformes permettant au patient d'exercer effectivement son droit d'accès aux données médicales tout en le préservant de tentatives émanant de tiers visant à se faire communiquer ces mêmes données par son entremise. Certaines réformes ponctuelles permettant toutefois la communication de certaines données à des tiers à l'égard desquels un patient est amené à faire valoir des droits pourraient également être envisagées.

Avant d'aborder l'analyse des développements effectivement en cours, il nous paraît important de poser un **préalable** : celui de la **détention fiduciaire par le médecin du dossier médical** (ou des données médicales en général) constitué à propos d'un patient. On pourrait en effet être tenté de lier la question de l'accès aux données à celle de leur propriété. Ainsi, le patient n'aurait accès aux données médicales le concernant que dans la mesure où il en serait propriétaire. Cette vision ne résiste pas à l'épreuve de la réalité. Le propriétaire du dossier peut varier selon les circonstances (85) sans que cette considération vienne entamer l'affirmation unanime suivant laquelle le médecin doit pouvoir rester en possession dudit dossier. Les considérations formulées à l'appui de cette position soulignent l'utilité multiforme du dossier (86) laquelle ne peut être optimisée que par le maintien du principe de sa détention par le médecin (87). Il s'agit cependant d'une détention finalisée qu'à dessein nous qualifions de "détention fiduciaire" (88). De plus celle-ci se voit imposer certaines limitations inspirées d'une part par un souci de protection de la vie privée du patient (le principe du secret médical doit être préservé) et d'autre part par la nécessité d'assurer l'accès du malade aux données le concernant en conséquence de son droit à la vérité (89).

Ces motivations (protection de la vie privée et droit d'accès de l'intéressé aux données collectées à son propos) ont certainement animé les promoteurs des divers projets et propositions

(85) X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT admettent une propriété de principe du patient (op. cit., n° 232) mais le moins que l'on puisse dire est que ces auteurs ne lient pas propriété et disposition ("Si le dossier médical appartient en principe au patient, celui-ci n'est cependant pas en droit d'exiger la remise de son dossier complet").

L'opinion généralement admise consiste à reconnaître la propriété du dossier soit au médecin lorsque celui-ci exerce son activité en toute indépendance soit à l'établissement hospitalier lorsque le médecin s'y trouve dans la situation d'un préposé (Voy. D. THOUVENIN, op. cit., pp. 173-175; C. DECOSTER, *Het medisch beroepsgeheim in en rondom het ziekenhuis*, op. cit., p. 10; K. SCHUTYSER, op. cit., col. 3028 et suiv.). Remarquons au passage que la constitution de dossiers médicaux pour chaque patient est une norme d'agrément pour les hôpitaux. Pour le reste, la constitution de tels dossiers n'est imposée qu'aux médecins généralistes ayant suivi des cours de formations complémentaire. Cons. l'art. 38 du Code de déontologie.

(86) Le dossier médical constitue pour le médecin un outil de travail (aide-mémoire) et un outil de recherche (cons. l'art. 43 du Code de déontologie médicale autorisant le médecin à utiliser ses dossiers pour ses travaux scientifiques. Rappelons que la recherche est l'une des finalités assignées par la loi aux hôpitaux universitaires). Pour le patient, le dossier consiste en une garantie supplémentaire de qualité et de continuité des soins. Pour la société (imposant sa tenue en certaines hypothèses), ce même dossier est un instrument de maîtrise des coûts (voy. Proposition HANCKE n° 319/1 précitée procédant à l'énumération de ces utilités diverses).

(87) C. DECOSTER, *ibid.*, pp. 9-10; K. SCHUTYSER, *ibid.*; Bruxelles (réf.), 20 juillet 1989 (précité) où le juge a estimé que seul le médecin (et non le C.P.A.S. gérant l'hôpital) détient et peut disposer du dossier de même que lever le secret qui le couvre.

(88) Nous entendons par là que le médecin ne se voit confier la maîtrise du dossier qu'en raison de la nécessaire confiance qui est placée en lui et pour lui permettre de rencontrer adéquatement les divers intérêts que traduit l'utilité multiforme du dossier médical. La notion de "fiducie" n'est certes pas inconnue de notre droit : elle nous vient du droit romain et est actuellement réexplorée, surtout par les commercialistes. La propriété fiduciaire (proche du trust anglo-saxon) traduit la confiance de celui-ci qui transfère un bien en propriété au fiduciaire à charge pour ce dernier d'en exercer les attributs au profit du bénéficiaire de la fiducie. On constate que cette situation présente une analogie frappante avec la situation du médecin détenteur du dossier médical. Voilà pourquoi nous n'hésitons pas à qualifier cette détention en lui conférant un caractère fiduciaire.

Sur la fiducie en général, cons.: La fiducie en droit moderne. Travaux de la Semaine Internationale de Droit., T.V., Paris; Sirey, 1937; Les opérations fiduciaires (colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984), FEDUCI, L.G.D.J., 1985. Sur les institutions apparentées en droit anglo-saxon (où le caractère fiduciaire de l'activité médicale est expressément relevé), voy.: R. FLANNIGAN, *The fiduciary obligation*, 9 Oxford Journ. of Legal Studies, 285 (1989) (Le fiduciaire y est défini comme le détenteur d'un pouvoir - La liberté thérapeutique par exemple - en mesure d'accéder à certains biens parmi lesquels l'information).

(89) Voy. K. SCHUTYSER, op. cit., col. 3041 et suiv.

de législation générale relative à la protection de la vie privée qui furent déposés depuis la fin des années soixante (90).

L'actuel avant-projet de la loi en la matière a, nous dit-on, de fortes chances d'être mené à terme dans un proche avenir: une volonté politique indéniable (91) et l'isolement de la Belgique en raison de son vide juridique actuel incitent il est vrai à une certaine célérité. Cependant le facteur qui jouera sans doute un rôle essentiel dans l'adoption rapide de ladite loi est l'aboutissement d'une législation qui dans un domaine particulier, celui de la sécurité sociale, a déjà transposé les objectifs de la législation générale encore en gestation: la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale (92). Cette loi consacre le droit d'accès et d'éventuelle correction des données sociales à caractère personnel (comprenant les données médicales nécessaires à l'application de la sécurité sociale) de la personne concernée par ces données (art. 19); elle impose l'application d'un principe de finalité dans le traitement desdites données (seules les données strictement nécessaires peuvent être communiquées à celui qui intervient dans l'application de la sécurité sociale - art. 23); les données médicales ne pourront être traitées que sous la surveillance et la responsabilité d'un médecin (art. 26); une obligation au secret professionnel est imposée à tous ceux qui interviennent dans le traitement de données sociales à caractère personnel (art. 28) et des sanctions pénales sont prévues à l'encontre de ceux qui auront usé de ces données à d'autres fins que celles qui sont autorisées par la loi (art. 62).

L'avant-projet de législation générale précité (93) comporte des principes identiques pour la traitement (manuel ou automatisé) de toutes les données à caractère personnel (c'est-à-dire celles relatives à une personne physique identifiée ou identifiable). Ainsi retrouve-t-on le principe de finalité (art. 6) déjà évoqué; un droit d'accès (art. 10 § 2) et de rectification (art. 11) sont organisés et l'art. 35, 2° sanctionne pénalement "quiconque (qui), pour contraindre une personne à lui communiquer les renseignements obtenus par l'exercice du droit consacré par l'article 10 § 2... a usé à son égard de voies de fait, de violence ou de menaces...". Les articles 8 et 10 § 4 de l'avant-projet énoncent certaines mesures de protection spécifiques aux données médicales. Ainsi l'article 8 prononce une interdiction de principe du traitement de données médicales sauf si l'intéressé y consent ou si ces données sont traitées sous la surveillance et la responsabilité d'un médecin. Ces données ne peuvent être communiquées à des tiers sauf à un autre médecin aux fins du traitement médical du patient (simple rappel du secret médical) ou (il s'agit ici d'une grande nouveauté, du moins en apparence !) à un autre médecin si le patient y consent (94). L'art. 10 § 4 modalise le droit d'accès du patient aux données médicales le concernant en précisant que celles-ci "sont communiquées à l'intéressé par l'intermédiaire d'un médecin choisi par lui". Cette disposition (manifestement inspirée de l'article 40 de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (95)) consiste, répétons-le, en une simple modalisation du droit d'accès direct consacré par l'article 10 de l'avant-projet (96). Le médecin visé par cette règle est un mandataire désigné par le patient

(90) Voy. J. DUMORTIER, *Het wetsontwerp over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van persoonsgegevens*, doc. distribué au colloque I.C.R.I. (Persoongegevens en privacy-bescherming: een nieuwe wet in de maak) tenu à Leuven le 10 mai 1990 (l'auteur établissant une liste des projets et propositions déposés en la matière depuis 1969).

Remarquons qu'une telle législation n'est pas dépourvue d'un certain caractère paradoxal car si elle vise d'une part à protéger effectivement la vie privée de l'individu à propos duquel des données sont collectées et traitées, elle légalise d'autre part les pratiques de collecte et de traitement elles-mêmes. Ces activités sont en effet estimées nécessaires dans le cadre de la vie administrative, économique et sociale de la société contemporaine (voy. Exposé des motifs de l'actuel avant-projet de loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractères personnel, p. 1).

(91) En témoigne un exposé remarqué du Ministre de la Justice à l'occasion du colloque précité.

(92) Mon., 22 février 1990, p. 3288. Cons. le numéro spécial que consacra en 1989 la Revue belge de sécurité sociale à la future loi. Cette loi fut adoptée avant la législation générale évoquée car l'on a estimé que la sécurité sociale ne pouvait plus attendre et que cette adoption ne pourrait qu'encourager les progrès de la réglementation générale (voy. Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales, Doc. Parl., Chambre, n° 899/4 du 13 novembre 1989, Session 1989-1990, p. 33).

(93) Outre les documents distribués au colloque précité, cons.: *Protection de la vie privée: un nouveau projet de loi*, Bulletin de la Feb, n° 6, 1990, p. 456.

(94) On songe immédiatement au médecin-conseil d'une compagnie d'assurances. Néanmoins l'ampleur de la nouveauté (surtout au regard de l'exposé des motifs qui affirme (p. 11) que l'article 8 est inspiré de "la déontologie médicale telle qu'elle est reconnue et pratiquée aujourd'hui") de même que la formulation même de la disposition ("... elles peuvent toutefois être communiquées..."): ceci évoque l'article 67 du Code de déontologie médicale) incitent à une certaine circonspection (voy. doc. établi par H. NYS pour le colloque I.C.R.I. précité, p. 2). Toujours en ce qui concerne les assureurs, il faut signaler l'article 92 du projet de loi, sur le contrat d'assurance terrestre lequel dispose que: "Le médecin traitant de l'assuré peut, si celui-ci en fait la demande, lui remettre les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Le médecin traitant de l'assuré peut transmettre à l'assureur un certificat établissant la cause du décès si l'assureur justifie de l'accord préalable de l'assuré". La première partie de cette disposition est à notre avis strictement inutile car elle procède d'une répétition de la pratique actuelle faisant du médecin le décideur dans l'intérêt du malade. La seconde partie est plus utile mais elle procure au médecin un pouvoir de décision tout aussi important.

(95) J.O., 7 janvier 1978, p. 227.

(96) Cons. doc. distribué par J. BARET (p. 10) à l'occasion du colloque précité.

(97). En tant que tel, ce médecin se fera remettre les données médicales en question et les communiquera à son mandant après en avoir soustrait les éventuelles données concernant des tiers (auxquelles le patient n'a bien évidemment pas accès) (98). Dans le contexte d'une médecine hospitalière, son rôle - en tant que médecin jouissant d'une confiance toute spéciale du malade - peut s'avérer particulièrement précieux en vue de procurer au patient toutes les explications et les ménagements nécessaires lors d'une révélation éventuellement douloureuse (99).

16. La conclusion de cette étude s'impose d'elle-même: il est faux de penser que le pouvoir d'autodétermination du patient soit amené à une nécessaire confrontation avec le pouvoir que confère au médecin le principe de sa liberté thérapeutique. L'affrontement est néanmoins possible si aucun compte n'est tenu du fait que le patient, à l'aube du XXI^e siècle, prétend sans doute avoir accédé à l'âge d'un adulte responsable. L'unilatéralité dans l'affirmation d'un pouvoir (qu'il s'agisse de celui du médecin ou de celui du patient) ne peut qu'engendrer le conflit lorsque l'"autre pouvoir" entend désormais être reconnu comme tel. La transparence dans l'exercice du pouvoir thérapeutique permettra à celui-ci de rencontrer l'aspiration à la libre disposition de soi dans une société où la conservation d'espaces de liberté dépend plus que jamais de la réalisation d'équilibres entre des intérêts divers qui ne doivent pas être considérés sous l'angle de leur divergence mais dans la perspective de leur conciliation. Il nous semble que l'évolution de notre droit positif s'oriente dans cette direction.

(97) En ce sens: J. PENNEAU (à propos de la législation française), *Droit médical*, D. Somm., 1989, p. 53.

Etant un mandataire du patient et non pas d'un tiers, l'article 122 du Code de déontologie (prévoyant que le médecin mandaté conserve une certaine indépendance vis-à-vis de son mandant) ne pourra lui être appliqué.

(98) Le médecin mandaté par le patient ne dispose d'aucun autre pouvoir de tri consistant par exemple à séparer les données objectives des données subjectives d'un dossier (voy. les commentaires de D. THOUVENIN - op. cit., pp. 171 et suiv. - à propos de la loi française).

(99) En ce sens: G. MEMETEAU, op. cit. n° 114.