

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Nouvelle perspective législative en matière des droits du patient

Van Gyseghem, Jean-Marc

Published in:
Bulletin des Assurances

Publication date:
2000

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Gyseghem, J-M 2000, 'Nouvelle perspective législative en matière des droits du patient: critiques', *Bulletin des Assurances*, numéro 3, pp. 394-409.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Nouvelle perspective législative en matière des droits du patient: critiques⁽¹⁾

La fin de la législature, en 1999, a été marquée par une série de projets de loi dont certains, tel que celui sur le délit de presse, ont abouti tandis que d'autres sont restés sur le bureau des parlementaires.

Ainsi celui portant modification de la loi sur les hôpitaux coordonnée le 7 août 1987 et de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales a vu son parcours arrêté, ou à tout le moins suspendu, par la dissolution des Chambres par le Roi.

Il est cependant revenu sur le bureau du président de la Chambre des représentants par une proposition de loi déposée le 17 janvier 2000 par Madame Magda De Meyer, députée S.P. et membre de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société.

Cette nouvelle proposition constitue une copie conforme du projet de loi défendu par le ministre Colla, ce dont Madame De Meyer ne cache pas. Ainsi, elle signale au début de ses développements que:

'La présente proposition de loi reprend le texte de la proposition de loi [lire le projet de loi] n° 2098/1-98/99'⁽²⁾

Cette proposition de loi a le mérite de s'attaquer au problème que constituent les droits du patient, mais encore faut-il s'appliquer à ce travail qui doit être peaufiné et réfléchi.

L'information et le consentement du patient ont de tout temps prêté à discussions et à attermolements à tous les niveaux tant doctrinaux que judiciaires. En effet, le médecin est-il tenu à une obligation de résultat ou de moyen dans l'information du patient et dans le recueil de son consentement?

La jurisprudence belge semble, à ce jour, pencher pour une obligation de moyen dans le chef du médecin qui doit en effet mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour que le patient puisse appréhender son état de santé avec le plus de clarté possible.

La Cour de cassation française a, quant à elle, tenu un raisonnement différent et semble opter pour une obligation de résultat. Ainsi, a-t-elle décidé dans un arrêt du 25 février 1997 que:

'Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation'⁽³⁾

Cette nouvelle jurisprudence fut précisée par un arrêt de la même Cour de cassation du 14 octobre 1997 qui décida que:

'Le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou des soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé... ce devoir d'information pèse aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription et la preuve de cette information peut être faite par tous les moyens.'⁽⁴⁾

A juste titre, Monsieur le conseiller de la Cour de cassation française Sargos⁽⁵⁾ relève que, suite à ce retournement de jurisprudence, la question se posait quant à connaître les limites de cette information. La réponse fut donnée par un arrêt de la Cour de cassation française du 7 octobre 1998 qui estima que:

'Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette information par le simple fait qu'un tel risque ne se réalise pas qu'exceptionnellement.'⁽⁶⁾

Nous constatons, à la lecture de ces trois arrêts, que la charge de la preuve se trouve dans le chef du médecin et non plus dans celui du patient. En outre, le médecin est tenu de délivrer toute l'information *même les risques rares!*

Cette jurisprudence française a trouvé un certain suivi en Belgique où l'on observe que la Cour d'appel d'Anvers décida en 1998 que:

'Le médecin a un devoir d'information à l'égard du patient. La nature et les risques d'une intervention médicale peuvent avoir comme conséquence que la charge de la preuve du consentement éclairé du patient repose sur le médecin.'⁽⁷⁾

Nous constatons cependant que la Cour d'appel d'Anvers a attaqué la question par le biais du consentement.

La problématique se trouve donc au centre de divergences d'opinion et n'a jamais fait l'objet de réglementation en Belgique, même s'il existe la déclaration d'Amsterdam relative aux droits des patients.

C'est dans ce contexte qu'intervient la proposition de loi introduite par Madame De Meyer et intitulée *'proposition de loi relatif aux droits du patient'*.

⁽³⁾ Cass. fr., 25 février 1997, *Bull.*, n° 75, p. 49.

⁽⁴⁾ Cass. fr., 14 octobre 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22942.

⁽⁵⁾ SARGOS, P., 'L'évolution du droit de la responsabilité médicale dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation de France', *R.G.A.R.*, 1999, n° 13134.

⁽⁶⁾ Cass. fr., *Civ. Bull.*, n° 287 et n° 291.

⁽⁷⁾ Anvers, 22 juin 1998, *Rev. Dr. Santé*, 1998-99, 144; nous soulignons.

⁽¹⁾ L'auteur remercie tout particulièrement le Professeur Yves POULLET, Directeur du CRID, pour ses précieux conseils dans l'écriture de cet article.

⁽²⁾ Voir la proposition de loi n° 0390/001 déposée par Magda DE MEYER.

Selon la Députée,

'Le problème des droits du patient est depuis longtemps déjà au centre des préoccupations, mais n'a pas encore fait l'objet d'une solution concrète. Certains droits ont déjà été fixés dans diverses réglementations ou dispositions légales, mais leur exigibilité n'est pas encore garantie dans tous les cas.'⁽⁸⁾

Le projet législatif est vaste et louable car son objectif premier consiste à :

'procurer des instruments complémentaires [à celles existantes telles fixées dans le droit des obligations] lui [patient] permettant de préserver et de faire valoir ses droits, qu'il se trouve dans une relation contractuelle ou extracontractuelle.

Toutefois, afin de parvenir à ce que le patient puisse jouer un rôle plus actif et ne soit plus enfermé dans une relation de dépendance envers le praticien et l'établissement de soins, on propose de fixer un ensemble de droits, ce qui renforcera, d'une part, leur lisibilité et, d'autre part, leur applicabilité et leur exigibilité.'

En vue d'atteindre cet objectif, la proposition entend réglementer cinq aspects de la relation médecin – patient qui sont :

- le droit à l'information;
- le consentement du patient (ou de son remplaçant) pour tous les examens et/ou traitements qu'il devra éventuellement subir;
- le droit de consulter et de copier le dossier médical;
- le droit de regard accordé à des tiers et le respect de la dignité du patient;
- l'examen des plaintes déposées/médiation.

Cet exposé sur la proposition de loi se propose d'aborder successivement les trois premiers points en proposant une critique qui, si elle ne prétend pas être exhaustive, tentera un tant soit peu de dégager des pistes de réflexions. Nous n'aborderons dès lors pas les chapitres afférents au droit de regard accordé à des tiers et le respect de la dignité du patient et à l'examen des plaintes déposées/médiation.

L'article suivra la structure de la proposition telle qu'elle est rédigée dans sa mouture déposée à la Chambre des représentants le 17 janvier 2000. Il sera fait référence à l'avis de la section législation du Conseil d'Etat, qui a été saisie lors du parcours du projet de loi initié par le ministre Colla à la fin de la dernière législature, car le texte, tel qu'il a été déposé à la Chambre sous forme de proposition, reprend les remarques du Conseil d'Etat.

⁽⁸⁾ Voir l'exposé des motifs de la proposition.

I. LE DROIT À L'INFORMATION (ARTICLE 2 DE LA PROPOSITION DE LOI INSÉRANT UN ARTICLE 37BIS À L'A.R. N° 67 DU 10 NOVEMBRE 1967)

§ 1. Finalité et contenu

a) L'information doit être délivrée

Selon Madame De Meyer – et le ministre Colla avant elle –, l'objectif premier de ce droit est de fournir au patient les outils nécessaires pour apprécier son état de santé et prendre une décision adéquate en toute connaissance de cause.

A cette fin, la proposition de loi distingue, à juste titre, l'information émanant de l'hôpital et celle fournie par le praticien. Cette différenciation est fondamentale et demandée par la différence de contenu des données.

Il est en effet établi que l'information délivrée par le praticien a principalement trait au diagnostic et à l'évolution de l'état de santé du patient.

Celle provenant de l'hôpital aura, par contre, trait aux données financières, à l'exclusion de toutes connotations médicales. Nous ne nous y attarderons pas plus longtemps dans le cadre de ce commentaire.

La partie qui nous retiendra plus particulièrement concerne l'information délivrée par le médecin. Elle aura pour objectif premier de renseigner le patient sur son état de santé et les perspectives d'évolution ainsi que sur les solutions thérapeutiques, et aura trait à *'l'opportunité des actes à effectuer'*⁽⁹⁾.

Selon la proposition de loi, cette information, qui sera délivrée avant tout examen et/ou traitement ainsi qu'à chacun de leurs changements importants, devra être claire et compréhensible. Ces deux concepts de clarté et de compréhension ne sont qu'une retranscription de l'enseignement tant doctrinal que jurisprudentiel. Il n'y a donc aucune innovation à cet égard.

Il est intéressant de lire que l'étendue de l'obligation d'information sera relative aux renseignements donnés par le patient lui-même. Selon les motifs de la proposition, cela aurait entre autres pour objectif de limiter la responsabilité personnelle du médecin⁽¹⁰⁾. Ainsi la proposition de loi prescrit que :

'La nécessité des informations devant être communiquées par le praticien est notamment appréciée à la lumière des données que le praticien a lui-même reçues du patient.'⁽¹¹⁾

Le patient est dès lors tenu à une obligation d'information qui n'est malheureusement pas plus explicitée par le projet. On peut s'en plaindre car il eut été intéressant de définir les limites ou l'étendue de cette obligation.

⁽⁹⁾ Voir la proposition de loi.

⁽¹⁰⁾ Voir le commentaire du Conseil d'Etat. Celui-ci estimant que les termes *'pour l'appréciation de ce devoir général d'information'* n'étaient pas assez clairs au niveau du sens de la disposition, proposa le texte définitif prescrivant que : *'La nécessité des informations devant être communiquées par le praticien est notamment appréciée à la lumière des données que le praticien a lui-même reçues du patient.'*

⁽¹¹⁾ Voir article 2 de la proposition de loi.

La responsabilité du médecin se voit limitée par le fait que ce dernier ne pourra donner une information adéquate si le patient ne lui a pas communiqué toutes les données utiles pour le médecin. A notre sens, cette obligation est de moyen et la charge de la preuve résidera dans le chef du médecin. Il aura dès lors une double charge de preuve tenant tant dans l'information qu'il aura reçue que celle qu'il délivrera.

Il se pose en outre la question de savoir ce qu'il en est de la responsabilité du médecin au niveau des questions posées au patient pour se forger une opinion sur le type d'information à fournir. Nous constatons donc que le texte reste bien flou et qu'il resterait aux jurisprudences et doctrines d'établir les principes d'application. Lourd fardeau alors qu'on lui enlève un large pouvoir d'appréciation dans le type d'information que le médecin doit délivrer.

Il semble en outre que Madame De Meyer a omis, volontairement ou non, de prévoir les progrès technologiques en matière de dossier médical informatisé. Il nous semble en effet fondamental qu'une proposition de loi se voulant innovatrice étende son champ d'action aux progrès prévisibles de l'informatique sur le plan médical ou prévoir, en tout cas, une réserve.

Ne verra-t-on pas en effet un tiers intervenir dans la relation médecin-patient au niveau de l'information. Qu'en est-il de la responsabilité afférente au dossier médical informatisé? La proposition de loi est muette à cet égard, alors que l'information délivrée par cette voie est des plus substantielles. Il aurait dès lors été utile de prévoir une disposition prévoyant le contenu et la portée d'une telle base de données que le médecin sera amené à consulter en permanence avec tout le respect de la vie privée que cela implique.

L'innovation qui apparaît la plus fondamentale et la plus dangereuse intervient au niveau du type d'obligation qui pèse sur le médecin. S'agit-il d'une obligation de moyen ou de résultat? La différence est importante du point de vue de la preuve qui sera à charge soit du médecin soit du patient.

Il semble que la proposition ait implicitement installé une obligation de résultat en prescrivant que:

Lorsqu'un examen ou à un traitement est proposé, l'information portera en outre au minimum sur:

1° la nature, l'objectif et, pour permettre la décision du patient, les risques majeurs des examens et/ou traitements proposés, les contre-indications et effets secondaires, la justification du choix proposé lorsque plusieurs examens et/ou traitements sont possibles, ainsi que les examens et/ou traitements alternatifs;

2° les possibilités éventuelles de suivre une partie ou la totalité des examens et/ou traitements proposés dans ou en dehors d'un établissement de soins;

3° les résultats escomptés et obtenus, ainsi que les conséquences liées à l'absence de traitement;

4° la posture éventuelle à dispenser au patient;

5° une estimation du coût escompté pour le patient de la (des) prestation(s) et/ou traitement(s) à effectuer par le praticien.⁽¹²⁾

On peut déduire de cette formulation que la proposition entend que le médecin arrive au résultat de fournir ce minimum d'information. Il y a dès lors un résultat à atteindre et non plus une série de moyens à mettre en œuvre pour s'en rapprocher.

Cette solution est dangereuse car elle impose au médecin de devoir rapporter la preuve de ce que l'information a été complète et a permis au patient de donner son consentement en toute connaissance de cause.

A notre sens, la proposition de loi aurait dû différencier le fait de donner une information, acte que nous qualifierons de contenant, de son contenu. Dans le premier acte, il doit s'agir d'une obligation de résultat tandis que le second doit être une obligation de moyen.

En effet, le médecin est tenu de délivrer une information au patient et devra en rapporter la preuve par toutes voies de droit, en ce compris le dossier et ses notes. Le dossier pourrait contenir, par exemple, une déclaration du patient par laquelle il reconnaît avoir reçu une information.

Dans le cadre de cette proposition de loi, il n'aurait pas été inutile de prévoir l'utilisation de dossiers médicaux numérisés inaltérables. De ce fait, le client aurait à sa disposition une mine d'informations qu'il lui serait loisible de consulter en cas de besoin. Actuellement, le seul moyen de tenter d'obtenir son dossier avec le maximum de chances de le trouver complet est de porter plainte entre les mains du juge d'instruction. Le risque de subtilisation de pièces pourrait être éliminé par la mise en œuvre de ce dossier médical informatisé inaltérable.

En ce qui concerne le contenu, la charge de la preuve doit continuer à résider dans le chef du patient. Il devra rapporter la preuve de ce que le médecin ne l'a pas informé de la teneur exacte de l'acte médical accompli. Il semble que cela soit dans la juste lignée des articles 1316 du Code civil et 870 du Code judiciaire. Le patient devra prouver que son consentement était vicié et, partant, que l'acte du médecin est illégal. Ce serait à lui d'en rapporter la preuve car il est en justice et doit prouver ce qu'il avance.

Le contenu de l'information doit dès lors rester une obligation de moyen dans le chef du médecin. Il faut en effet laisser au médecin le choix des mots ou des informations à révéler en dehors de tout contexte de capacité de réception du patient. Seul le médecin est à même de pouvoir juger du contenu de cette information. S'il a commis une faute, il devra en répondre devant la justice.

Le système proposé dans le cadre de cet article peut être considéré comme 'tordu' mais il entend répondre aux préoccupations des uns et des autres. En effet, le patient doit pouvoir bénéficier de facilités pour rapporter la preuve de

⁽¹²⁾ Nous soulignons.

ce qu'il n'a pas été informé mais doit par contre prouver, si l'information a été réellement donnée, que cette dernière n'était pas adéquate.

La solution adoptée par la proposition de loi semble cependant répondre aux attentes d'une certaine doctrine. Madame Corbisier estimait ainsi, dans un article parut dans le *R.G.A.R.* en 1990, que:

'La preuve de la fourniture [d'information] et du caractère adéquat de ces informations incombe au médecin (...)'.⁽¹³⁾

Cette thèse a été retenue, tel que nous l'avons vu précédemment, par la Cour de cassation française qui a estimé que l'obligation d'information pesant sur le médecin était de résultat.

La Cour de cassation belge estime, quant à elle, que le médecin a une obligation de moyen et non de résultat.

Nous ne pouvons partager le point de vue de la cour suprême de France et de la proposition de loi car il y aurait une véritable dérive vers un formulaire type signé par le patient. A vouloir trop protéger le patient, on le déforcera face au médecin qui aura perdu tout pouvoir d'appréciation et qui sera obligé de lui exposer tous les risques, mêmes rares, ce qui affaiblira psychologiquement le patient (peur des risques de l'intervention).

La proposition de loi devrait donc transcrire la thèse prônée par la jurisprudence classique mais en veillant à différencier le contenant de son contenu.

Le texte déposé par Madame De Meyer constitue donc un réel danger tant pour le patient que pour le médecin qui sera forcé de fournir une information que le premier sera incapable de gérer.

La proposition prévoit cependant une exception à ce principe d'information préalable qui est l'urgence. On voit, en effet, mal comment un médecin devant travailler dans l'urgence puisse donner une quelconque information au patient qui est bien souvent incapable de la recevoir (inconscient ou sous le choc). Il nous semble cependant regrettable que la députée n'ait pas évoqué l'obligation pour le médecin de délivrer l'information à la personne que le patient aura choisi comme mandataire.⁽¹⁴⁾

Le texte reste cependant dans la veine de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée prescrivant en son paragraphe 4 que:

'Le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé peut, sauf dans le cas d'un consentement écrit de la personne concernée ou lorsque le traitement est nécessaire pour la prévention d'un danger concret ou la répression d'une infraction pénale déterminée, uniquement être effectué sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé. (...)'

Il semble, en effet, qu'en vertu de cet article, l'urgence autorise le traitement des données personnelles par une personne autre qu'un professionnel des soins de santé. Le caractère d'urgence permet dès lors de passer outre la volonté de

la personne concernée par les données à caractère personnel relatives à la santé.

b) L'information doit être claire et compréhensible

Outre le devoir du médecin de délivrer l'information au patient, celle-ci devra être claire et compréhensible.

Au point de vue de la qualité de l'information, la proposition se contente de confirmer la position classique de la jurisprudence tant belge que française. Cette dernière lie intimement ce devoir de clarté dans l'information avec le consentement libre et éclairé du patient. L'aspect éclairé du consentement se rapporte directement à l'information qui est délivrée par le médecin.

Ainsi, la Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt du 4 octobre 1973, que:

'Le droit de toute personne à son intégrité physique entraîne que le consentement libre et éclairé du patient relatif à une intervention projetée constitue un des éléments essentiels de la formation du contrat médical (...)'.⁽¹⁵⁾

§ 2. Destinataire

L'article 2, § 2 de la proposition insérant un article 37bis dans l'arrêté royal n° 68 prescrit que:

'En principe les informations visées au § 1^{er} sont communiquées par les praticiens visés au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, au patient lui-même. (...)'

Le destinataire principal est donc le patient lui-même, principe somme toute normal eu égard à la règle d'autodétermination de l'être humain.

En outre, ce principe se retrouve dans la loi du 8 décembre 1992⁽¹⁶⁾ relative à la protection de la vie privée qui met en évidence la possibilité d'autodétermination de la personne concernée par les données à caractère personnel relatives à la santé. Comme nous l'avons vu précédemment, l'article 7 de cette loi permet au patient d'autoriser un tiers, autre qu'un professionnel des soins de santé, de traiter les données à caractère personnel relatives à la santé par l'entremise de son consentement. Nous pourrions assimiler cette 'autorisation' à un mandat. Il faut noter que par traitement, la loi entend:

'Toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à

⁽¹³⁾ CORBISIER, I., 'Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique', *R.G.A.R.*, 1990, 11682.

⁽¹⁴⁾ Voir plus loin pour ce qui concerne ce mandat.

⁽¹⁵⁾ Cass., 4 oct. 1973, *J. T.*, 1974, p. 296.

⁽¹⁶⁾ *M.B.*, 18 mars 1993 et modifiée L. 11 déc. 1998, *M.B.* 3 févr. 1999.

disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel.

La proposition prévoit la possibilité pour le patient de recevoir toute l'information ou seulement une partie de celle-ci. Dans ce dernier cas, il en informera, par écrit, le médecin qui versera le document au dossier.

Il est à noter que la loi du 8 décembre 1992 relative à la vie privée prévoit en son article 16, § 1 que:

'Toute personne a en outre le droit de s'opposer, pour des raisons sérieuses et légitimes tenant à une situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf lorsque la licéité du traitement est basée sur les motifs visés à l'article 5 b) [traitement des données nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci] et c) [traitement des données nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance].'

Nous constatons que cette loi prévoit la possibilité pour une personne de s'opposer au traitement de données la concernant.

Il semble que ce principe ait été transposé dans la proposition de loi afférent aux droits du patient pour ce qui concerne, en tout cas, la réception de l'information par le patient. Nous verrons que dans cette situation, l'information sera délivrée à un tiers.

Le praticien, pour sa part, peut aussi s'opposer à la communication d'information au patient dans le cas où elle se révélerait néfaste pour sa santé. Le praticien pourra dès lors délivrer cette information à des tiers prévus par la loi.

En effet, à côté du principe selon lequel le patient est le premier destinataire, nous trouvons une réforme importante, mais dangereuse dans certains de ses aspects. Effectivement, la proposition de loi institue la possibilité de donner cette information à des tiers déterminés dans le cas d'une inaptitude psychologique du patient à la recevoir ou de la gérer.

a) Tiers désigné par le patient

Le patient aura dorénavant la possibilité de désigner une personne de confiance qui pourra recevoir l'information à sa place. Ce mandat spécial sera écrit et stipulera quel type d'information pourra lui être délivrée.

Le patient aura l'obligation de renseigner le médecin sur l'identité de cette personne ainsi que sur l'étendue de son mandat.

b) Mineurs

Madame De Meyer n'apporte aucune nouveauté quant aux principes du Code civil qui prescrivent que le mineur est incapable juridiquement et dès lors inapte de recevoir seul l'information.

Il ne faut en effet pas perdre de vue que la relation patient-médecin est issue d'un contrat; contrat qui, à nos yeux, doit être conforme aux règles du Code civil.

Le texte instaure cependant une exception importante consistant en la possibilité pour le mineur âgé de plus de 14 ans de pouvoir s'opposer à ce que le praticien délivre, à ses parents ou tuteur, l'information relative à sa vie sexuelle et la maladie sexuellement transmissible.

Cette nouveauté apparaît trop dangereuse et pourrait mettre la vie de l'enfant en danger. La proposition surestime en effet la force psychologique de l'enfant. Même si le médecin peut passer outre ce refus s'il estime que le mineur n'est pas 'apte à apprécier correctement ses intérêts', il n'en demeure pas moins que le mineur âgé de plus de 14 ans est investi d'une responsabilité qui va à l'encontre des principes régissant notre droit. Ainsi le patient mineur atteint d'une maladie ayant un impact sur son comportement pourrait engager la responsabilité des parents sans que ces derniers puissent en avoir connaissance.

La proposition de loi semble donc aller trop loin dans une émancipation du mineur et entamer un débat ayant une portée trop vaste pour être traitée en trois lignes. Le texte déposé manque de maturité à cet égard car il met en chantier des révolutions sans s'attacher à analyser les tenants et aboutissants de ces bouleversements à des principes familiaux bien ancrés dans notre société.

Elle place en outre le médecin en équilibre entre la volonté de l'enfant de garder le secret et le droit légitime des parents de connaître la vérité. De plus, 14 ans est encore un âge où l'enfant se cherche et erre dans le brouillard de l'adolescence. En outre, le praticien est à nouveau placé devant une équation qu'il aura difficile à résoudre. Doit-il déclarer l'enfant inapte à recevoir l'information et la délivrer aux parents ou, au contraire, le déclarer apte et caché l'information aux mêmes parents?

Il nous semble donc plus opportun de prévoir que le mineur capable de saisir l'information soit informé en même temps que ses parents ou tuteur avant toute intervention médicale.

c) Personnes désignées par défaut

Si le patient n'a désigné aucune personne habilitée à recevoir l'information, la proposition de loi prescrit que:

'Les informations sont communiquées soit à l'époux, l'épouse ou au compagnon ou à la compagne du patient à défaut, respectivement, à un parent, à un fils ou une fille, à un frère ou une sœur.'

La désignation automatique d'une personne est dangereuse et porte atteinte à des droits tel que le respect de sa vie privée du patient. En outre, cette règle risque, dans certains cas de mettre le patient lui-même en danger. Qu'en est-il en effet si un médecin doit apprendre à son patient qu'il est atteint d'une maladie grave?

Prenons le cas du syndrome d'immuno-déficience acquise (SIDA). Le monde médical est conscient de la difficulté rencontrée par les malades pour

accepter cette maladie. Au nom de cette difficulté, le médecin pourrait-il décider que le malade ne puisse être considéré apte à apprécier raisonnablement ses intérêts et que les informations doivent être communiquées à son conjoint? Cette attitude aurait pour conséquence immédiate de voir le lien de confiance s'établissant entre le médecin et son patient s'éteindre et empêcher le monde médical d'agir sur l'information et l'aide psychologique des séropositifs. En voulant sauver une personne, le conjoint en l'occurrence, on met en péril toute la politique d'accompagnement des malades du SIDA qui refuseraient de procéder au dépistage.

Un second danger réside aussi dans la violation, légale, du secret professionnel et du principe d'autodétermination du patient. La proposition de loi s'immisce dans un sujet qui dépasse le simple problème de l'information ou du consentement. Cette intrusion est trop imparfaite pour pouvoir être valable. Si le législateur entend réviser la matière relative au secret professionnel, il devra le faire par une loi résultant d'une mûre réflexion et de l'analyse des conséquences qu'engendrerait une telle loi.

II. LE CONSENTEMENT (ARTICLE 2, SECTION 2 DE LA PROPOSITION DE LOI INSÉRANT UN ARTICLE 37TER À L'A.R. N° 78 DU 10 NOVEMBRE 1967)

§ 1. Finalité et contenu

Le consentement, qui devra être libre et éclairé, est intimement lié à l'information délivrée par le médecin. Il est donc normal que la proposition de loi l'aborde et il eût été anormal ou aberrant de dissocier ces deux concepts.

L'objectif premier de l'insertion d'un article 37ter dans l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, de professions paramédicales et aux commissions médicales est, selon les termes de la députée, 'd'éviter que le patient ne subisse un examen ou un traitement contre sa volonté'.

Nous retrouvons dans ce cadre-ci, l'exception de l'urgence. Il semble cependant que le texte déposé ne prenne pas en compte la possibilité que le patient a de choisir un mandataire capable de recevoir l'information à sa place. Il serait donc normal que cette personne puisse consentir en lieu et place du patient.⁽¹⁷⁾

La proposition de loi inscrit le principe selon lequel le consentement doit être libre et éclairé. Cette transcription législative n'est qu'une confirmation des doctrine et jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation a défini avec précision que:

⁽¹⁷⁾ Il semble en effet que l'article 37ter, § 4 prescrive que si le praticien estime que le patient ne peut être considéré apte à apprécier raisonnablement ses intérêts, le consentement est donné par le représentant légal ou la personne de confiance ne peut trouver à s'appliquer ici.

'Le droit de toute personne à son intégrité physique entraîne que le consentement libre et éclairé du patient relatif à une intervention projetée constitue un des éléments essentiels de la formation du contrat médical (...)'.⁽¹⁸⁾

La proposition met donc en forme un principe unanimement accepté tant par la jurisprudence que par la doctrine et n'est que la transcription de l'autodétermination du patient.

Placer cette règle de 'consentement libre et éclairé' est normal au regard de son importance dans la légitimité de l'acte posé par le médecin. Il constitue en effet un élément fondamental de la légalité de l'atteinte à son intégrité physique par le praticien.

§ 2. Sujet actif

Au niveau des acteurs, nous retrouvons les mêmes personnes que celles intervenant dans la réception de l'information. Cela est somme toute normal eu égard à l'interdépendance de ces deux concepts. Il eût été en effet anormal que les personnes, le patient ou les tiers, recevant l'information ne soient pas habilitées à donner le consentement.

La proposition de loi est cependant ambiguë quant à savoir si l'obligation du médecin d'obtenir le consentement de son patient ou des tiers est de résultat ou pas. Le texte déposé prescrit en effet que:

'A la demande du patient et/ou lorsque le praticien le juge nécessaire, le consentement est donné par écrit.'

Nous pouvons reprocher à la proposition de loi de ne pas être plus explicite quant à ce point qui est le fondement de l'intervention du médecin. Il semble cependant, eu égard à l'économie du texte et aux commentaires préliminaires au projet, que la position adoptée par la députée opte pour une obligation de résultat.

Dans cette optique, il semble que Madame De Meyer incite à l'utilisation d'écrit comme elle le signale dans le commentaire en insistant que:

'Dans les cas où, tant pour l'information que pour le consentement, on opte pour un document écrit, une section du Conseil national pour les Professions de la Santé, créée à cet effet, peut formuler des propositions d'uniformisation des documents en question (...)'

Cette proposition reflète un certain manque de maturité du projet. Ainsi que nous l'avons vu précédemment, il serait en effet utopique d'uniformiser des documents sans passer à des formulaires types qui deviendrait *de facto* un contrat d'adhésion. De plus, le Conseil national pour les Professions de la santé n'aura qu'un rôle d'avis sans plus. En outre, peut-on imaginer que le Conseil accepte de se cantonner dans un tel rôle alors que sa profession est en danger!!!

⁽¹⁸⁾ Cass., 4 oct. 1973, J.T., 1974, p. 296.

La question du mineur est bien évidemment à nouveau abordée. Le texte prévoit que le consentement est donné par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou son tuteur mais que le consentement du mineur est cependant requis quand il est âgé de plus de 14 ans et qu'il s'agit de sa vie sexuelle ou de maladies sexuellement transmissibles. On peut se poser la question de la contradiction entre ce qui est stipulé au niveau de l'information et ce qui est mentionné au niveau du consentement. Les parents, ou le tuteur, peuvent être privés d'informations afférentes à la vie sexuelle ou de maladies sexuellement transmissibles du mineur mais doivent consentir à toute intervention⁽¹⁹⁾. Comment consentir si on ne détient pas l'information?

Le texte déposé prévoit que le patient pourra refuser ou retirer son consentement sans pour autant que soit mis fin aux soins nécessaires. Cet acte devra être fait de préférence par écrit⁽²⁰⁾.

Cette possibilité accordée au patient confirme, d'un côté, le principe d'autodétermination du patient qui est seul habilité à choisir de subir ou non l'acte médical et, d'un autre côté, viole ce principe en permettant au médecin de poursuivre le traitement.

En effet, la proposition de loi institue une entrave à ce principe d'autodétermination en prévoyant que le médecin pourra passer outre le refus du patient si *'cela s'avère nécessaire pour éviter un préjudice manifestement sérieux pour le patient.'*⁽²¹⁾

Cette intrusion dans le principe d'autodétermination est injustifiée et injustifiable. De quel droit un médecin, ou toute autre personne que le patient lui-même, peut-il s'insérer dans une prise de décision aussi personnelle et subjective? Cela ouvre la porte aux acharnements thérapeutiques fréquents et plus que critiquables.

Sans aborder la question de l'euthanasie qui est un tout autre problème, il est inconcevable qu'une décision de subir ou non un traitement soit prise par une autre personne que le patient ou son représentant. Prenons le cas d'un patient qui se sait atteint d'un cancer généralisé incurable dans l'état actuel de la médecine et qui décide de ne pas suivre un traitement qui ne lui apportera aucune guérison. Il refuse clairement tout acharnement thérapeutique pour des raisons qui lui sont personnelles. Si le médecin décide de passer outre ce refus, le malade pourra devenir un véritable cobaye du corps médical.

⁽¹⁹⁾ Le texte tel qu'il est rédigé n'est pas en adéquation avec les développements présentés par Madame De Meyer en prélude à sa proposition. Elle y signale en effet qu'*'... on considère que le mineur de plus de 14 ans peut être à même de décider seul de sa vie sexuelle.'* Si la volonté de la député est réellement de donner pouvoir au mineur de plus de 14 ans de décider seul pour ce qui est de sa vie sexuelle ou des maladies sexuellement transmissibles, le texte est mal rédigé, puisqu'il stipule que le mineur devra consentir avec ses parents. En outre, ce développement est critiquable à l'instar de ce qui a été signalé au niveau de l'information du mineur plus avant dans le texte.

⁽²⁰⁾ Le médecin, ou le patient devra se ménager la preuve de ce que le malade refuse ou retire son consentement. A notre avis l'écrit trouvera toute son utilité dans le 2^{ème} cas de figure.

⁽²¹⁾ Voir la proposition de loi.

III. LA CONSULTATION ET LA COPIE DU DOSSIER MÉDICAL (ARTICLE 2, SECTION 3 DE LA PROPOSITION DE LOI INSÉRANT UN ARTICLE 37^{QUATER} À L'A.R. N° 78 DU 10 NOVEMBRE 1967)

Il faut considérer que le patient doit avoir accès à son dossier et que le secret médical ne lui est nullement opposable. L'article 911 du Code pénal établit le principe du secret médical vis-à-vis des tiers. Or le patient ne peut être considéré comme un tiers et il doit avoir accès aux données personnelles le concernant.

Cette règle est confirmée par l'article 10, § 1 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel stipulant que:

'La personne concernée qui apporte la preuve de son identité a le droit d'obtenir du responsable du traitement:

(...);

b) la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine de ces données;

(...).'

La loi sur la protection de la vie donne donc un droit illimité à la personne concernée d'avoir un accès direct ou indirect aux données la concernant.

Il n'en demeure pas moins que de nombreux patients rencontrent des difficultés pour consulter leur dossier et principalement quand le corps médical craint l'existence d'une faute. Il est actuellement difficile pour un patient de pouvoir accéder aux informations y contenues. Tel qu'on l'a expliqué précédemment, la proposition aurait dû prévoir la mise en œuvre d'un dossier médical informatisé.

L'initiative législative est noble dans son principe mais ne va malheureusement pas assez loin ou, du moins, érige-t-elle trop d'exceptions.

Elle prévoit une consultation directe du dossier. Par dossier, la proposition de loi entend l'ensemble des documents concernant le patient à l'exception des notes manuscrites.

Il est dangereux de permettre au médecin de retirer ses notes manuscrites qui, il ne faut pas s'en cacher, constituent une manne de renseignements extrêmement utiles et importants pour le patient. L'importance de ces notes se révèle prédominante dans le cas d'un litige surgissant entre le patient et le médecin.

La proposition de loi crée en outre des exceptions à ce principe de consultation directe en permettant au médecin détenteur du dossier de demander que le patient soit représenté par un médecin s'il estime que:

'La consultation du dossier médical et la copie pourraient se révéler manifestement préjudiciables pour la santé du patient. Dans ce cas, le praticien prend contact avec le médecin désigné et ils se concertent pour établir dans quelle mesure la consultation du dossier médical et la copie peuvent être autorisées.'

De même, si le praticien estime que:

'Le patient n'est pas apte à comprendre les données figurant dans son dossier médical, il peut déroger au droit visé à l'alinéa 1^{er} [consultation directe]. Dans ce cas, il autorise le médecin désigné à consulter le dossier médical constitué à son sujet et à en obtenir copie.'

Ces deux exceptions peuvent être considérées comme favorables pour le patient. Il existe cependant un risque de suspicion de la part de ce dernier qui pourrait craindre une complicité entre les deux médecins. Il serait dès lors bon de prévoir un principe d'assistance du patient lors de la consultation de son dossier dans les deux cas repris ci-dessus. Il y aurait dès lors une obligation de se faire assister et non de se faire remplacer. La différence peut sembler insignifiante mais est en réalité d'une énorme importance sur le plan psychologique. Le patient aura en effet l'impression d'avoir la maîtrise de son avenir et de son dossier. Nous respecterions en outre le principe selon lequel le dossier est la propriété exclusive du patient.

Ces deux exceptions sont cependant en concordance avec le paragraphe 2 de l'article 10 de la loi du 8 décembre 1992 prescrivant que:

'Toute personne a le droit d'obtenir, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un professionnel des soins de santé, la communication des données à caractère personnel relatives à sa santé et qui font l'objet d'un traitement.'

Dans le cadre de cet exposé, nous ne pouvons que nous rallier à l'avis émis par Messieurs POULLET et LÉONARD dans leur commentaire⁽²²⁾ de la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 par lequel ils exprimaient leur crainte de voir le responsable du traitement exiger l'accès indirect aux données dans tous les cas.

La proposition de loi prévoit une troisième exception au principe consistant en la possibilité de refuser au patient de consulter et de prendre copie de son dossier s'il estime que:

'L'intérêt du patient de consulter ne contrebalance pas une grave violation de la vie privée de tiers.'

Le texte déposé entend viser les cas tels que celui d'un enfant qui apprendrait certaines caractéristiques génétiques de ses parents.

Ce cas de refus est dangereux car le médecin pourrait toujours se mettre à l'abri en prétextant la protection de la vie privée d'un tiers. Il ne faut pas perdre de vue que le dossier médical est la propriété exclusive du patient et qu'il n'appartient pas au médecin d'en interdire l'accès. Le patient est en droit de le connaître dans son ensemble même si cela concerne indirectement des tiers.

Ne pouvons-nous pas regretter qu'un accès indirect, par un médecin désigné par le patient, ne soit institué dans ce cas de figure?⁽²³⁾

⁽²²⁾ LÉONARD, Th. et POULLET, Y., 'La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution: la loi du 11.12.1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995', *J.T.*, 1999, p. 390.

⁽²³⁾ Voir l'article de Messieurs Th. LÉONARD et Y. POULLET, *o.c.*, p. 390.

Nous constatons donc que la proposition de loi, même si elle confirme le principe de consultation directe, érige des exceptions qui pourraient se révéler de véritables obstacles empêchant le patient de consulter son dossier.

IV. CONCLUSION

Ainsi que nous avons eu l'occasion de l'analyser, la proposition de loi a pour ambition de régler la relation s'établissant entre un médecin et un patient.

Le texte semble cependant inachevé. On aurait pu espérer que la proposition déposée par Madame De Meyer aurait corrigé les erreurs du texte déposé, en son temps, par le ministre Colla que nous attribuons à la précipitation. Or, tel n'est pas le cas! Madame De Meyer aurait dû plus s'appuyer sur la jurisprudence qui a trouvé des solutions pragmatiques et équilibrées aux différents problèmes que pose cette relation.

Créer une obligation de résultat dans le contenu de l'information donnée au patient est une ineptie et ne pourra s'appliquer au médecin. Il est dès lors utile de différencier le contenant du contenu afin de rééquilibrer les forces et permettre aux praticiens d'exercer leur art en toute sérénité et aux patients de croire en son médecin.

Il est bien entendu que cette problématique d'obligation de moyen ou de résultat mérite un exposé à elle seule!

Il faudrait, en outre, veiller à intégrer les nouvelles techniques de transport de l'information qui envahiront peu à peu le monde des médecins et des patients.

Si on pouvait comprendre le travail bâclé du projet que son créateur voulait voir voter avant la fin de la législature – le gouvernement n'avait-il pas demandé l'urgence conformément à l'article 80 de la Constitution? –, on ne peut l'accepter dans une proposition déposée en début de législature que l'auteur aurait pu peaufiner et en étudier les conséquences.

J.-M. VAN GYSEGHEM
Avocat

SAMENVATTING

De medische aansprakelijkheid heeft een hele ontwikkeling achter de rug, van de immuniteit van de arts naar een almaar groter wordende aansprakelijkheid.

In België wordt de aansprakelijkheid van de artsen steeds vaker ter discussie gesteld, weliswaar in mindere mate dan in de Verenigde Staten en, recenter, Frankrijk.

In 1999 heeft minister Colla een ontwerp van wet ingediend teneinde 'de patiënt bijkomende instrumenten [naast de bestaande regelingen] aan te reiken die hem toelaten zijn rechten te vrijwaren en uit te oefenen'⁽¹⁾.

Aangezien dat wetsontwerp, wegens de ontbinding van de Kamers vóór de verkiezingen, niet tot een resultaat heeft geleid, heeft mevrouw Magda De Meyer het opnieuw in de Kamer van Volksvertegenwoordigers ingediend in de vorm van een wetsvoorstel.

Dat voorstel, dat een exacte overname is van de tekst van voornoemd ontwerp, is bedoeld om de problematiek te regelen van de informatie aan en de toestemming van de patiënt, alsook de toegang tot het medisch dossier, het recht op waardigheid, het onderzoek en de behandeling van klachten. De tekst is voornamelijk gericht op de bescherming van de patiënt en geeft te verstaan dat de arts de 'slechterik' is in de relatie arts-patiënt.

Dit artikel bekijkt vooral het deel betreffende de informatie aan de patiënt, zijn toestemming en de toegang tot zijn medisch dossier. Het legt de door het voorstel ingevoerde principes uit en commentarieert ze.

De analyse betreft in eerste instantie de informatie die de arts aan zijn patiënt zal moeten meedelen. Tot op heden heeft de rechtspraak de informatieplicht van de arts altijd als een middelenverbintenis beschouwd. Het commentarierde voorstel legt de arts evenwel een echte resultaatsverbintenis op, waardoor de bewijslast terzelfder tijd wordt omgekeerd.

Volgens de tekst zal de arts moeten aantonen dat hij de gepaste informatie aan de patiënt heeft verstrekt. Die praktijk zal er beslist toe leiden dat meer gebruik zal worden gemaakt van stereotype formulieren waarin alle risico's van de ingreep worden beschreven en die de patiënt zal moeten ondertekenen met de vermelding 'voor akkoord'. Het voorstel voorziet duidelijk in het gebruik van dergelijke formulieren.

Daarnaast maakt de voorgestelde tekst het de arts mogelijk om informatie mee te delen aan derden, zoals de echtgenoot, in de veronderstelling dat de patiënt psychologisch niet in staat is om daarvan kennis te nemen. Het beroepsgeheim, dat het eeuwenoude en centrale principe van de relatie arts-patiënt vormt, wordt hiermee op losse schroeven gezet, zonder dat rekening wordt gehouden met de nadelige gevolgen daarvan.

Wat de toestemming betreft, komt de bewijslast bij de arts te liggen, die hoogstwaarschijnlijk gebruik zal maken van stereotype formulieren, naar het voorbeeld van wat in het kader van de informatieplicht zal gebeuren.

De wijzigingen in verband met de toegang tot het dossier brengen heel wat onzekerheden met zich mee of nemen in elk geval het wantrouwen bij de patiënt niet helemaal weg.

Het voorstel mist diepgang en voert principes in zonder de gevolgen ervan na te gaan. De evenwichtige krachtsverhouding, die de rechtspraak in de loop van de decennia heeft opgebouwd, wordt hierdoor compleet aan het wankelen gebracht.

Dat het wetsontwerp een overhaast werkstuk was, viel nog enigszins te begrijpen, aangezien de auteur ervan het nog vóór het einde van de regeerperiode wilde laten goedkeuren – de regering had overigens aangedrongen op het dringende karakter ervan overeenkomstig artikel 80 van de Grondwet – maar voor een voorstel dat bij het begin van de regeerperiode wordt ingediend, is dat onaantvaardbaar. De auteur had het ontwerp verder moeten uitwerken en de gevolgen ervan moeten onderzoeken.

⁽¹⁾ Cf. Memorie van toelichting van het Wetsontwerp van 24 maart 1999, *Parl. Doc.*, 2098/1-98/99.