

Faculté de droit et de criminologie

La charge de la preuve de l'obligation d'information : le point sur une jurisprudence capricieuse

Auteur : Hélène Carbonnelle
Promoteur(s) : Vincent Callewaert
Année académique 2020-2021
Master en droit à finalité spécialisée - Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je souhaite avant tout remercier mon promoteur de mémoire, Vincent Callewaert, pour avoir encouragé ce choix de sujet stimulant et complexe. Mais aussi pour sa patience, sa disponibilité et ses conseils judicieux, qui ont contribué à alimenter ma réflexion et ma motivation durant cette année académique.

J'aimerais également remercier mes parents, qui m'ont soutenue dans la rédaction de ce mémoire et, plus largement, tout au long de mes études.

Enfin, j'adresse ma reconnaissance à l'Université de Sheffield, pour la mise à disposition de ses infrastructures lors de mon programme Erasmus.

LA CHARGE DE LA PREUVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION : LE POINT SUR UNE JURISPRUDENCE CAPRICIEUSE

INTRODUCTION

Lorsqu'un individu se rend chez un professionnel, il attend de ce dernier qu'il prenne en charge sa situation médicale, juridique ou encore financière. L'individu se tourne vers un professionnel en raison des compétences de celui-ci, de ses connaissances, des obligations, des devoirs et des garanties entourant la profession à laquelle il est rattaché et qui le distinguent du reste de la population. C'est ce qui justifie la confiance que l'individu accorde au professionnel dans la prise en charge de sa situation. Parmi ces atouts, nous comptons notamment l'obligation d'information. Le médecin, l'avocat, mais aussi le banquier ont en leur possession une série d'informations, qui leur sont accessibles et compréhensibles en raison de leurs qualifications professionnelles. Ils sont dès lors tenus de communiquer à l'individu les consultant les informations qui le concernent et qui peuvent lui être utiles, voire indispensables à la compréhension de sa situation médicale¹, juridique² ou financière³.

En conséquence, le destinataire de cette information peut reprocher au professionnel d'avoir failli à son obligation et de ne pas lui avoir fourni l'information. L'objet de cette étude n'est cependant pas la compréhension des contours et de la substance de l'obligation d'information. Nous allons davantage nous intéresser à la question très délicate de la charge de la preuve de l'obligation d'information. Qui du débiteur, le professionnel, ou du créancier, son client, supporte la lourde tâche d'amener la preuve de l'exécution ou de la non-exécution de l'obligation d'information ?

L'issue de cette problématique pourrait avoir des conséquences importantes sur les relations entre les parties. Celle sur laquelle reposera la charge de la preuve pensera le cas échéant à se

¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 7 et 8.

² Code de déontologie de l'avocat, *M.B.*, 17 janvier 2013, art. 5.10.

³ Loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII « Services de paiement et de crédit » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions, *M.B.*, 28 mai 2014.

réserver en amont la preuve de l'exécution de son obligation⁴, formalisant d'autant plus les relations qu'elles entretiennent.

Par souci de clarté, nous introduirons cet écrit par un sobre rappel de la législation en vigueur concernant la preuve (Partie I). À ce sujet, nous commencerons par dire quelques mots de la réforme dont le droit de la preuve a fait l'objet à l'occasion du renouvellement du Code civil (Chapitre I). Ensuite, nous dresserons le portrait de plusieurs notions incontournables du droit de la preuve, nécessaires à la compréhension de la suite de cette étude. Premièrement, la notion de charge de la preuve retiendra notre attention (Chapitre II). Deuxièmement, nous aborderons l'intéressante exigence de collaboration à l'administration de la preuve (Chapitre III). Nous traiterons de la naissance du principe jusqu'à sa consécration légale, en passant par sa confirmation jurisprudentielle. Dans la lignée des deux notions précédentes, un quatrième chapitre sera dédié au risque de la preuve (Chapitre IV). Finalement, nous conclurons cette première partie en survolant la question de la preuve d'un fait négatif (Chapitre V).

Dans notre deuxième partie, nous nous plongerons au cœur du sujet faisant l'objet de nos recherches : la charge de la preuve de l'obligation d'information (Partie II). Pour ce faire, nous serons retenus par l'analyse minutieuse de la jurisprudence pertinente des cours de cassation de Belgique et de France (Chapitre I). Nous nous pencherons ensuite sur les différentes tentatives de conciliation de ces arrêts par la doctrine (Chapitre II). Parmi celles-ci, nous explorerons l'hypothèse de la prise en compte de la qualification pénale du manquement à l'obligation d'information. Ensuite, la question du stade auquel la question de la charge de la preuve se pose retiendra notre attention. Nous nous intéresserons au caractère adéquat de l'exécution de l'obligation d'information. Mais aussi, à la qualification de cette dernière. Nous nous interrogerons sur le rôle de la consécration légale de l'obligation d'information. Finalement, nous tenterons d'appréhender l'intéressante distinction proposée entre l'obligation d'information et le devoir d'information. Pour conclure, nous esquisserons notre analyse personnelle de la problématique de charge de la preuve de l'obligation d'information (Chapitre III). Nous soulignerons l'interprétation qui nous semble la plus pertinente pour apporter une réponse finale à cette question épineuse. Nous inspecterons les raisons permettant

⁴ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.*, 2016, p. 656.

éventuellement de justifier les différences de traitement entre les professions débitrices d'une obligation d'information.

PARTIE I. LE DROIT DE LA PREUVE

Chapitre I. La réforme du droit de la preuve

Disons quelques mots à propos du nouveau Code civil que le droit belge est progressivement en train d'accueillir, et plus particulièrement, de son livre 8 « *La preuve* », déjà adopté.

Nous retracerons brièvement la genèse de l'adoption de cette réforme (section 1). Ensuite, nous énumérerons les principaux changements que cette réforme a opérés dans le régime de la preuve (section 2).

Section 1. Genèse de la réforme

La révision du Code civil était imminente. Dès sa prise de fonction en 2014, le ministre de la Justice, Koen Geens, a exprimé sa volonté de réformer en profondeur le droit civil, afin de l'adapter aux évolutions que notre société a connues depuis l'introduction en 1804 de l'ancien Code civil⁵. Le Code civil Napoléonien avait en effet besoin d'une mise à jour, notamment pour s'adapter aux innovations technologiques qui avaient secoué le droit ces dernières années. De nombreuses clarifications devaient être établies, des définitions uniformes devaient être rédigées pour éclaircir des concepts fondamentaux. Le Code civil devait également être nettoyé de certains concepts tombés en désuétude, comme les tailles ou les registres domestiques pour ne citer qu'eux⁶.

Comme l'a communiqué lui-même le ministre de la Justice en charge de la réforme, cette dernière n'est pas révolutionnaire mais constitue une mise à jour nécessaire du Code civil, le mettant en phase avec des acquis jurisprudentiels unanimement acceptés. Cette codification poursuivait notamment un objectif d'accessibilité et de sécurité juridique⁷.

Le 30 septembre 2017, l'arrêté ministériel portant création des commissions de réforme du droit civil est publié. Six commissions sont créées, chacune missionnée de réformer une matière de droit civil. En son article 3, l'arrêté charge le Professeur Benoît Allemeersch et Maître Wannes

⁵ Exposé d'orientation politique-Justice, 17 novembre 2014, *Doc. parl.*, Ch., 2014-2015, n°54-0020/018, p. 4.

⁶ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/001, p. 3.

⁷ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 3.

Vandenbussche, sous la présidence du Professeur Dominique Mougenot, d'élaborer une proposition de réforme du droit de la preuve⁸.

En décembre 2017, l'avant-projet du livre « *La preuve* », des Livres « *Les obligations* » et « *Les biens* » firent l'objet d'une consultation publique. À cette occasion, la commission de réforme du droit de la preuve a accueilli une centaine de remarques, celles-ci conduisant presque à chaque fois à une modification du texte de loi ou à une précision dans l'exposé des motifs⁹.

Le 27 juin 2018, après y avoir été invité par le ministre de la Justice, le Conseil d'État rendait son avis sur l'avant-projet de loi « portant insertion du Livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil »¹⁰.

Le 31 octobre 2018, le projet de loi arrêté est déposé à la Chambre des Représentants pour être adopté le 4 avril 2019¹¹.

C'est donc la loi promulguée le 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « *La preuve* »¹², publiée au Moniteur belge le 14 mai 2019 et entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020, qui a posé la première pierre à l'édifice du nouveau Code civil belge. Le Code civil Napoléonien de 1804 a été, par la même occasion, renommé « *ancien Code civil* » par l'article 2 de la dite loi.

Section 2. Principaux changements

L'enjeu fondamental de la réforme en matière de droit de la preuve était le choix entre le maintien du principe de la preuve écrite préconstituée ou le passage à la preuve libre, comme c'était déjà le cas en droit commercial¹³. Les commissions de réforme ont opté pour le maintien du régime de la preuve légale règlementée, tout en aménageant sa mise en œuvre par certains

⁸ Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

⁹ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomme et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 34.

¹⁰ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., 2018, n°63.445/2.

¹¹ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Résumé, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/001, p. 2.

¹² Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « *La preuve* », *M.B.*, 14 mai 2019.

¹³ P. WÉRY et E. DIRIX, « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017/36, n° 6706, p. 707.

moyens, dans les cas où la pratique le nécessitait¹⁴. Parmi ces assouplissements, nous pouvons citer quatre situations dans lesquelles la liberté de la preuve trouve à s'appliquer :

1. Le plafond en dessous duquel la preuve est libre est élevé à 3 500,00 €¹⁵. Cet assouplissement se justifie par la volonté de ne pas accabler les justiciables d'un système de preuve trop lourd proportionnellement à des litiges de faible importance économique¹⁶.
2. La liberté de la preuve est étendue à toutes les entreprises et non plus aux seuls commerçants. Ce changement de terminologie se calque sur l'évolution du Code de droit économique¹⁷.
3. La preuve libre est généralisée pour tous les actes unilatéraux¹⁸.
4. La preuve libre est généralisée pour la preuve par les parties contre les tiers et inversement, sauf en ce qui concerne la date¹⁹.

¹⁴ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 29.

¹⁵ C. civ., art. 8.19.

¹⁶ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/001, p. 18.

¹⁷ C. civ., art. 8.11.

¹⁸ C. civ., art. 8.10.

¹⁹ C. civ., art. 8.14.

Chapitre II. La charge de la preuve

Dans ce chapitre, nous nous intéresserons successivement aux règles concernant la charge de la preuve prévues par le Code civil (section 1) et à l'interprétation que la doctrine belge a développée à propos de cette législation (section 2).

Section 1. Le Code civil

Rappelons que, jusqu'à lors, pour régler la question de la charge de la preuve, il fallait s'en remettre à l'article 1315 de l'ancien Code civil :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Cette règle se trouve transposée dans le nouveau Code civil en son article 8.4 alinéa 1^{er} et 2 avec une formulation légèrement différente, inspirée d'une proposition de l'auteur français M. Mekki²⁰ :

« Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent.

Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

Ce changement de formulation, et plus précisément l'abandon du terme « obligation », élargit le champ d'application de cette disposition en ne le limitant plus au seul domaine du droit des obligations.²¹

La réforme a également permis d'entériner les principes jurisprudentiels unanimement admis de collaboration des parties à l'administration de la preuve et de risque de la preuve aux aliénas

²⁰ M. MEKKI, "Charge de la preuve et présomptions légales – L'art de clarifier sans innover", *Droit et patrimoine*, sept. 2015, n°250, p. 36.

²¹ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 35.

3 et 4 de l'article 8.4 précité. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces deux principes ultérieurement (Chapitres III et IV).

Finalement, l'alinéa 5 précité consacre une nouveauté. Il s'agit de la faculté pour le juge d'opérer un renversement de la charge de la preuve lorsque certaines conditions strictes sont réunies²². Nous développerons également cette faculté plus loin (Chapitre III).

Section 2. L'interprétation de la doctrine

Un exposé portant sur la charge de la preuve et sur l'article 1315 de l'ancien Code civil serait loin d'être complet sans mentionner la théorie de l'éminent auteur Henri De Page à ce sujet. Ce dernier voyait dans l'article susmentionné le principe selon lequel « *en cas de litige, chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue, et dont elle prétend tirer, à son profit, des conséquences de droit* »²³. Toujours selon De Page, ce même principe doit être décomposé en deux phases :

Premièrement, « *la charge de la preuve du droit (ou les faits qui donnent naissance au droit) auquel il prétend, incombe au demandeur : actori incombis onus probanti* ».

Ensuite, seulement « *si cette preuve est rapportée, le défendeur doit être condamné à moins qu'il ne rapporte la preuve d'un fait dont l'existence impliquera sa libération : reus in exceptione fit actor* »²⁴.

Selon cette théorie, l'article 1315 du Code civil doit donc être interprété comme attribuant au créancier de l'obligation la charge de prouver l'existence de celle-ci. Une fois cette preuve rapportée, il revient au débiteur d'amener la preuve qu'il s'est libéré de cette obligation²⁵.

Étant donné la modification simplement terminologique que le législateur a opérée lors de la rédaction du nouveau Code civil, nous pouvons affirmer le maintien de l'application de théorie de De Page exposée ci-dessus au nouvel article 8.4 du Code civil.

²² Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 35.

²³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 730.

²⁴ *Ibidem*, p. 730.

²⁵ *Ibidem*, p. 730.

Toujours selon De Page, la thèse parfois avancée par la jurisprudence selon laquelle « *celui qui se borne à nier n'a rien à prouver* », illustrée par l'adage *negantis, naturali ratione, nulla est probatio*, n'apporte aucune matière à nos développements mais ne vient que confirmer ceux-ci au titre de conséquence des deux premières phases. Cet adage vient en effet illustrer la position de l'adversaire de la partie sur laquelle repose la charge de la preuve²⁶.

De Page, pour justifier sa thèse a également avancé que « *les hommes sont présumés libres d'obligations quelconques* »²⁷. En effet, il y aurait une présomption légale implicite selon laquelle la « *situation normale et habituelle* » existe en l'espèce. C'est à celui qui veut renverser cette présomption en invoquant un fait contraire que revient la responsabilité d'en apporter la preuve.

²⁶ *Ibidem*, p. 730.

²⁷ *Ibidem*, p. 730.

Chapitre III. La collaboration à l'administration de la preuve

Ce chapitre abordera successivement la naissance du principe de collaboration à l'administration de la preuve (section 1), la confirmation jurisprudentielle dont il a fait l'objet (section 2), pour aboutir en survolant sa consécration légale (section 3).

Section 1. La naissance du principe

Alors que l'article 870 du Code judiciaire énonce que chaque partie supporte la charge de prouver les faits qu'elle allègue, certains cours et tribunaux²⁸, suivis par la doctrine, ont considéré que l'article 871, quant à lui consacrait le principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve²⁹. En vertu de ce principe, toutes les parties doivent produire les éléments de preuve qu'elles ont en leur possession sans pouvoir objecter, pour ne pas s'exécuter, que la charge de la preuve ne repose pas sur elle³⁰. Ce principe a été regardé par la doctrine comme un remède au syndrome de « *besoin de preuve* »³¹ dans lequel se trouve une partie, incapable d'amener la preuve des faits utiles, ces derniers se trouvant tous ou en majorité dans les mains de son adversaire³².

Section 2. La confirmation jurisprudentielle

À plusieurs reprises, la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer l'existence du principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve. Premièrement, nous citerons l'arrêt du 10 décembre 2004 en matière de contrat de crédit³³. La Cour commence par confirmer les obligations d'information supportées par le prêteur et par le consommateur d'une part, et l'obligation d'examen de la situation financière et de la capacité de remboursement du consommateur par le prêteur, d'autre part. Ensuite, la Cour fait reposer sur le consommateur la

²⁸ Liège, 26 février 1985, *J.T.*, 1985, n°5335, p. 271 ; Trib. trav. Hainaut (4^{ème} ch.), 14 janvier 2013, RG N° 11/2733/A, disponible sur juportal.be.

²⁹ D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011/29, n° 6447, p. 595.

³⁰ *Ibidem*, p. 596.

³¹ D. MOUGENOT, « Chapitre 2 - La charge de la preuve et l'administration de la preuve » in G. de Leval (dir.) *Droit judiciaire – Tome 2*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 476; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story - Scientia, 1962, p. 196, n°105; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in G de Leval et B Tilleman (dir.) *L'expertise judiciaire - Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Charte, 2003, p. 49, n°33; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », in P. Van Orshoven (dir.), *Themis Gerechtelijk Recht*, n°59, Bruges, la Charte, 2010, p. 39, n°7.

³² MOUGENOT, D., « La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *op.cit.*, p. 596.

³³ Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note De Patoul, *NjW*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note Buyle, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note Steennot.

charge de prouver le manquement du prêteur à ses obligations. Elle finit par ajouter que le prêteur supporte néanmoins un devoir de participation dans la charge de la preuve, dans les limites légalement déterminées³⁴.

Deuxièmement, par son arrêt du 18 janvier 2007, la Cour de cassation rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt condamnant une partie qui, bien que ne supportant pas la charge de la preuve, « *ne prouve pas avoir pris la moindre mesure aux fins de garantir la sécurité* » d'un chantier fluvial. Le demandeur en cassation invoque donc un renversement illégitime de la charge de la preuve. La Cour de cassation répond alors qu'en étant formulé de cette manière, l'arrêt attaqué « *ne dispense pas la première défenderesse de démontrer que la seconde défenderesse n'a pas pris toutes les mesures de sécurité utiles et n'impose pas davantage à la seconde défenderesse de prouver qu'elle avait pris de telles mesures. Il détermine seulement la mesure dans laquelle cette partie, tenue à un devoir de collaboration à l'administration de la preuve, devait s'expliquer sur ce qu'elle avait fait pour prévenir la survenance du dommage* »³⁵.

Section 3. La consécration légale

L'article 8.4 précité, en son alinéa trois, a consacré légalement une théorie longuement admise par la Cour de cassation : la collaboration des parties à l'administration de la preuve.

Alors que Pierre Van Ommeslaghe soutenait que le juge ne peut pas aller jusqu'à renverser la charge de la preuve en se prévalant du principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve³⁶, le dernier alinéa de l'article 8.4 du Code civil paraît insérer une exception à cette interdiction dans le chef du juge.

« Le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

³⁴ Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note De Patoul, *NjW*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note Buyle, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note Steennot.

³⁵ Cass., 18 janvier 2007, *R&J*, 2007/1, p. 27.

³⁶ P. VAN OMMESLAGHE, « Chapitre 2 - La charge de la preuve », in *Traité de droit civil belge. Tome II. Les obligations. Volume I*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2362.

Nous observons que le renversement de la charge de la preuve ne peut être opéré par le juge qu'en respectant des conditions strictes énoncées par l'article précité. Premièrement, le juge doit spécialement motiver sa décision. Deuxièmement, cette dernière doit être justifiée par des circonstances exceptionnelles. Troisièmement, l'application des règles des alinéas premier à quatre doit être manifestement déraisonnable. Finalement, ce n'est qu'après avoir ordonné sans succès toutes les mesures d'instruction utiles et veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve que le juge peut renverser la charge de celle-ci.

Néanmoins, il nous paraît excessif d'avancer que l'ajout de cet alinéa dans le Code civil permettrait de soutenir que la charge de la preuve de l'obligation d'information du médecin repose systématiquement sur celui-ci, les conditions légales n'étant pas forcément remplies dans tous les cas³⁷.

Moins sévèrement, si les conditions pour opérer un renversement de la charge de la preuve ne sont pas remplies, le juge peut sanctionner le refus de collaborer à l'administration de la preuve d'une partie en mettant à sa charge une partie des dépens, alors que le demandeur a été débouté de son action. La jurisprudence a notamment déjà fait application de cette sanction à propos d'une mesure d'instruction³⁸. D'autres sanctions ont été énoncées par la doctrine. Nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage de Virginie Ronneau à ce sujet³⁹.

Par ailleurs, à l'occasion de son arrêt du 25 septembre 2000⁴⁰, la Cour de cassation casse une décision de la Cour d'appel de Mons du 25 novembre 1998 et juge que le principe général de droit imposant aux parties de collaborer à la preuve et l'article 877 du Code judiciaire permettent au juge d'exiger de l'une d'entre elles la production d'un document, sans que cette mesure ne puisse être considérée comme un renversement de la charge de la preuve⁴¹. Le fait, pour le juge, de pouvoir exiger d'une partie la production d'un document n'est donc qu'une application du principe de collaboration des parties à la preuve. Ce principe confère au juge le pouvoir de contraindre les parties à collaborer à l'administration de la preuve si celles-ci n'en

³⁷ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. George, B. Havet et A. Pütz (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2019, p. 243.

³⁸ Références empruntées à V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 227, n°34 : Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, I, p. 387 et s., note D. Dessard, *R.C.J.B.*, 1979, p. 451 et s., note E. Cerexhe.

³⁹ V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 227.

⁴⁰ Cass. (3^{ème} ch.), 25 septembre 2000, R.G. n° C990201FV, disponible sur juportal.be.

⁴¹ Cass. (3^{ème} ch.), 25 septembre 2000, R.G. n° C990201FV, disponible sur juportal.be.

prennent pas l'initiative⁴². La pratique révèle cependant qu'il va de l'intérêt des parties⁴³, même de celle sur laquelle ne repose pas la charge de la preuve, de produire spontanément les preuves dont elles disposent afin de ne pas laisser la conviction du juge se construire sur des bases trop solides en faveur de leur adversaire⁴⁴.

Ce principe et sa récente consécration légale pourraient trouver une application bien concrète dans le domaine de l'obligation d'information⁴⁵. La doctrine rappelle toutefois la subsidiarité du recours à ce mécanisme du renversement de la preuve⁴⁶. Le juge ne peut s'en servir s'il a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire⁴⁷. De plus, Virginie Ronneau précise que dans le cas de l'attribution de la charge de la preuve d'un fait négatif, les articles 8.5⁴⁸ et 8.6⁴⁹ du Code civil, permettant au juge de se contenter d'une preuve par vraisemblance, doivent prévaloir⁵⁰.

Nous pouvons nous réjouir de la consécration du principe de collaboration à l'administration de la preuve. En effet, il serait insensé de laisser sombrer le demandeur avec son action car il ne peut amener les preuves la sous-tendant. Cela tout en laissant son adversaire échapper à son éventuelle responsabilité en emportant toutes les preuves dont il dispose, sous prétexte que ce n'est pas sur ce dernier que repose la charge de la preuve. Ce n'est que lorsque ni le demandeur, ni le défendeur n'a en sa possession un élément de preuve suffisant pour soutenir l'une ou l'autre thèse qu'il convient de désigner la partie qui succombera et qui supportera les conséquences de l'absence de preuve : le naufrage de sa demande pour l'un, la mise en cause de sa responsabilité pour l'autre. Cette ultime solution est traduite dans le concept de risque de la preuve que nous abordons dans le chapitre suivant (chapitre IV).

⁴² V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 225.

⁴³ D. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93.

⁴⁴ J.-L. MOURALIS, « v° Preuve, 2^{ème} éd. », *Rép. dr. civil Dalloz*, 2002, n°960.

⁴⁵ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, 1^{re} éd., Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 665.

⁴⁶ F. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. Callewaert (dir.), *Responsabilités professionnelles*, coll. CUP, vol. 196, Limal, Anthemis, 2020, p. 92 ; W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 332-345 ; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, p. 577 et s. et p. 747-752 ; V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

⁴⁸ C. civ., art. 8.5: « *Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude* ».

⁴⁹ C. civ., art. 8.6 : « *Sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine* ».

⁵⁰ V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 250.

Malgré le développement de ce principe général de droit imposant aux deux parties de produire les éléments de preuve dont elles disposent, les articles 8.4 du Code civil et 870 du Code judiciaire gardent leur intérêt pour ce qui est de la question du risque de la preuve.

Chapitre IV. Le risque de la preuve

Alors qu'il était légitime de s'interroger sur l'opportunité de la coexistence des principes de charge de la preuve et de collaboration des parties à l'administration de la preuve, c'est à juste titre que Virginie Ronneau a confirmé l'intérêt du premier pour permettre au juge de se conformer à l'interdiction du déni de justice prévue par l'article 5 du Code judiciaire⁵¹. Le juge est tenu de trancher la cause même si une incertitude subsiste⁵². Dès lors, si les faits dont la preuve a été amenée par chacune des parties ne suffisent pas à emporter la conviction du juge en faveur de l'une d'entre elles, c'est au détriment de celle qui supportait la charge de la preuve que le juge statuera⁵³. C'est en ce sens que le principe de la charge de la preuve garde un intérêt.

En ce sens, il est traditionnellement admis que la charge de la preuve peut s'entendre selon une conception subjective ou une conception objective. La conception subjective, selon laquelle une partie au litige supporterait la charge de prouver un acte ou un fait juridique déterminé, s'oppose à la conception objective qui s'intéresse davantage à l'issue du litige. La conception objective désigne la partie qui supporte le risque de la preuve.⁵⁴

Une définition limpide de ce principe a été produite dans le rapport de Gautier Calomne et Özlem Ozen au nom de la commission de la Justice à l'occasion du projet de loi de réforme du droit de la preuve⁵⁵ :

« Le risque de la preuve peut se définir comme la théorie selon laquelle celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès en cas de doute ».

La Cour de cassation française avait également défini ce concept de manière tout aussi claire : *« l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve »*⁵⁶.

⁵¹ V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 228.

⁵² *Ibidem*, p. 228.

⁵³ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015/2, p. 726; J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n°962.

⁵⁴ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *A.D.L.*, 2018/3, p. 373.

⁵⁵ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 5.

⁵⁶ Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. cass.* 1962, IV, n°105.

Chapitre V. La preuve d'un fait négatif

Amener la preuve d'un fait négatif peut se révéler être une tâche particulièrement embarrassante. C'est une situation pertinente à examiner dans l'étude de l'obligation d'information. En effet, dans le cas où le juge déciderait d'attribuer la charge de prouver l'inexécution de l'obligation d'information au créancier, ce dernier peinerait à amener la preuve de l'absence d'information. Il est des cas où la preuve d'un fait positif contraire peut neutraliser cette difficulté⁵⁷. En guise d'illustration, reprenons l'exemple de François Laurent :

*« Je prouve que vous n'êtes pas belge, en prouvant que vous êtes français, ou que vous avez perdu votre qualité de belge »*⁵⁸.

Dans d'autres cas, la preuve par témoin peut s'avérer être un remède également efficace.

Il est cependant des cas où la nature de certains faits négatifs rend leur preuve impossible à rapporter. Il s'agit des faits négatifs indéfinis⁵⁹.

*« Telle serait la proposition que je ne suis pas votre débiteur ; il faudrait prouver qu'à aucun titre je ne suis votre débiteur, ce qui est à peu près impossible »*⁶⁰.

C'est néanmoins le caractère indéfini qui rend la preuve impossible à rapporter et non son caractère négatif. La même impossibilité se présenterait en effet à propos d'un fait positif indéfini⁶¹.

Cette problématique peut s'illustrer par l'adage « *Negativa non sunt probanda* » et sa traduction littérale « *on ne peut prouver un fait négatif* ». De cet adage, ont tenté de s'élever des théories comme celle de la « *meilleure aptitude à la preuve* » selon laquelle le charge de la preuve devait être renversée dans le cas de la preuve d'un fait négatif⁶².

⁵⁷ D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., p. 103.

⁵⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil. Français*, t. XIX, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe-A. Durand et Pedone-Lauriel, 1876, p. 93.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 93.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁶¹ *Ibidem*, p. 93.

⁶² P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 627 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 542.

Toullier s'est vigoureusement exprimé contre ce courant : « *bannissons du barreau la fausse et triviale maxime que l'on ne prouve pas une négative* »⁶³.

À ce sujet, nous verrons plus loin que, lorsqu'elle attribue la charge de la preuve au débiteur, la Cour de cassation souligne le caractère négatif du fait dont le créancier devrait amener la preuve si cette charge lui était attribuée⁶⁴. Elle s'est notamment exprimée en ces termes à l'occasion de l'arrêt du 25 juin 2015 :

*« Il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée »*⁶⁵.

Alors que nous pourrions supposer que cette mention influence sa décision d'attribution de la charge de la preuve, la Cour se montre paradoxalement très claire lorsqu'elle affirme sa position selon laquelle le fait pour le créancier de devoir apporter la preuve d'un fait négatif ne justifie pas un renversement de la charge de la preuve.

*« Si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire »*⁶⁶.

Cette prise de position de la part de la Cour nous retient de considérer que la complexité que constitue la preuve d'un fait négatif joue un rôle significatif dans la décision d'attribution de la charge de la preuve par la Cour de cassation.

En matière d'obligation d'information, les cas dans lesquels la charge de la preuve est attribuée au créancier mèneront tous à l'exigence de la démonstration d'un fait négatif, l'absence d'information.

Dominique Mougenot avance néanmoins que cette problématique trouve sa solution dans l'article 1315 de l'ancien Code civil. Suivant son interprétation, un créancier n'est pas censé se retrouver à devoir porter la charge de la preuve d'un fait négatif indéfini. L'article 1315 de

⁶³ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français*, t. VIII, Paris, B. Warée, p. 25.

⁶⁴ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 708 ; Cass. (1^{ère} ch.), 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445, *J.T.*, 2016, p. 613.

⁶⁵ Cass. (1^{ère} ch.), 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445, *J.T.*, 2016, p. 613.

⁶⁶ Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. Kirkpatrick.

l'ancien Code civil lui impose simplement de prouver l'existence de l'obligation dont il se prévaut, en réponse à quoi son adversaire se verra déférer la charge de prouver l'exécution de l'obligation pour laquelle il a été reconnu débiteur⁶⁷.

⁶⁷ D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 101.

PARTIE II. LA CHARGE DE LA PREUVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Appliquons désormais les développements antérieurs au sujet central de cette étude, l'obligation d'information. La question qui se pose est celle de savoir sur qui du débiteur ou du créancier de l'obligation d'information repose la charge d'amener la preuve de l'exécution ou de la non-exécution de celle-ci.

Malgré la présence des règles régissant le droit de la preuve dans le Code civil et la récente réforme censée rendre celles-ci plus limpides, l'application du droit de la preuve à l'obligation d'information ne fait pas l'unanimité. Comme l'a soulevé le professeur Mougenot, les termes généraux de l'article 1315 du Code civil ne nous permettent pas de nous positionner dans un sens ou dans l'autre de manière tout à fait certaine. Nous pouvons même dire que chacun des alinéas de cet article pourrait justifier chacune des deux solutions envisagées⁶⁸.

Les cours de cassation belge et française ont rendu de nombreux arrêts à partir desquels la doctrine a peiné à dégager une interprétation uniforme du raisonnement de la Cour de cassation.

Nous allons commencer par passer en revue les arrêts les plus pertinents de la Cour de cassation de Belgique et de la Cour de cassation de France concernant la charge de la preuve de l'obligation d'information (Chapitre I).

Nous explorerons ensuite les différentes thèses exposées par la doctrine pour expliquer les divergences de solutions entre les deux Cours de cassation voisines d'une part, et en fonction de la profession du débiteur de l'information d'autre part (Chapitre II).

⁶⁸ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? » *op. cit.*, p. 658.

Chapitre I. Analyse de la jurisprudence

En remontant aux origines jurisprudentielles de cette question, nous observons que la charge de la preuve reposait traditionnellement sur le créancier. Cela a été jugé en matière de responsabilité médicale en ces termes : « *La preuve de ce consentement incombe à l'homme de l'art, puisque ce consentement rend légitime l'opération qu'il a faite* »⁶⁹.

Cette solution est restée en vigueur jusqu'à l'arrêt du 29 mai 1951 de la Cour de cassation de France⁷⁰.

Section 1. L'arrêt du 29 mai 1951 de la Cour de cassation de France

La saga de la charge de la preuve de l'obligation d'information du médecin commence par l'arrêt de la Cour de cassation française du 29 mai 1951⁷¹.

« Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à une telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette intervention ».

Cette jurisprudence attribuant la charge de la preuve de la non-exécution de l'obligation d'information au débiteur de celle-ci a été appliquée en France⁷² et en Belgique⁷³.

⁶⁹ Civ. Liège, 27 novembre 1889, *Pas.*, 1990, III, p. 85.

⁷⁰ Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162; *D.* 1952.53, note R. Savatier.

⁷¹ Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162; *D.* 1952.53, note R. Savatier.

⁷² Cass. fr., II janvier 1966, *Sir.*, 1966, p.266.

⁷³ Références empruntées à J.-L. FAGNART, « La charge de la preuve en matière d'information », obs. sous Cass. fr., 25 février 1997, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 335, n°5 : Bruxelles, 6 janvier 1951, *R.W.*, 1950-51, 944; *J.T.*, 1951, p. 234 ; Anvers, 9 novembre 1987, *R.W.*, 1987-88, 1336, note T. VANSWEEVELT ; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Bruxelles, Larcier, 1974, n°40 ; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 1967, t. I, n°1095 ; X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, Bruxelles, Larcier, 1971, t. I, n°579 ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n°346.

Section 2. L'arrêt du 26 janvier 1968 de la Cour de cassation de Belgique

La Cour de cassation de Belgique s'est prononcée pour la première fois sur la charge de la preuve de l'obligation d'information à l'occasion de son arrêt rendu le 26 janvier 1968, sur un pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 26 janvier 1966⁷⁴. Il opposait la Caisse nationale des pensions en qualité de requérante, à la commune de Hoeilaart en qualité de défenderesse.

L'arrêt concerne l'obligation d'information que supporte la commune de Hoeilaart à l'égard de la Caisse nationale des pensions et portant sur tout renseignement susceptible de modifier le droit des bénéficiaires à l'octroi de la pension⁷⁵.

La Caisse nationale des pensions reprochait à la commune de Hoeilaart de ne pas l'avoir informée du remariage de Madame Vanhellemont, la bénéficiaire, et poursuivait alors le remboursement par la commune de certains suppléments et majorations de pension de veuve de guerre et d'intérêts pour travailleurs transfrontaliers qui furent versés à la bénéficiaire.

La Cour du travail de Bruxelles avait fait reposer sur la Caisse Nationale des pensions la charge de la preuve non seulement de l'existence de l'obligation d'information mais également du défaut d'exécution de celle-ci par la commune. La Cour ajoute que même dans le cas d'une obligation de résultat, le créancier doit apporter la preuve que le résultat n'a pas été atteint. Une fois que cette preuve est rapportée, le débiteur doit alors apporter la preuve d'une cause étrangère justifiant le défaut d'exécution.

Dans sa décision, la Cour de cassation commence par confirmer que l'obligation d'information que supporte la commune est bien de résultat.

Cependant, elle va à l'encontre de l'avis de la Cour du travail et décide que pour se décharger de sa responsabilité, il revient à la commune d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation d'information vis-à-vis de la Caisse nationale des pensions et non à cette dernière d'apporter la preuve du fait négatif de l'absence d'exécution.

⁷⁴ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 708.

⁷⁵ Obligation prévue par la loi du 23 janvier 1925 instituant une Caisse nationale des pensions de la guerre, *M.B.*, 25 janvier 1925, art. 12, abrogée par la loi du 19 avril 2019, *M.B.*, 30 avril 2019, art. 2 ; Arrêté royal du 8 février 1925 relatif à l'exécution de la loi du 23 janvier 1925 instituant une Caisse nationale des pensions de la guerre, *M.B.*, 13 février 1925, art. 12.

Section 3. L'arrêt du 25 février 1997 de la Cour de cassation de France

Le 25 février 1997, la Cour de cassation française s'est prononcée quant à la charge de la preuve de l'obligation d'information du médecin⁷⁶.

À l'origine de cet arrêt, Monsieur H. engage la responsabilité de son médecin devant le tribunal de grande instance de Rennes à la suite d'une coloscopie avec ablation de polype ayant engendré une perforation de son intestin. Se prévalant du rapport d'expertise écartant la faute du médecin mais soulignant que « *le risque de perforation au cas de coloscopie est à prendre en considération car il est loin d'être exceptionnel* », Monsieur H invoque au stade de l'appel un manquement de son médecin à son devoir d'information quant aux risques inhérents à la coloscopie. La Cour d'appel suit la jurisprudence constante développée plus haut⁷⁷ et considère qu'il revient au demandeur d'apporter la preuve du défaut d'information. Elle rejette dès lors la demande de Monsieur H⁷⁸.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel et effectue donc un important revirement en décidant que « *le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation* ».

Cet arrêt a évidemment agité la doctrine qui a tenté de dégager une justification à la solution donnée par la Cour de cassation. Certains auteurs français avaient élaboré la théorie selon laquelle la charge de la preuve repose sur celui qui se prévaut d'une situation contraire à « *l'ordre normal et habituel des choses* », c'est-à-dire l'absence d'obligation⁷⁹. Dans le cas d'espèce, il a alors été soutenu que l'intégrité physique constituait la normalité et que l'atteinte à celle-ci devait être justifiée par le médecin en apportant la preuve du consentement éclairé du patient⁸⁰.

Section 4. L'arrêt du 29 avril 1997 de la Cour de cassation de France

L'arrêt attaqué est celui de la Cour d'appel de Pau du 8 septembre 1994. En l'espèce, la Cour d'appel avait tenu l'avocat responsable d'avoir « *engagé une procédure vouée à l'échec et*

⁷⁶ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, 12858, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 337, note J.-L. FAGNART.

⁷⁷ Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 162 ; *D.* 1952.53, note R. Savatier.

⁷⁸ F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de jurisprudence civile*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 123.

⁷⁹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Paris, Recueil Sirey, n° 231.

⁸⁰ F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 123.

manifestement contraire aux intérêts de sa cliente, sans avoir averti celle-ci des risques éminemment prévisibles auxquels elle s'exposait ou d'avoir sollicité de celle-ci une décharge de responsabilité ou, à tout le moins, une reconnaissance de sa cliente de ce qu'il l'avait informée des dangers qu'elle encourait en exerçant un recours contre une décision constatant son désistement »⁸¹.

Sur ce, la Cour de cassation de France a rejeté le pourvoi interjeté par l'avocat qui contestait devoir supporter la charge de la preuve de l'exécution de son obligation d'information. La Cour a considéré que, en application de 1315 du Code civil, il appartenait à l'avocat, débiteur d'une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client, d'apporter la preuve de l'exécution de celle-ci⁸².

Section 5. L'arrêt du 14 décembre 2001 de la Cour de cassation de Belgique

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 30 avril 1998⁸³. En avril 1985, la patiente passe des examens thyroïdiens qui révèlent notamment la grossesse de cette dernière. L'absorption d'iode que ces examens nécessitent et les effets néfastes qu'elle entraîne sur la grossesse obligent la patiente à subir un avortement thérapeutique. Le médecin gynécologue propose de procéder à une ligature des trompes en même temps que l'interruption de la grossesse. La patiente affirme ne pas avoir pris de décision lors de l'entretien et ne pas avoir revu le médecin avant l'intervention chirurgicale. La veille de l'intervention chirurgicale, lors de son entrée en hôpital, la patiente signe un formulaire de consentement à « *la stérilisation tubaire chirurgicale* » et à « *l'interruption thérapeutique de grossesse* »⁸⁴.

La patiente et son mari poursuivent alors le gynécologue pour manquement à son obligation d'information. Ils contestent le caractère éclairé du consentement de la patiente en ce que le formulaire de consentement signé par elle reprenait les termes « *stérilisation tubaire chirurgicale* », différents de ceux employés par le médecin qui avait proposé une « *ligature des trompes* » lors de leur entretien. Par ailleurs, étant donné la communauté de vie qu'un couple poursuit, ils revendiquent l'obligation pour le gynécologue de recueillir le consentement du mari de la patiente en plus du consentement de cette dernière.

⁸¹ Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 avril 1997, *Bull. civ.*, n°132, p. 88.

⁸² Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 avril 1997, *Bull. civ.*, n°132, p. 88.

⁸³ Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139.

⁸⁴ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129.

La Cour d'appel donne raison à la patiente et condamne le médecin pour manquement à son obligation d'information en développant qu'une « *intervention chirurgicale, spécialement lorsqu'elle n'est ni urgente ni indispensable sur le plan thérapeutique, constitue un acte illégitime si le médecin n'a pas obtenu au préalable le consentement éclairé du patient* ».

La Cour d'appel confirme également que le consentement du mari de la patiente aurait dû être recueilli et ajoute même « *qu'on peut facilement songer au grief qu'un époux pourrait faire à son épouse d'avoir fait procéder à une stérilisation sans son accord, ce qui pourrait même entraîner un divorce aux torts de l'épouse pour injure grave* »⁸⁵.

Quant à la charge de la preuve, la Cour ajoute « *que le médecin, qui est légalement et contractuellement tenu de l'obligation de d'informer, puis d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient, a la charge de prouver l'exécution de son obligation* »⁸⁶.

La Cour de cassation, saisie du pourvoi du médecin gynécologue casse l'arrêt de la Cour d'appel le 14 décembre 2001. Elle rappelle d'abord que seul le consentement de la personne qui subit le traitement médical est nécessaire. La Cour exclut donc le consentement du mari de la patiente et ce, même dans le cas d'une stérilisation irréversible non thérapeutique.

Ensuite, quant à la charge de la preuve du manquement à l'obligation d'information, la Cour de cassation a statué contre le renversement de la charge de la preuve opéré par la Cour d'appel de Liège. En effet, cette dernière s'était alignée avec la jurisprudence de la Cour de cassation française de 1997 et avait fait reposer la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information sur le médecin. Rappelons que cet arrêt français avait créé de nombreux débats en France et en Belgique. Certains auteurs se demandaient notamment si la Cour de cassation belge allait elle aussi suivre ce renversement de la preuve à charge du médecin⁸⁷.

Le raisonnement de la Cour de cassation repose sur le fait que l'acte médical reproché au gynécologue portant atteinte à l'intégrité physique de son patient sans le consentement de ce dernier constitue une infraction pénale⁸⁸. L'obligation de recueillir le consentement du patient et l'obligation d'information préalable sont dès lors étrangères au contrat entre le médecin et le patient mais le consentement libre et éclairé de la patiente aurait pu tenir de cause de

⁸⁵ Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139.

⁸⁶ Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139.

⁸⁷ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁸ C. pén., art. 392 et s.

justification à cet acte, y ôtant dès lors tout caractère culpeux. Considérant que l'action civile se fonde sur une infraction pénale, la Cour de cassation dit ce qui suit :

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

Attendu que l'arrêt, qui ne constate pas que la cause de justification alléguée par le demandeur est dénuée de toute crédibilité mais repose sur la considération que la preuve de cette cause de justification lui incombe et qu'il n'y satisfait pas, renverse le fardeau de la preuve et viole, partant, toutes les dispositions légales visées au moyen, en cette branche, à l'exception de l'article 149 de la Constitution »⁸⁹.

Section 6. L'arrêt du 10 décembre 2004 de la Cour de cassation de Belgique

L'arrêt a été rendu sur un pourvoi dirigé contre une décision rendue en degré d'appel par le tribunal de première instance de Ypres le 2 mai 2001. Cet arrêt concerne l'obligation d'information réciproque à charge du prêteur et du consommateur dans le cadre d'un contrat de crédit à la consommation⁹⁰.

Pour rappel, la loi relative au crédit à la consommation prévoit l'obligation pour le consommateur sollicitant un contrat de crédit de fournir, à la demande du prêteur, les informations qu'il juge nécessaire pour l'appréciation de sa situation financière et de sa faculté de remboursement⁹¹. Réciproquement, la même loi prévoit l'obligation pour le prêteur de fournir au consommateur toute information nécessaire concernant le contrat de crédit envisagé⁹². Il découle de ces obligations réciproques, l'interdiction pour le prêteur de conclure un contrat de crédit si, compte tenu des informations dont il disposait ou dont il devait disposer,

⁸⁹ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129.

⁹⁰ Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991, art. 10 et 15, abrogée par la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII "Services de paiement et de crédit" dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions, *M.B.*, 28 mai 2014, art. 53.

⁹¹ Loi du 12 juin 1991 précitée, art. 53.

⁹² Loi du 12 juin 1991 précitée, art. 53.

il ne pouvait raisonnablement estimer que le consommateur serait à même de respecter les conditions du contrat⁹³.

Le tribunal de première instance avait, en degré d'appel, confirmé la décision du juge de paix de Wervick prononçant l'échec de la banque dans l'administration de la preuve de son devoir d'enquête.

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi initié par la banque, commence par confirmer l'existence d'une obligation réciproque d'information loyale et complète entre le consommateur et le prêteur et de l'obligation de ce dernier d'investiguer activement sur la situation financière du consommateur. Ensuite, la Cour ajoute « *que la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations incombe au consommateur, sans préjudice de l'obligation du prêteur de contribuer à la preuve dans les limites légalement définies* ».

La Cour de cassation conclut qu'en décidant d'appliquer l'article 92, 1° de la loi du 12 juin 1991 prévoyant une sanction de nature civile, le tribunal de première instance a méconnu les règles relatives à la charge de la preuve à cet égard.

Section 7. Les arrêts du 16 décembre 2004 de la Cour de cassation de Belgique

La Cour de cassation a rendu deux arrêts en date du 16 décembre 2004 concernant la charge de la preuve du devoir d'information en matière médicale.

Le premier arrêt a été rendu sur un pourvoi dirigé contre un arrêt du 6 février 2003 de la Cour d'appel de Gand. En l'espèce, un examen gynécologique montra qu'un gynécologue avait oublié des tampons dans le corps de sa patiente au cours d'une intervention chirurgicale. Cette patiente avait dû subir une seconde intervention pour extraire les tampons, à la suite de laquelle elle se plaignait de ne plus pouvoir avoir de rapports sexuels⁹⁴.

La patiente fut déboutée par la Cour d'appel de Gand devant laquelle elle invoquait le manquement du médecin à son devoir d'information quant aux risques de la seconde intervention.

Devant la Cour de cassation, la demanderesse fait valoir que le médecin a l'obligation de recueillir le consentement de son patient avant l'intervention et que cette obligation est de

⁹³ Loi du 12 juin 1991 précitée, art. 53.

⁹⁴ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman.

résultat. De ce fait, elle avance également que la charge de la preuve de l'exécution de son obligation d'information repose sur le médecin.

La Cour de cassation va à son tour rejeter le moyen de la patiente qui reprochait à la Cour d'appel d'avoir interverti la charge de la preuve :

« Lors d'une contestation civile portant sur un dommage à indemniser, la charge de la preuve relative à la faute, au dommage et au lien de causalité incombe à celui qui demande l'indemnisation du dommage qu'il a subi » sans que le juge ne puisse *« dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire »*.

Elle rajoute que : *« le devoir d'information du médecin ne constitue pas une obligation de résultat. Un patient qui invoque que le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information doit en fournir la preuve »*⁹⁵.

En précisant de cette manière que le devoir d'information du médecin n'est pas une obligation de résultat, nous pourrions considérer que si tel avait été le cas, c'est au médecin que la Cour de cassation aurait attribué la tâche d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation d'information. La généralité des termes qu'elle emploie pour faire reposer la charge de la preuve sur le demandeur en indemnisation dans le moyen précédent ne nous permet cependant pas de tenir une telle thèse. Nous pouvons dès lors supposer que cette mention a été faite par la Cour en simple réponse au moyen de la demanderesse, fondant la charge de la preuve sur le médecin sur la nature de résultat de son obligation d'information⁹⁶.

De plus, l'éminent auteur Kirkpatrick a réfuté la théorie selon laquelle notre Cour de cassation aurait infirmé la nature *« de résultat »* de l'obligation pour justifier sa divergence de solution avec son homonyme française. En effet, la décision de la Cour de cassation française du 25 janvier 1997 suppose nécessairement la nature de résultat que l'obligation de fournir l'information revêt. Cependant, l'auteur énonce une distinction entre l'obligation de *« faire parvenir l'information »* qui constituerait une obligation de résultat et l'obligation pour le

⁹⁵ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman.

⁹⁶ J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, p. 526.

médecin de « *connaître l'information exacte* » qui serait, quant à elle, une obligation de moyens⁹⁷.

Le deuxième arrêt concerne un litige opposant les ayants droit du docteur L. H. à une de ses patientes, Madame L. Cette dernière est hospitalisée à l'hôpital Saint-Nicolas de Courtrai le 3 juillet 1989. Durant cette hospitalisation, la patiente subit deux interventions chirurgicales au niveau de sa hanche, les 4 et 18 juillet 1989. Le 23 juillet, Madame L. quitte l'hôpital, seulement cinq jours après la deuxième intervention, alors que la plaie montre encore des sécrétions. Une fois chez elle, son état se détériore. Elle décide de poursuivre la réparation de son dommage causé par la première intervention fautive et par sa sortie prématurée de l'hôpital. Elle invoque notamment le manquement du docteur L. H. à son obligation d'information quant aux risques qu'elle encourait en précipitant sa sortie de l'hôpital⁹⁸.

Par son arrêt du 7 mai 2003, la Cour d'appel de Gand décide que les successeurs légaux du défunt docteur L.H. sont responsables de tous les dommages subis par Madame L., tant du fait de l'intervention chirurgicale fautive de leur prédécesseur légal le 4 juillet 1989 que du départ prématuré de l'hôpital par la patiente à l'occasion duquel le docteur L. H. a manqué à son devoir d'information. Quant à la preuve de ce devoir d'information, la Cour va se fonder sur le deuxième aliéna de l'article 1315 du Code civil pour faire reposer la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information sur le docteur L.H. et, à fortiori, sur ses ayants droit.

Saisie du pourvoi des successeurs légaux du docteur L. H., la Cour de cassation va invalider la décision de la Cour d'appel de Gand en statuant qu'il « *appartient à la patiente qui prétend que le médecin a manqué à son obligation contractuelle de l'informer de tous les risques auxquels elle serait exposée en cas de sortie anticipée de l'hôpital et qui prétend avoir subi un préjudice de ce fait, d'apporter la preuve des faits qu'elle invoque et, par conséquent, de prouver que le médecin n'a pas fourni cette information* »⁹⁹.

Section 8. L'arrêt du 25 juin 2015 de la Cour de cassation de Belgique

Cet arrêt fut l'occasion pour la Cour de cassation de Belgique de se prononcer pour la première fois sur la charge de la preuve de l'obligation d'information de l'avocat.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 526.

⁹⁸ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

⁹⁹ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

Dans cette espèce, la Cour de cassation a confirmé un jugement de la Cour d'appel de Bruxelles rendu le 21 juin 2013 condamnant un avocat pour manquement à son obligation d'information, en ce qu'il n'avait pas informé son client de la possibilité pour ce dernier de bénéficier de l'aide juridique¹⁰⁰.

L'avocat prétendait l'en avoir informé verbalement dès sa première consultation. La Cour de cassation a cependant suivi la décision de la Cour d'appel en réitérant sa formule classique : «*Il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée* »¹⁰¹.

La Cour de cassation belge se distingue de sa jurisprudence précédente par cet arrêt. En effet, nous avons observé que les arrêts rendus antérieurement en matière médicale attribuaient tous la charge de la preuve de l'obligation d'information au patient, le créancier de l'information. À l'inverse, dans le cas ayant donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2015, la Cour de cassation attribue la charge de la preuve de l'exécution de son obligation d'information à l'avocat, débiteur de l'obligation. Certains auteurs ont donc vu dans cette décision un revirement jurisprudentiel transposable en matière d'information médicale. Ces craintes ont été concrétisées par certaines juridictions de fond, comme l'illustre l'arrêt du tribunal de première instance de Bruxelles du 29 février 2016¹⁰². En l'espèce, une patiente subit une *sleeve gastrectomy* (ablation des deux tiers de l'estomac) ayant engendré de nombreuses complications nécessitant plusieurs hospitalisations et dont la patiente conservera des séquelles. Dès lors, considérant que le docteur S. a commis une faute, la patiente décide de mettre en cause la responsabilité de celui-ci devant le tribunal de première instance de Bruxelles. D'une part, la patiente reproche au docteur S. d'avoir pratiqué cette *sleeve gastrectomy* sans que cette intervention ne soit médicalement indiquée. D'autre part, elle invoque le manquement du docteur S. à son obligation de recueillir le consentement éclairé de ses patients préalablement à l'intervention.

¹⁰⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445, *J.T.*, 2016, p. 609, note F.G., *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. Mougenot, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. Mougenot, *Rev. dr. santé*, 2015, p. 352, note C. Lemmens, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note F. Glansdorff, 2017, n° 15374, note M.-A. Orlando, *R.W.*, 2015- 2016, p. 1664, note W. Vandenbussche.

¹⁰¹ Cass. (1^{ère} ch.), 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445, *J.T.*, 2016, p. 609, note F.G., *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. Mougenot, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. Mougenot, *Rev. dr. santé*, 2015, p. 352, note C. Lemmens, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note F. Glansdorff, 2017, n° 15374, note M.-A. Orlando, *R.W.*, 2015- 2016, p. 1664, note W. Vandenbussche.

¹⁰² Civ. Bruxelles, 11^{ème} ch., 29 février 2016, *Consilio*, 2016/2, p. 97-121.

Le tribunal reprend le parallèle classique entre l'intervention médicale et l'infraction pénale de coups et blessures volontaires : « *dans la mesure où il implique une atteinte à l'intégrité physique du patient – susceptible d'être pénalement qualifiée de coups et blessures volontaires – l'acte médical n'est licite que s'il présente une utilité pour le patient et que celui-ci y a consenti* ».

Le tribunal reconnaît la tendance jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière médicale faisant reposer la charge de la preuve du défaut d'information sur le patient. Il considère cependant que la jurisprudence de l'arrêt du 25 janvier 2015 en matière de responsabilité de l'avocat est parfaitement transposable à ce cas de responsabilité médicale présenté devant lui. Le tribunal se rallie à la thèse de François Glansdorff exposée ci-avant et fait reposer sur le médecin la charge de rapporter la preuve de son exécution d'information¹⁰³.

Il restera tout de même au patient la tâche conséquente d'apporter la preuve du lien causal entre le défaut d'information de la part de son médecin et le dommage qu'il a subi¹⁰⁴.

Section 9. L'arrêt du 11 janvier 2019 de la Cour de cassation de Belgique

Les faits ayant donné lieu à cet arrêt peuvent se résumer succinctement comme suit :

La patiente, Madame A.S. passe une scanographie. L'infirmier en charge prétend alors informer sa patiente d'attendre que la table d'examen soit abaissée avant d'en descendre. La patiente, qui conteste avoir reçu cette information, descend d'elle-même de la table du scanner, chute et se fracture la cheville. L'infirmier prétend avoir rempli son devoir d'information à l'égard de sa patiente. Cette dernière, quant à elle, conteste cette position.

Les deux thèses s'affrontent et vont jusque devant la Cour d'appel d'Anvers. La Cour statue sur cette cause le 22 janvier 2018. Elle considère que les infirmiers supportent un devoir d'information particulier à l'égard de leurs patients. Dans ce cas plus précisément, lorsque le scan est terminé et que le patient a été placé sur la table, l'infirmier doit avertir le patient de rester assis jusqu'à ce que la table soit abaissée et que l'infirmier doit avertir le patient de descendre de la table. Quant à la charge de la preuve, la Cour d'appel tranche contre l'infirmier,

¹⁰³ F. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219/1.

¹⁰⁴ I. REUSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaidoyer pour un dialogue thérapeutique », Note d'observation Civ. Bruxelles, 11e ch., 29 février 2016, *Consilio*, 2016/2, p. 109-121.

à qui il revient de prouver qu'il s'est acquitté de son devoir d'information et pas à la patiente de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été fournie.

La Cour de cassation est saisie du dossier et casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Anvers. Elle cite les articles 870 du Code judiciaire et 1315 du Code civil et en déduit que « *dans une action fondée sur la responsabilité non contractuelle, la charge de prouver le fait générateur de la responsabilité, le dommage et la relation de causalité entre les deux, incombe généralement à la partie lésée* ». Elle poursuit : « *lorsque la personne lésée soutient que le dommage qu'elle a subi a été causé par la violation de l'obligation générale de diligence due au fait que le destinataire ne lui a pas fourni certaines informations, elle doit prouver non seulement que le destinataire aurait dû lui fournir les informations mais aussi qu'il ne l'a pas fait* »¹⁰⁵.

Certains auteurs ont cependant mis leurs lecteurs en garde quant à la portée de cet arrêt¹⁰⁶. La Cour a en effet souligné le caractère extracontractuel de la responsabilité en cause. De plus, les termes restrictifs employés par l'avocat général dans ses conclusions confirment la précaution dont nous devons faire preuve dans l'interprétation de cet arrêt¹⁰⁷. Il affirme en effet qu'il convient d'appliquer le premier alinéa de l'article 1315 du Code civil, en vertu duquel la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien causal repose sur la personne lésée. À l'appui de cette affirmation, il argue que « *le deuxième alinéa de cet article, en vertu duquel la partie qui prétend être libérée doit prouver le paiement ou le fait qui a provoqué l'extinction de son obligation, ne peut pas être appliqué en l'espèce, car dans une défense qui relève de l'article 1315, alinéa 2, du code civil, l'autre partie reconnaît en principe que le droit de la partie invoquée existait, mais elle invoque une cause de libération qui empêche l'effet juridique de se produire, ce qui n'est pas le cas des actions en responsabilité non contractuelle. La partie lésée réclame à la partie potentiellement responsable l'exécution d'une obligation d'indemnisation. La partie lésée se défend en affirmant que les conditions d'exécution de cette obligation ne sont pas réunies. La situation est différente dans le cas d'une action en responsabilité contractuelle, où l'on pourrait faire valoir que la partie lésée réclame l'exécution de l'obligation de fournir des informations par son partenaire contractuel en équivalent (étant donné*

¹⁰⁵ Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

¹⁰⁶ F. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », *op. cit.*, p. 83; E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », *R.G.D.C.*, 2019, p. 558-566.

¹⁰⁷ Av. gén. R. MORTIER, concl. précéd. Cass., 11 janvier 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 7, 15598.

l'impossibilité/impossibilité d'exécuter cette obligation en nature), de sorte que dans cette optique l'article 1315 (2) du Code civil pourrait être applicable »¹⁰⁸.

Selon Elisabeth Verjans, en matière extracontractuelle, la situation normale des parties est la liberté¹⁰⁹. Le simple fait pour le débiteur de contester la demande du créancier n'opère pas un renversement de la charge de la preuve à sa charge. En d'autres termes, le second alinéa de l'article 1315 ne prévaut pas en cas de simple contestation par le débiteur. L'auteure diagnostique alors l'origine des difficultés d'interprétation de l'article 1315 comme étant la nuance – souvent difficilement identifiable – entre une simple contestation du bien-fondé de la demande du créancier par le débiteur (alinéa premier) et l'opposition d'un fait nouveau entraînant l'extinction de son obligation (entraînant donc le respect de l'alinéa second de l'article 1315)¹¹⁰.

Section 10. L'arrêt du 18 juin 2020 de la Cour de cassation de Belgique

Certains ont vu dans l'arrêt précité du 25 juin 2015 un revirement jurisprudentiel transposable en matière d'information médicale¹¹¹. Cependant, par l'arrêt du 18 juin 2020, notre Cour de cassation s'est prononcée une nouvelle fois sur la question de la charge de la preuve de

¹⁰⁸ Traduction libre . Av. gén. R. MORTIER, concl. précéd. Cass., 11 janvier 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 7, 15598. Texte original: « Het tweede lid van dit artikel, krachtens hetwelk hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht, kan mijns inziens te dezen geen toepassing vinden, nu bij een verweer dat onder de toepassing van artikel 1315, lid 2 BW valt, de tegenpartij in beginsel erkent dat het recht van de aanvoerende partij bestaan heeft, maar hij een grond van bevrijding inroept die het ingaan van het rechtsgevolg belemmert, wat bij buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen niet het geval is. De benadeelde vordert van de potentieel aansprakelijke de uitvoering van een verbintenis tot schadevergoeding. Laatstgenoemde verweert zich door te stellen dat de toepassingsvoorwaarden voor deze verbintenis niet vervuld zijn. Anders is het bij een contractuele aansprakelijkheidsvordering, waar zou kunnen worden geargumenteed dat de benadeelde de uitvoering vordert van de informatieverplichting van zijn contractspartij bij equivalent (gezien de onmogelijkheid/nutteloosheid om deze verbintenis nog in natura uit te voeren), zodat in die visie artikel 1315, lid 2 BW wel toepassing zou kunnen vinden ».

¹⁰⁹ Dans le même sens : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 730, n°726.

¹¹⁰ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2019, p. 814; "Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken", *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 21.

¹¹¹ F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 15219 ; I. REUSENS, *op. cit.*, p. 97-121 ; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 7-38. ; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht - De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 352-367 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 655-661.

l'obligation d'information du médecin et a réaffirmé sa jurisprudence constante en matière de responsabilité médicale¹¹².

Le pourvoi était dirigé contre un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers prononcé le 8 avril 2019. À son origine, une patiente ayant subi une opération par laparotomie occasionnant l'éclatement d'un vaisseau sanguin et touchant un nerf. La patiente reprochait alors à son orthopédiste de ne pas l'avoir informée quant aux risques qu'elle encourait en subissant cette intervention.

Alors que la Cour d'appel avait fait reposer la charge de la preuve du respect de son devoir d'information sur le médecin, la Cour de cassation opte pour une solution différente. Elle déduit des articles 870 du Code judiciaire et 1315 de l'ancien Code civil que la charge de la preuve du fait générateur, du dommage et du lien causal repose, sauf dérogation légale ou contractuelle, sur la personne lésée.

Quant à l'article 8 § 1^{er}, al. 1 de la loi relative aux droits du patient discuté devant la Cour d'appel et prévoyant le consentement du patient à toute intervention du médecin moyennant information préalable, la Cour de cassation statue que lorsque le défaut d'information a prétendument causé un dommage au patient, c'est à ce dernier qu'il revient d'apporter la preuve de l'existence du devoir d'information du médecin et de son défaut d'exécution. *« Si la personne lésée fait valoir qu'elle a subi un préjudice parce que le médecin ne lui a pas fourni les informations prévues à l'article 8 précité de la loi sur les droits des patients, elle doit prouver non seulement que le médecin aurait dû effectivement lui fournir les informations, mais aussi qu'il ne l'a pas fait ».*

¹¹² Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

Chapitre II. Tentative de conciliation

Après cette analyse en profondeur de la jurisprudence de la Cour de cassation, tentons de dégager de celle-ci une réponse cohérente à la problématique de la charge de la preuve de l'obligation d'information qui agite la doctrine depuis plusieurs décennies. Dans les faits, cette tâche se révèle moins évidente qu'elle n'y paraît. Par souci de clarté, commençons par résumer brièvement les développements antérieurs (section 1). Ensuite, nous explorerons les réponses élaborées par la doctrine (section 2).

Section 1. Résumé

En 1968, la saga jurisprudentielle de la charge de la preuve de l'obligation d'information débute en Belgique par une décision de la Cour de cassation faisant reposer la charge de la preuve sur le débiteur de l'obligation¹¹³.

Ensuite, alors que son homologue française maintenait la charge de la preuve sur le débiteur de l'obligation d'information, que ce dernier soit médecin ou avocat, la Cour de cassation belge s'est distinguée en attribuant à plusieurs reprises la charge de la preuve sur le créancier de l'information en matière médicale¹¹⁴ et bancaire¹¹⁵.

En 2015, la Cour de cassation belge se prononce pour la première fois sur la charge de la preuve du devoir d'information de l'avocat¹¹⁶, celle-ci opère ce que de nombreux auteurs appelleront un « *revirement jurisprudentiel* » en faisant reposer la charge de la preuve de l'exécution de son obligation d'information sur l'avocat, le débiteur de l'information¹¹⁷.

¹¹³ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 708.

¹¹⁴ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin ; Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman ; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

¹¹⁵ Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note De Patoul, *NjW*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note Buyle, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note Steennot.

¹¹⁶ Cass. (1^{ère} ch.), 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445, *J.T.*, 2016, p. 609, note F.G., *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. Mougenot, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. Mougenot, *Rev. dr. santé*, 2015, p. 352, note C. Lemmens, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note F. Glansdorff, 2017, n° 15374, note M.-A. Orlando, *R.W.*, 2015- 2016, p. 1664, note W. Vandenbussche.

¹¹⁷ F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 15219 ; I. REUSENS, *op. cit.*, p. 97-121 ; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 7-38. ; C. LEMMENS, *op. cit.*, p. 352-367 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 655-661.

Finalement, le 11 janvier 2019 et 18 juin 2020, la Cour de cassation se prononce à nouveau en matière médicale et renoue avec sa jurisprudence originale en attribuant la charge de la preuve du défaut d'information au créancier de l'obligation¹¹⁸.

Section 2. L'interprétation de la doctrine

Ces dernières années, la doctrine s'est abondamment exprimée sur la question de la charge de la preuve de l'obligation d'information. Chaque auteur tentant de retracer le raisonnement juridique qui a mené la Cour à distinguer le cas des médecins et des banquiers d'une part, et le cas des avocats et des administrations communales, d'autre part.

Naturellement, cette question ouvre la voie sur deux solutions. La première est d'attribuer la charge de la preuve du défaut d'exécution de l'obligation au créancier de celle-ci. Dans les arrêts que nous avons examinés, il s'agirait du patient, du client de l'avocat, du consommateur et de l'office national des pensions. La deuxième solution est de faire reposer la charge de la preuve de l'exécution de son obligation sur le débiteur de celle-ci. Logiquement, il s'agira du médecin, de l'avocat, du banquier, et de la commune.

La doctrine reste assez divisée sur cette question et plusieurs raisonnements s'affrontent pour tenter de comprendre les arrêts de la Cour.

Certains auteurs ont exploré la thèse de la qualification pénale que revêtait le défaut d'information dans certaines causes. Cette qualification pourrait justifier l'attribution de la charge de la preuve au créancier de l'obligation (§ 1^{er})¹¹⁹.

Le stade auquel la question de la charge de la preuve était posée a également été soulevé afin de justifier la position divergente de la Cour (§ 2)¹²⁰.

¹¹⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

¹¹⁹ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17 ; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 339 ; V. RONNEAU, *op. cit.*, p. 41 ; C. TROUET, « De bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep », note sous Cass., 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 265 ;

¹²⁰ F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 15.219/1.

Dominique Mougenot est par ailleurs intervenu avec une deux nouvelles distinctions : l'obligation d'information déterminée et l'obligation d'information indéterminée, d'une part. Le caractère suffisant et le caractère adéquat de l'exécution de l'obligation, d'autre part (§ 3)¹²¹.

On a également songé à ce que la consécration légale ou réglementaire de l'obligation puisse jouer un rôle dans l'appréciation de la charge de la preuve par la Cour (§ 4)¹²².

Classiquement, la qualification « *de moyen* » ou « *de résultat* » a aussi été appréhendée pour retracer le raisonnement de la Cour de cassation en matière d'obligation d'information (§ 5)¹²³.

Finalement, nous nous intéresserons à la récente et impressionnante étude que Raphaël Jafferali a consacrée à la question nous intéressant (§ 6)¹²⁴.

§ 1^{er}. La qualification pénale du manquement

À condition qu'il agisse en poursuivant une finalité thérapeutique, en conformité avec les règles de l'art et en ayant préalablement recueilli le consentement libre et éclairé de son patient, le médecin est autorisé par la loi¹²⁵ à porter atteinte à l'intégrité physique de son patient en échappant à toutes poursuites pénales¹²⁶. À défaut d'avoir obtenu ce consentement, le médecin risque de voir sa responsabilité pénale mise en cause pour coups et blessures ou pour homicide volontaire¹²⁷. L'information que le médecin a l'obligation de transmettre à son patient est un prérequis à l'obtention du consentement libre et éclairé du patient¹²⁸.

¹²¹ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660.

¹²² V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17 ; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 337.

¹²³ P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. Schamps (dir.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2008, p. 74-77 ; J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 109 et s ; I. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *R.G.A.R.*, 1990, p. 11682/1 ; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 18 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve de l'obligation d'information. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 130.

¹²⁴ R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 718.

¹²⁵ Arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé, *M.B.*, 14 novembre 1967, p. 11881.

¹²⁶ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁷ C. pén., art. 392, 393, 418 et 420.

¹²⁸ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 339.

La thèse faisant l'objet de ce paragraphe a été idéalement exposée par Jean-luc Fagnart, dont nous reprenons les termes :

« Lorsqu'un patient reproche au médecin d'avoir procédé à une intervention sans avoir recueilli son consentement éclairé, la question qui se pose est celle de l'existence d'une infraction pénale. Il faut donc appliquer non pas les règles de preuve en droit civil, mais bien celles qui gouvernent le droit pénal.

Dans ce domaine, le principe de base est la présomption d'innocence consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

Ce principe s'applique également lorsque, devant une juridiction civile, la demande est fondée sur un fait pouvant être qualifié d'infraction.

Il appartient dès lors à la partie demanderesse d'apporter la preuve des éléments constitutifs de l'infraction ; en outre, si le prévenu ou le défendeur allègue une circonstance qui exclut sa responsabilité et si cette allégation n'est pas dépourvue d'éléments de nature à lui donner du crédit, il incombe à la partie demanderesse d'en prouver l'inexactitude.

Il faut en déduire que, si le médecin allègue qu'il a donné à son patient une information suffisante et si cette allégation n'est pas dépourvue de tout élément permettant de lui accorder du crédit, il appartient au patient de démontrer l'absence d'information suffisante et adéquate »¹²⁹.

C'est cette motivation que la Cour de cassation a expressément utilisée pour appuyer son arrêt du 14 décembre 2001 :

« En matière civile, il incombe à la partie qui introduit une demande fondée sur une infraction de prouver que les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis, qu'elle est imputable à la partie adverse et si cette dernière invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que cette cause de justification n'existe pas »¹³⁰.

¹²⁹ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 339-340.

¹³⁰ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

Cet arrêt a fait l'objet de certaines critiques de la part de la doctrine. Roger Olivier Dalcq notamment, suivant l'avis de l'avocat général Declercq¹³¹, considère que cette règle ne s'appliquerait que lorsque l'infraction est expressément invoquée à l'appui de la demande de nature civile¹³². Or, ce n'était pas le cas en l'espèce. Personne des parties, du tribunal de première instance ni de la Cour d'appel n'avait relevé que les faits de la cause pouvaient constituer une infraction¹³³. Le procureur général Jean du Jardin avait également considéré que le moyen invoqué par le demandeur en cassation et invoquant l'infraction pénale ne pouvait être accueilli, reposant sur une considération que l'arrêt attaqué ne contenait pas¹³⁴.

Dans le même sens, John Kirkpatrick distingue deux situations dans lesquelles la question de la charge de la preuve se pose en matière médicale¹³⁵ :

La première situation concerne le patient introduisant une action en dommages et intérêts en se fondant sur l'absence de consentement à l'opération exécutée par le chirurgien. Dans ce cas, le médecin se voit accuser d'avoir commis une infraction pénale à l'égard de son patient¹³⁶. Dès lors, il revient au patient qui introduit une demande civile fondée sur cette infraction d'apporter la preuve de la réunion des éléments constitutifs de celle-ci. Il reviendra également au patient de prouver, le cas échéant, que la cause de justification invoquée par le médecin et « non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit » n'existe pas¹³⁷.

La deuxième situation est celle où le patient reproche à son médecin d'avoir failli à son obligation d'information, n'imputant à ce dernier que l'inexécution d'une obligation de nature purement civile. Il y a lieu d'appliquer à cette situation l'article 1315 du Code civil¹³⁸.

Dans un récent article au sujet de la responsabilité médicale, Denis Philippe et Gilles Genicot proposent de « *distinguer une intervention médicale purement et simplement non consentie et celle qui est précédée d'une information lacunaire ou déficiente* »¹³⁹. C'est de la confusion de

¹³¹ R. DECLERCQ, *Beginnselen van strafrechtspleging*, Anvers, Kluwer, 1999, n°212.

¹³² R.O. DALCQ, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, p. 13488/2.

¹³³ H. DE RODE et J. PAULUS « Responsabilité médicale : questions incontournables », *Consilio*, Bruxelles, Anthémis, 2017/4, p. 180.

¹³⁴ Proc. gén. J. DU JARDIN, concl. précéd. Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129.

¹³⁵ J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, p. 524-525.

¹³⁶ C. Pén., art. 392 et 398.

¹³⁷ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

¹³⁸ J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, p. 524-525.

¹³⁹ G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *J.L.M.B.*, 2020/36, p. 1687.

ces deux notions que serait née la théorie justifiant l'attribution de la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information au patient par la qualification pénale que revêt celle-ci. Ils rejoignent également la distinction de John Kirkpatrick entre le patient invoquant qu'il n'a pas consenti à l'intervention et reprochant la commission d'une infraction pénale à son médecin d'une part, et le patient n'imputant à son médecin que la violation de son obligation d'information de nature purement civile, d'autre part¹⁴⁰.

À l'inverse, d'autres auteurs de doctrine ont adhéré à cette décision de la Cour. Caroline Trouet a notamment confirmé l'interprétation selon laquelle il n'est pas nécessaire que le juge ou les parties aient considéré de manière explicite les faits en tant qu'infraction pour permettre l'application des règles de la preuve de la procédure pénale¹⁴¹. Virginie Ronneau a, quant à elle, soulevé la conformité de cette décision l'article 876 du Code judiciaire selon lequel « *le tribunal juge le différend dont il est saisi selon les règles de preuve applicables à la nature du litige* ». L'auteure ajoute la nécessité que l'infraction pénale ait été soulevée comme fondement à l'action judiciaire ou que cela ait été considéré par le juge saisi du litige. Elle admet cependant que cela se fasse de manière implicite¹⁴².

Vincent Callewaert relève, à juste titre, que les arrêts du 14 décembre 2001¹⁴³, du 10 décembre 2004¹⁴⁴ et les deux arrêts du 16 décembre 2004¹⁴⁵, soit tous des arrêts à l'occasion desquels la Cour de cassation a conclu à un octroi de la charge de la preuve au créancier de l'information, ont ceci en commun de concerner un fait constituant une infraction pénale¹⁴⁶.

L'auteur rappelle en effet qu'à l'occasion de l'arrêt du 10 décembre 2004 en matière de crédit à la consommation¹⁴⁷, la loi dont se prévalait le consommateur pour reprocher au prêteur un manquement à son obligation d'information prévoyait également une sanction pénale en ces

¹⁴⁰ J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, p. 524-525.

¹⁴¹ C. TROUET, « De bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep », note sous Cass., 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 265.

¹⁴² V. RONNEAU « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in B. Dubuisson et N. Simar (dir.), *Responsabilité, indemnisation et recours – Morceaux choisis*, CUP, vol. 174, Limal, Anthemis, 2017, p. 41.

¹⁴³ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

¹⁴⁴ Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note De Patoul, *NjW*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note Buyle, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note Steennot.

¹⁴⁵ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman ; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

¹⁴⁶ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 20.

termes¹⁴⁸ : « est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 26 à (100 000 euros) ou d'une de ces peines seulement : (...) 23° celui qui, en infraction aux dispositions de l'article 15, alinéa 2, en tant que prêteur conclut sciemment un contrat de crédit dont il doit raisonnablement estimer que le consommateur ne sera pas à même de respecter les obligations en découlant »¹⁴⁹.

Cependant, à l'exception de l'arrêt du 14 décembre 2001¹⁵⁰, la Cour n'a aucunement relevé la qualification pénale des faits en cause pour justifier son raisonnement.

§ 2. Le stade de la preuve de l'obligation d'information

Une autre thèse, proposée par François Glansdorff, est de distinguer le stade de la preuve de l'existence et de l'exécution de l'obligation avec celui de la preuve de la faute, du dommage et du lien causal. Cet auteur ne contredit par le raisonnement de la Cour de cassation de 2004 selon lequel « la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité pèse sur celui qui les invoque ». La question qui nous retient selon lui se pose cependant à un stade antérieur : est-ce que l'obligation existe ? Si oui, a-t-elle été exécutée ? La question de la faute, du dommage et du lien causal ne se posera alors que s'il est établi que l'obligation existe et qu'elle n'a pas été exécutée. C'est à ce stade notamment que le caractère de résultat ou de moyen de l'obligation sera pris en compte¹⁵¹.

Au stade de l'existence de l'obligation et de son exécution, il y a donc lieu, selon Glansdorff, d'appliquer l'article 1315 en ses deux alinéas. Le client/patient doit prouver l'existence de l'obligation. Réciproquement, s'il s'en prétend libéré, c'est au professionnel (avocat, médecin) qu'il appartient de prouver qu'il a rempli son obligation d'information¹⁵².

Cet auteur considère donc la jurisprudence du 25 juin 2015 comme un heureux revirement venant renouer avec le droit commun de la charge de la preuve¹⁵³.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴⁹ Loi du 12 juin 1991 précitée, p. 15203.

¹⁵⁰ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

¹⁵¹ F. GLANSDORFF, *op. cit.*, n° 15.219/1.

¹⁵² *Ibidem*, n° 15.219/1.

¹⁵³ *Ibidem*, n° 15.219/1.

§ 3. Le caractère adéquat de l'exécution et le caractère déterminé de l'obligation

Une autre piste explorée par le professeur Mougenot est la distinction entre la preuve de « l'existence de l'exécution et la preuve de son caractère adéquat »¹⁵⁴. Le professeur puise dans une théorie d'origine française qui différencie l'absence totale d'exécution de l'obligation et l'exécution insatisfaisante de l'obligation¹⁵⁵. Alors, la charge de la preuve du fait de l'exécution revient au débiteur (le professionnel dans notre cas) tandis que la preuve de « l'absence de qualité » de cette exécution revient au créancier (le patient, le client...) ¹⁵⁶.

En 2016, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a appliqué ce raisonnement au devoir d'information du médecin¹⁵⁷.

Dominique Mougenot propose également de prendre en compte le degré de détermination de l'obligation d'information en cause. En matière médicale, l'auteur tente d'expliquer l'attribution de la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information au patient par le fait que le « contenu de l'information ne peut pas constituer une obligation de résultat »¹⁵⁸. Tandis que l'information due par l'avocat dans la cause ayant donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2015 était déterminée de manière beaucoup plus précise, ce qui justifierait l'attribution de la charge de la preuve à l'avocat¹⁵⁹. Denis Philippe et Gilles Genicot, séduits par cette proposition, admettent néanmoins que le caractère déterminé ou indéterminé de l'obligation renvoie à la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat. Les trois

¹⁵⁴ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660.

¹⁵⁵ Références empruntées à D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660, n°34 : E. BARTIN sur AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal-Billard et Godde, t. XII, 5^e éd., 1922, n°749 ; R. BEINEIX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 665 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, n° 700 ; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, t. I, 6^e éd., 1965, p. 785 ; M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doct., 2011, p. 465 et s. ; A. BÉNABENT, note sous Cass., 19 mars 1996, *Deffrénois*, 1996, p. 1437 ; P. JOURDAIN, note sous Cass., 14 février 1996 et 19 mars 1996, *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 27 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, 4^e éd., n° 530, p. 600 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Paris, Sirey, 5^e éd., 2007, n°202.

¹⁵⁶ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660.

¹⁵⁷ Civ. Bruxelles fr. (77^e ch.), 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, note Glansdorff.

¹⁵⁸ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 660.

auteurs se mettent d'accord quant à l'absence de pertinence que cette qualification revêt à propos de l'attribution de la charge de la preuve¹⁶⁰.

En effet, la mention par la Cour de cassation de la nature de résultat de l'obligation d'information paraît sans pertinence pour le professeur Mougenot. Selon ce dernier, cette distinction n'interviendrait qu'au stade de la preuve de la faute, du dommage et du lien causal¹⁶¹. Comme nous l'avons déjà spécifié, citant François Glansdorff, ce stade ne saurait se confondre avec le stade de la preuve de l'existence ou de l'exécution de l'obligation d'information, mais intervient après que ces deux éléments aient été établis¹⁶².

Le professeur Mougenot nuance toutefois sa position par l'avis de nombreux auteurs qui considèrent que la preuve de l'inexécution de l'obligation repose sur le créancier, même dans le cas d'une obligation de résultat¹⁶³. Il rajoute que la Cour de cassation, dans son arrêt du 10 décembre 1953¹⁶⁴, faisant reposer la charge de la preuve de l'existence de l'obligation et du résultat non-atteint sur la partie qui se prévaut de l'inexécution d'une obligation de résultat, paraît se rallier à cette thèse¹⁶⁵.

¹⁶⁰ G. GENICOT et D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 1689.

¹⁶¹ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : processon d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660.

¹⁶² *Ibidem*, p. 659.

¹⁶³ Références empruntées à D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : processon d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 660, n°30 : En Belgique : B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015/2, p. 597, n° 127 ; J.- P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *R.C.J.B.*, 2005, p. 683 et s., n° 22 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 145 ; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, Formation permanente C.U.P., vol. XXVII, Liège, Edition C.U.P., décembre 1998, p. 94 et s., n° 11 ; J. HEENEN, « Preuve de la conformité des marchandises vendues », *R.C.J.B.*, 1952, p. 207 et s. ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 177 ; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, E.Story-Scientia, 1962, n°419 et s. ; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 20bis, Waterloo, Kluwer, n° 53 ; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren ? », *R.W.*, 2015- 2016, p. 1665 et s., n° 12 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 548. En France : A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 11^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2007, n° 408 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2007, p. 495 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation*, Paris, Sirey, 5^e éd., 2007, n° 201 ; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. III, 2^{ème} partie, 6^{ème} éd., Paris, Economica, 2007, n° 606 ; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1521 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, n° 946 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations – 2 Contrat*, 5^{ème} éd., Paris, Litec, 1995, n° 1019 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, 8^{ème} éd., n° 580 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, 4^{ème} éd., n° 530, p. 600.

¹⁶⁴ Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 290.

¹⁶⁵ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : processon d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 655.

§ 4. La consécration légale de l'obligation d'information

À l'occasion de son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation française du 29 avril 1997, Jean-Luc Fagnart avait relevé la référence faite par cette dernière à celui qui est légalement tenu d'une obligation d'information, alors qu'elle s'était contentée d'associer l'obligation d'information à une obligation contractuelle dans son arrêt de 1951. Peut-être était-ce cette précision qui aurait amené la Cour à attribuer la charge de la preuve au débiteur de l'information dans son arrêt du 25 février 1997¹⁶⁶ ?

L'auteur a répondu par la négative en développant que le caractère légal de l'obligation d'information n'avait pas influencé de manière déterminante la solution du litige puisque l'article 1315 du Code civil, sur lequel la Cour fonde son raisonnement, trouve à s'appliquer de la même manière en présence d'une obligation d'origine contractuelle ou légale¹⁶⁷.

À son tour, Vincent Callewaert a également suggéré que la consécration légale ou réglementaire de l'obligation d'information ait pu jouer un rôle dans l'attribution par la Cour de cassation de la charge de la preuve au débiteur de l'obligation d'information¹⁶⁸.

Cet auteur relève qu'à l'occasion de l'arrêt du 25 juin 2015, l'avocat se voyait accusé de violer non pas l'obligation générale d'information de l'avocat mais une obligation prévue expressément par le règlement de déontologie de l'avocat concernant l'aide juridique. L'auteur relève finalement que l'administration communale en cause dans l'arrêt du 26 janvier 1968 était également tenue d'une obligation d'information expressément prévue par la loi¹⁶⁹.

Maître Callewaert finit cependant par réfuter sa propre proposition en contre-argumentant que l'obligation d'information du médecin est désormais également prévue par la loi. Il ajoute que la consécration légale¹⁷⁰ de l'obligation d'information du prêteur en cause dans l'arrêt du 10 décembre 2004 n'a aucunement empêché la Cour de faire reposer la charge de la preuve sur le consommateur, créancier de l'information¹⁷¹.

¹⁶⁶ J.-L. FAGNART, « La charge de la preuve en matière d'information », *op. cit.*, p. 337.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 337.

¹⁶⁸ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17.

¹⁶⁹ Loi du 23 janvier 1925 instituant une Caisse nationale des pensions de la guerre, *M.B.*, 25 janvier 1925, abrogée par la loi du 19 avril 2019, *M.B.*, 30 avril 2019, art. 2.

¹⁷⁰ Loi précitée du 12 juin 1991, art. 10 et 15.

¹⁷¹ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17.

§ 5. La qualification « de résultat » ou « de moyen » de l'obligation

Certains auteurs se sont interrogés sur la potentielle influence de la qualification « de résultat » ou « de moyen » de l'obligation d'information sur l'attribution de la charge de la preuve¹⁷².

Pour définir cette nuance, nous reprendrons les termes d'Isabelle Corbisier nous indiquant que « 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 »¹⁷³.

L'auteure continue en soulignant l'incidence de cette distinction sur la question qui nous intéresse : la question de la charge de la preuve. Madame Corbisier avance que « 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 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 »¹⁷⁴.

Une partie de la doctrine est en désaccord avec cette interprétation et plus largement avec l'avis selon lequel la nature de l'obligation aurait une influence sur l'attribution de la charge de la preuve¹⁷⁵. Le créancier d'une obligation de résultat ne peut pas se contenter d'apporter la preuve de l'existence de l'obligation. Il doit également prouver que le résultat n'a pas été atteint¹⁷⁶.

¹⁷² P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. Schamps (dir.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2008, p. 74-77 ; J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 109 et s.

¹⁷³ I. CORBISIER, « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *R.G.A.R.*, 1990, p. 11682/1, citant P.-A. CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Québec, Yvon Blais Inc., n° 5.

¹⁷⁴ I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 11682/1. Dans le même sens : M. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence ? », *R.G.A.R.*, 2017/4, p. 15374.

¹⁷⁵ P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », *op. cit.*, p. 75 et s.

¹⁷⁶ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 18, citant P. HENRY et B. DE COCQUEAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. Schamps (dir.), *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2008, p. 76.

Dans le cas de l'obligation d'information, le créancier devra donc prouver que l'information ne lui a pas été donnée¹⁷⁷.

Nous l'avons déjà relevé (voir *supra* p. 42), Dominique Mougenot considère quant à lui que la nature de résultat ou de moyen de l'obligation d'information est sans pertinence car celle-ci influence un stade ultérieur de la réflexion, à savoir la preuve du caractère fautif de l'inexécution et du lien causal que celle-ci entretient avec le dommage¹⁷⁸.

§ 6. *L'obligation d'information et le devoir d'information*

Dans un article récemment publié, Raphael Jafferali propose une nouvelle manière de justifier les divergences de traitement opérées par la Cour entre les médecins et les avocats en termes d'attribution de la charge de la preuve de l'obligation d'information¹⁷⁹.

La proposition faite par cet auteur est de distinguer « *l'obligation d'information, source d'un véritable droit subjectif, du simple devoir d'information dont la méconnaissance est généralement sanctionnée par une obligation de réparation* »¹⁸⁰.

L'auteur distingue différentes solutions en fonction de la demande portée par le créancier de l'obligation. Si celui-ci recherche l'exécution en nature d'une obligation contractuelle, l'article 1315, alinéa second introduit une présomption d'inexécution de l'obligation dont l'existence a été établie a priori. Suivant cette interprétation, Jafferali conclut que « *lorsqu'une partie agit en justice en vue de réclamer l'exécution en nature d'une obligation d'information tirée d'un contrat dont l'existence est établie (ou n'est pas contestée), c'est au débiteur de l'obligation d'information qu'il incombe de prouver avoir fourni l'information due* »¹⁸¹.

Cependant, il semble évident que l'exécution en nature perd son sens dans le cas de l'obligation d'information, une fois le dommage produit. En réponse à la question de savoir si cette solution s'applique aux autres sanctions de l'inexécution, l'auteur exhume donc l'arrêt du 28 décembre 1911 en tant qu'exemple d'application par la Cour de la présomption d'inexécution de 1315,

¹⁷⁷ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁸ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve de l'obligation d'information. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 130.

¹⁷⁹ R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 718.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 718.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 718.

alinéa second à une action en responsabilité¹⁸². Nous l'avons vu plus haut néanmoins, en matière de responsabilité contractuelle, le créancier doit démontrer la faute, le dommage et le lien causal. La réunion de ces conditions donne naissance à une obligation secondaire, l'obligation de réparation, distincte de l'obligation primaire non exécutée, l'obligation d'information¹⁸³.

À ce stade de la réflexion, la question de la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation primaire subsiste. Soit elle suit celle des autres conditions à la sanction (faute, dommage et lien causal), soit elle reste à charge du débiteur en tant que preuve de l'exécution de l'obligation primaire. Dans le premier cas, c'est le créancier qui supportera cette charge. Dans le second cas, si le créancier poursuit la responsabilité de son débiteur, il devra néanmoins apporter la preuve de la faute, du dommage et du lien causal donnant lieu à une obligation secondaire de réparation à charge du débiteur de l'information.

En conclusion, la présomption d'inexécution établie par l'article 1315, alinéa second est applicable dans le cas de l'exécution en nature mais aussi dans le cas de la responsabilité contractuelle¹⁸⁴. La seule différence est que le créancier qui recherche la responsabilité de son débiteur devra apporter la preuve de la réunion des conditions supplémentaires.

Par ailleurs, d'après Jafferalli, aucune justification ne permettrait d'expliquer la différence de traitement entre le créancier choisissant un mode de sanction différent¹⁸⁵. Un autre éminent auteur, Pierre Van Renterghem, s'est opposé à ce point de vue. Selon lui, lorsque le créancier agit en exécution de l'obligation d'information, il lui revient d'apporter la preuve de l'existence de l'obligation uniquement. C'est ensuite au débiteur qu'il revient de prouver l'exécution de cette obligation ou le fait l'en libérant. Lorsque le créancier agit en réparation, il doit alors prouver l'inexécution fautive de l'obligation d'information par son débiteur¹⁸⁶.

Pierre van Renterghem attribue les divergences de position en matière de charge de la preuve de l'obligation d'information à une confusion terminologique portant sur le terme « *obligation* » de l'article 1315 de l'ancien Code civil¹⁸⁷. Les partisans de la charge de la preuve

¹⁸² Cass., 28 décembre 1911, *Pas.*, 1912, I, p. 58

¹⁸³ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 718 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 409.

¹⁸⁴ Dans le même sens : H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 596, A, p. 591 ;

¹⁸⁵ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 718.

¹⁸⁶ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 409.

¹⁸⁷ Dans le même sens : P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge. Tome II. Les obligations. Volume 1*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2372.

reposant sur le débiteur font référence à l'obligation primaire, tandis que les partisans de la charge de la preuve reposant sur le créancier font référence à l'obligation secondaire¹⁸⁸. Selon lui, l'obligation secondaire exige que soit rapportée par celui qui s'en prévaut la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal. L'inexécution de l'obligation d'information – l'obligation primaire – constitue l'élément matériel de la faute, dont la preuve revient, pour rappel, au demandeur, créancier de l'information. Ce raisonnement aboutit dès lors à accorder la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information au créancier, et ce, d'après une simple lecture de l'article 1315 de l'ancien Code civil¹⁸⁹.

Jafferali considère que donner une solution différente à la question de la charge de la preuve lorsque celle-ci se pose dans le cadre d'une action en exécution ou d'une action en réparation constituerait une discrimination¹⁹⁰. De son côté, Van Renterghem argue au soutien de sa position, que la différence de solution en matière de charge de la preuve entre le cas de l'exécution en nature et les autres sanctions (l'exécution pas équivalent par exemple) se justifie par la modification que ces dernières opèrent dans la relation juridique définie par les parties, contrairement à l'exécution en nature qui se contente d'opérer l'exécution de leurs volontés¹⁹¹. Cette différence de traitement ne constituerait donc pas la discrimination évoquée par Jafferali¹⁹².

Jafferali concilie les arrêts du 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 grâce à la distinction entre les notions d'obligation et de devoir. Selon lui, l'arrêt du 11 janvier 2019 concerne la méconnaissance du devoir général de prudence s'imposant à tous. C'était donc la responsabilité extracontractuelle de l'infirmier qui était en cause. Le patient n'était dans ce cas précis pas débiteur d'une obligation particulière dont il aurait pu poursuivre l'exécution en nature. Il était donc cohérent, considérant la nature extracontractuelle de la cause et la qualification de devoir en dérivant, que la charge de la preuve de sa violation ait été attribuée au créancier. A contrario, la matière contractuelle et la qualification de véritable obligation que revêtait le comportement à charge de l'avocat dans la cause ayant donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2015 justifiait que la charge de la preuve lui soit accordée, en sa qualité de débiteur.

¹⁸⁸ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 430.

¹⁸⁹ Dans le même sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. Tome II. Les obligations. Volume 1*, *op. cit.*, p. 2372.

¹⁹⁰ R. JAFFERALI, *op. cit.*, 2019, p. 718.

¹⁹¹ P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve », *op. cit.*, p. 432.

¹⁹² R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 718.

Jafferali met cependant en garde concernant la correspondance de la nature contractuelle ou extracontractuelle avec les qualifications respectives d'obligation ou de devoir. Certaines obligations contractuelles peuvent s'avérer ne constituer que de simples devoirs, et inversement¹⁹³.

En ce qui concerne la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat comme justification aux différences de traitement effectuées par la Cour dans son appréciation de la charge de la preuve de l'obligation d'information, l'auteur considère que cette distinction intervient à un stade ultérieur à celui de la preuve de l'inexécution. Elle n'intéresse que la question du caractère imputable de l'inexécution¹⁹⁴.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 718.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 718 ; dans le même sens : D. MOUGENOT, « La charge de la preuve de l'obligation d'information. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 130.

Chapitre III. Analyse personnelle

Section 1. La désunion des cours de cassation française et belge

La Cour de cassation de France, dans ses arrêts du 25 février 1997¹⁹⁵ et 29 avril 1997¹⁹⁶, fait reposer la charge de la preuve de l'exécution de leur devoir d'information respectif sur le médecin et l'avocat. Pour justifier l'attribution de la charge de la preuve aux professionnels, elle relève, dans les deux cas, que ces acteurs sont débiteurs d'une « *obligation particulière d'information* ». Dès lors, la question se pose de savoir ce que la Cour de cassation de France entend par « *obligation particulière d'information* ».

Il se pourrait que la Cour fasse référence à la consécration légale de l'obligation dont le médecin et l'avocat sont débiteurs¹⁹⁷. Néanmoins, en France, l'obligation d'information du médecin et le droit du patient de consentir aux soins furent consacrés en 2002 par la loi Kouchner¹⁹⁸. L'obligation déontologique d'information du médecin fut, quant à elle, consacrée par un décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale¹⁹⁹. À l'époque à laquelle les arrêts de 1997 ont été rendus, l'obligation d'information du médecin était de nature jurisprudentielle. L'argument selon lequel la Cour de cassation de France aurait attribué la charge de prouver l'exécution de son obligation d'information au médecin en raison du caractère légal ou réglementaire de l'obligation ne peut donc pas être suivi.

La formulation de la Cour de cassation de France nous rappelle également la thèse avancée par Raphael Jafferli proposant de distinguer la « *véritable obligation* » du « *simple devoir* »²⁰⁰. La Cour de cassation française considérerait que le médecin et l'avocat seraient, dans ce cas, débiteurs d'une véritable obligation d'information et non d'un simple devoir. Dès lors, cela justifierait de leur attribuer la charge de la preuve de l'exécution de leur obligation d'information.

¹⁹⁵ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, 12858, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 337, note J.-L. Fagnart.

¹⁹⁶ Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 avril 1997, *Bull. civ.*, n°132, p. 88.

¹⁹⁷ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17 ; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 337 ;

¹⁹⁸ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O.*, n° 54 du 5 mars 2002, art. 9.

¹⁹⁹ Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du Code de déontologie médicale, *J.O.R.F.*, du 8 mai 2012, art. 2.

²⁰⁰ R. JAFFERLI, *op. cit.*, p. 713-724.

La Cour de cassation belge, quant à elle, s'est distinguée de la Cour de cassation française en attribuant la charge de la preuve du défaut d'exécution de l'obligation d'information du médecin au créancier de l'obligation, le patient. Nous pouvons en effet déduire des arrêts du 14 décembre 2001²⁰¹, du 16 décembre 2004²⁰² et du 18 juin 2020²⁰³, une prise de position claire de la part de la Cour en faveur de l'attribution de la charge de la preuve au patient. Nous ne pensons cependant pas que la désunion opérée par la Cour de cassation belge soit attribuable à cette distinction entre devoir et obligation. Nous y reviendrons plus tard (voir *infra* p. 52).

La justification légale amenée par la Cour de cassation belge au soutien de ce choix ne bénéficie pas de la même constance que celle de son homologue française. La Cour belge cite en effet tantôt le caractère pénal du manquement à l'obligation d'information, tantôt les règles du droit commun de la preuve selon lesquelles la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien causal repose sur la personne lésée. Il est donc épineux de dégager un raisonnement uniforme de la diachronie jurisprudentielle de la Cour de cassation de Belgique.

Section 2. La différence de traitement accordée au médecin et à l'avocat en Belgique

Bien que certains aient vu en l'arrêt du 25 juin 2015 un revirement jurisprudentiel transposable en matière de responsabilité médicale²⁰⁴, cette interprétation semble avoir perdu son sens avec la publication de la dernière décision rendue le 18 juin 2020 par la Cour de cassation. En effet, bien que le caractère extracontractuel de la cause ayant donné lieu à l'arrêt du 11 janvier 2019 amenait à considérer celui-ci de manière relative, la confirmation de l'attribution de la charge de la preuve au médecin dans l'arrêt du 18 juin 2020 est venue corroborer la position constante de la Cour en matière médicale. Ce constat nous amène à affirmer la différence de traitement opérée par la Cour entre les médecins et les avocats dans la preuve de leur obligation d'information. Il nous reste dès lors à tenter d'apporter une justification à cette différence de traitement et un raisonnement juridique la sous-tendant.

²⁰¹ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

²⁰² Cass., 16 décembre 2004, R.G. n° C.03.0273.N, *R.D.S.*, 2004-2005, p. 298.

²⁰³ Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

²⁰⁴ F. GLANSDORFF, note sous Cass., 1^{re} ch., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n°15219 ; I. REUSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaider pour un dialogue thérapeutique », *op. cit.*, p. 97-121 ; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 7-38. ; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht - De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 352-367 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *op. cit.*, p. 655-661.

§1^{er}. Le médecin

En matière médicale, l'obligation d'information s'est vue consacrée par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient²⁰⁵ :

L'article 7 prévoit que « *le patient a le droit d'obtenir toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable* ».

L'article 8 ajoute, en son paragraphe 1^{er}, que « *le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable* ».

Cette loi s'applique, en vertu de l'article 3, « *aux rapports juridiques (contractuels et extra-contractuels) de droit privé et de droit public dans le domaine des soins de santé dispensés par un praticien professionnel à un patient* ».

A. Obligation d'information ou devoir d'information ?

Souvenons-nous de la distinction proposée par Raphael Jafferali entre les notions d'obligation d'information et de devoir d'information²⁰⁶.

Le comportement imposé au médecin, que nous dénommons « *obligation d'information* » depuis le début de cette écriture sans avoir égard à cette distinction, doit-il être qualifié de réelle obligation ou bien de simple devoir ?

Si nous reprenons la définition classique de l'obligation en droit privé telle que donnée par Van Ommeslaghe, celle-ci constitue « *le lien de droit de nature patrimoniale, entre (au moins) deux personnes juridiques en vertu duquel une ou plusieurs personnes (le(s) créancier(s)) sont en droit d'exiger une prestation ou une abstention d'une ou plusieurs personnes (le(s) débiteur(s)), au besoin en s'adressant aux cours et tribunaux pour faire exécuter l'engagement pris ou sanctionner la violation de celui-ci* »²⁰⁷.

Le devoir, quant à lui, « *ne crée pas une obligation immédiate et primaire; il suscite une attente; cela signifie que pour que le sujet de droit qui en est tenu encourt une véritable obligation vis-*

²⁰⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 7 et 8.

²⁰⁶ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 713-724.

²⁰⁷ P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 35; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *La théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, n°5.

*à-vis de la personne en situation d'attente légitime, le premier devra engager sa responsabilité »*²⁰⁸.

Classer le comportement que doit adopter le médecin dans l'une ou l'autre catégorie n'est pas une tâche aisée. Les articles 7 et 8 de la loi relative aux droits du patient peuvent être considérés comme instaurant une obligation spécifique dans le chef du professionnel de la santé, allant au-delà du devoir général de prudence et de diligence et créant un véritable droit subjectif en faveur du patient, qui a la possibilité, bien que souvent théorique, de poursuivre l'exécution en nature de l'obligation d'information²⁰⁹.

À l'appui d'une qualification en tant que simple devoir, Florence George relève autrement que l'information attendue de la part du médecin est déterminée par les circonstances particulières de la cause²¹⁰.

Nous nous rangeons partiellement du côté de la qualification de ce comportement en tant que réelle obligation pesant sur le médecin et créant un droit subjectif dans le chef du patient. La consécration légale de l'obligation d'information érige cette dernière au rang d'obligation spécifique. Cette disposition perdrait de son utilité si elle ne faisait que répéter le devoir général de prudence et de diligence imposé à tous. Par ailleurs, la formulation prévoyant l'existence d'un « *droit du patient* » ne peut laisser de doute quant à l'intention du législateur de créer un réel droit subjectif dans le chef du patient.

Néanmoins, cette obligation doit être nuancée par les circonstances de la cause. Cette disposition ne fait pas naître un droit illimité à une information exhaustive de toutes les connaissances de l'état actuel de la science concernant le diagnostic posé par le médecin. Le degré d'information qui constitue un réel droit dans le chef du patient doit être apprécié de manière raisonnable, *in concreto*.

À notre sens, les articles 7 et 8 précités instaurent deux véritables obligations d'information distinctes à charge du médecin.

²⁰⁸ J.-Fr. ROMAIN, *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 243.

²⁰⁹ F. GEORGE, "L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient", *consilio* 2021, n°1, p. 23.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

L'article 7 érige une obligation d'information générale sur l'état de santé du patient. Concrètement, le patient a le droit de connaître le diagnostic posé par son médecin. De manière non exhaustive, cela englobe la pathologie identifiée par le médecin, le degré de certitude avec lequel le diagnostic est posé, l'évolution que celui-ci pourrait connaître, les différents traitements envisageables,.... Cette information peut intervenir en dehors d'une intervention opérée par le médecin. Elle est de nature purement civile et est comparable à l'obligation d'information et de conseil d'autres professions, comme celle de l'avocat.

L'article 8 quant à lui, porte sur une obligation d'information différente, celle nécessaire au patient pour que ce dernier puisse consentir de manière libre et éclairée à une intervention. La Cour de cassation a énoncé les éléments que devaient contenir l'information donnée par le médecin de cette manière : « *l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications pertinentes pour le patient, les effets secondaires et les risques liés à l'intervention, la postcure, les possibilités de substitution et les conséquences financières. Ils ont, en outre, traité aux conséquences potentielles en cas de refus ou de retrait du consentement et aux autres clarifications considérées comme pertinentes par le patient ou le praticien* »²¹¹.

Cette distinction nous rappelle celle proposée par John Kirkpatrick entre le patient imputant à son médecin la commission d'une infraction pénale et le patient reprochant uniquement une violation de l'obligation d'information de nature purement civile (voir *supra* p. 40)²¹². De notre opinion, si cette proposition ne manque pas de cohérence et d'intérêt, ce n'est cependant pas sur celle-ci que nous devons nous attarder pour expliquer les décisions de la Cour de cassation. En effet, les causes que cette dernière a tranchées concernaient presque²¹³ toutes des patients reprochant à leur médecin de ne pas les avoir informés quant aux risques inhérents à l'intervention²¹⁴, ou bien de n'avoir tout simplement pas recueilli leur consentement²¹⁵. Cet aspect de l'information à fournir par le médecin est énoncé dans le deuxième alinéa de l'article 8 de la loi relative aux droits du patient : « *Les informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement visé au § 1er, concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et **risques inhérents***

²¹¹ Cass. 26 juin 2009, Pas., 2009, p. 1681 ; N.j.W., 2009, n°211, p. 812-816, note I. Boone.

²¹² J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, p. 524-525.

²¹³ Sauf les arrêts du 16 décembre 2004 et 11 janvier 2019 : Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman ; Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

²¹⁴ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman ; Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

²¹⁵ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129.

à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention ».

Cet article énumère les éléments devant apparaître dans l'information préalable et nécessaire au consentement libre et éclairé. Le patient n'ayant pas reçu l'une de ces informations ne peut dès lors pas avoir donné son consentement libre et éclairé à l'intervention. Le consentement qui serait donné par le patient sans information préalable adéquate serait vide de sens, puisqu'on ne peut pas consentir à une intervention dont on ne connaît pas les risques et les complications éventuelles. Par ailleurs, le patient ne peut pas se plaindre de ne pas avoir reçu d'information concernant les risques inhérents à l'intervention sans avancer que sa décision de se soumettre à l'intervention aurait été différente s'il avait eu connaissance de ces risques. Si la décision du patient n'eut pas été pas été altérée par la connaissance de ces risques, son consentement n'est effectivement pas vicié mais, dans ce cas, il ne peut avancer avoir subi un dommage quelconque. Ce n'est que dans le cas où sa décision aurait été différente en possession de l'information et donc, lorsque son consentement est vicié et que la responsabilité pénale du médecin est en cause, que le patient peut faire valoir un dommage.

Selon nous, il n'y a donc pas lieu de distinguer l'intervention non consentie et l'intervention précédée d'une information lacunaire, puisque cette dernière revient à vicier le consentement du patient. Cependant, nous admettons que le deuxième arrêt rendu le 16 décembre 2004 par la Cour de cassation ne concernait pas l'information exigée par l'article 8 de la loi relative aux droits du patient²¹⁶. La patiente reprochait à son médecin de ne pas l'avoir informée quant aux risques qu'elle encourait en précipitant sa sortie de l'hôpital. Nous n'étions donc pas dans le cas où l'information était un prérequis au consentement du patient préalable à une intervention du médecin. La patiente aurait, dans ce cas, pris une décision différente quant à sa sortie de l'hôpital si elle avait reçu l'information due par son médecin. C'est en ce sens qu'elle peut faire valoir un dommage en lien avec l'inexécution de l'obligation d'information par son médecin, sur base de l'article 7 de la loi relative aux droits du patient. Nous ne sommes cependant pas dans le même cas de figure que ceux des autres arrêts rendus par la Cour de cassation, où le

²¹⁶ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

patient fait valoir que l'information préalable à une intervention du médecin ne lui a pas été fournie, ceci ayant pour effet de vicier son consentement²¹⁷.

À l'exception de celui du 11 janvier 2019²¹⁸ et de l'arrêt du 16 décembre 2004, les arrêts analysés plus haut concernaient, à notre sens, la deuxième obligation d'information nécessaire au consentement préalable à une intervention. En effet, il est naturellement plus rare que les cours et tribunaux aient à trancher des litiges en l'absence d'une véritable intervention, le plus souvent chirurgicale, du médecin. Selon nous, c'est attribuable au fait que la démonstration d'un véritable dommage subi par la victime est plus aisée à rapporter lorsque c'est l'inexécution de l'obligation d'information préalable au consentement qui est reprochée. Ce fut cependant le cas de la cause ayant donné lieu au deuxième arrêt rendu par le Cour le 16 décembre 2004²¹⁹. La patiente reprochait à son médecin de ne pas l'avoir informée quant aux risques qu'elle prenait en précipitant sa sortie de l'hôpital. Bien que la patiente était hospitalisée suite à deux interventions chirurgicales, elle ne prétendait pas que son consentement à celles-ci était vicié. Elle faisait valoir un dommage qu'avait causé la violation par son médecin de l'obligation d'information, purement civile. Nous l'avons dit, cette obligation est comparable à l'obligation d'information prévue pour l'avocat. Nous ne comprenons donc pas la différence de traitement opérée par la Cour concernant ces deux professions. Lorsque le créancier reproche l'inexécution de l'obligation d'information purement civile, il ne fait pas de doute que l'avocat et le médecin doivent être traités de la même manière.

L'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2019²²⁰ ne traite, selon nous, d'aucune des deux obligations prévues par les articles 7 et 8. L'infirmier concerné était simplement tenu d'adopter l'attitude d'un infirmier normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. La patiente n'était pas titulaire d'un droit subjectif dont elle aurait pu poursuivre l'exécution en nature. Nous transposons à cette solution le raisonnement élaboré par Raphael Jafferali selon lequel lorsque nous nous trouvons en matière extracontractuelle, comme en l'espèce, la faute résulte de la méconnaissance du devoir général de prudence ou d'une obligation légale ou

²¹⁷ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin ; Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman ; Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

²¹⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

²¹⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

²²⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

réglementaire. Ce n'est donc pas une obligation à part entière dont le débiteur peut exiger l'exécution en nature, mais un simple devoir appelant une obligation de réparation²²¹.

Ceci explique donc l'attribution de la charge de la preuve au patient par la Cour de cassation dans son arrêt du 11 janvier 2019²²². Cependant, nous avons noté plus haut que la Cour de cassation attribuait systématiquement la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information au patient, créancier de l'obligation. Il nous reste donc à démontrer pourquoi le patient, bien que titulaire d'un droit faisant naître une véritable obligation à charge de son médecin, se voit attribuer la charge de prouver le défaut d'exécution de celle-ci.

B. La qualification pénale

Nous l'avons abordé plus haut (voir *supra* p. 35) certains auteurs ont identifié la source de l'attribution de la charge de la preuve au médecin par la Cour de cassation dans la qualification en infraction pénale que la violation de l'obligation d'information pouvait revêtir en matière médicale²²³.

Effectivement, la Cour de cassation a expressément évoqué cet élément pour motiver sa décision du 14 décembre 2001²²⁴. Néanmoins, les arrêts ultérieurement rendus en matière d'obligation d'information médicale ne faisaient plus mention de cette justification.

« En vertu des articles 1315, 1382 du Code civil, 870 du Code judiciaire et des règles relatives à la charge de la preuve d'un fait infractionnel, lorsque la demande portée devant le juge civil est fondée sur un fait constituant une infraction, c'est au demandeur en réparation qu'il incombe de prouver à la fois que le défendeur à l'action a commis cette infraction et que la circonstance que ce dernier allègue à titre de cause de justification pour contester l'imputabilité du fait qui lui est reproché n'existe pas, pour autant que quelque crédit puisse être accordé à cette allégation ».

²²¹ JAFFERALI, R., *op. cit.*, p. 713-723.

²²² Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

²²³ CALLEWAERT, V., « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 17 ; J.-L. FAGNART, « La charge de la preuve en matière d'information », *op. cit.*, p. 339 ; J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, p. 524-525.

²²⁴ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

Comme le professeur Callewaert l'a rappelé récemment, la présomption d'innocence en matière pénale attribue la charge de la preuve des éléments constitutifs de l'infraction sur laquelle le demandeur se fonde, de son imputabilité au défendeur et, le cas échéant, de l'inopérance de la cause de justification invoquée par lui au demandeur, victime de l'infraction²²⁵. En Belgique, cette règle fait l'unanimité et les exemples de son application par la jurisprudence ne sont pas rares²²⁶. Cette règle s'applique « *devant la juridiction civile appelée à statuer sur l'action en réparation d'un dommage fondée sur une infraction* »²²⁷.

Considérant ceci, bien que les deux obligations d'information du médecin identifiées plus haut constituent de véritables obligations faisant naître un droit subjectif dans le chef du patient et justifiant l'attribution de la charge de la preuve au médecin, la qualification pénale que revêt l'inexécution de l'obligation d'information préalable au consentement du patient pourrait justifier le renversement de la charge de la preuve en faveur du médecin. De cette manière, la présomption d'innocence transposable devant le juge civil lors d'une action visant la réparation d'un dommage civil causé par une infraction pénale serait respectée.

§ 2. *L'avocat*

Concernant l'obligation d'information assumée par l'avocat, nous nous rallions à la position prise par Maître Callewaert considérant que la solution dégagée de l'arrêt du 25 juin 2015 doit être retenue. Cette solution ne valant que si l'existence de l'obligation d'information a été établie a priori²²⁸.

Intéressons-nous maintenant aux raisons ayant mené à cette décision. Il est difficile de déduire de la motivation relativement succincte de l'arrêt le raisonnement sous-tendant celui-ci. La Cour renvoie sobrement aux « *règles relatives à la charge de la preuve* ».

²²⁵ CALLEWAERT, V., « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 20.

²²⁶ Références empruntées à CALLEWAERT, V., « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 5, n°19 : Cass. (1^{ère} ch.), 30 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1256 (somm.), *C.R.A.*, 2005/1, p. 42, note J. MUYLDERMANS, p. 44 ; Cass. (1^{ère} ch.), 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 170.

²²⁷ Cité par CALLEWAERT, V., « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 20, n°56 : N. COLETTE-BASECQZ, *Manuel de droit pénale général*, 2^e éd., Limal, Anthémis, 2013, p. 405.

²²⁸ V. CALLEWAERT, « La Responsabilité des avocats », in *Responsabilités professionnelles*, Limal, Anthémis, 2020, p. 16. ; RONNEAU, V., « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », *op. cit.*, p. 32.

A. Obligation d'information ou devoir d'information ?

L'obligation de l'avocat en cause dans l'arrêt du 25 juin 2015 est de nature déontologique²²⁹. Il s'agit de l'obligation pour l'avocat d'informer son client de l'existence et des possibilités de bénéficier de l'aide juridique prévue par le Code de déontologie de l'avocat. Pourrions-nous considérer que cette consécration déontologique de l'obligation d'information supportée par l'avocat ait mené la Cour à faire reposer la charge de la preuve de son exécution ? Cela a pu y contribuer mais ce n'est, à notre sens, pas suffisant pour justifier l'attribution de la charge de la preuve de l'exécution d'obligation d'information à l'avocat.

Cette consécration pourrait cependant tenir un rôle dans la qualification précitée en tant que « *simple devoir* » ou « *véritable obligation* »²³⁰. En effet, le comportement imposé à l'avocat concernant les informations à fournir à ses clients est dans certains cas déterminés par les circonstances de la cause, ce qui plaide en faveur d'une qualification en tant que devoir²³¹. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2015 cependant, l'obligation d'information prévue par le Code de déontologie de l'avocat est formulée en des termes clairs et précis :

*« Lorsque l'avocat constate qu'un client est susceptible de bénéficier de l'aide juridique et/ou de l'assistance judiciaire, il a l'obligation de l'en informer »*²³².

Bien qu'il soit rare en pratique que le client soit en mesure de poursuivre l'exécution en nature de l'obligation d'information concernant le droit à l'aide juridique, le caractère déterminé de celle-ci nous oriente vers une qualification en tant que « *véritable obligation* », dépassant le « *simple devoir* ». Suivant cette argumentation, c'est à juste titre que la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information est attribuée à l'avocat par la Cour de cassation le 25 juin 2015.

B. Les règles du droit de la preuve

Une interprétation de cet arrêt a été élaborée par Marie-Astrid Orlando. Elle identifie la source du raisonnement de la Cour dans une autre théorie. Selon l'auteure, ce jugement serait le résultat d'une simple application en trois temps des deux alinéas de l'article 1315 de l'ancien Code

²²⁹ Code de déontologie de l'avocat, *M.B.*, 17 janvier 2013, art. 5.10.

²³⁰ R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 713-724.

²³¹ En matière médicale, dans le même sens : F. GEORGE, "L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient", *op. cit.*, p. 23.

²³² Code de déontologie de l'avocat, *M.B.*, 17 janvier 2013, art. 5.10.

civil. L'avocat, alors qu'il poursuivait le paiement de ses honoraires par son client, était tenu d'amener la preuve de l'obligation dont il se prévalait, conformément au prescrit du premier alinéa de l'article 1315 de l'ancien code civil. Ensuite, le deuxième alinéa de l'article précité s'est appliqué au client, celui-ci devant prouver le fait justifiant l'inexécution de son obligation de paiement, en l'espèce, la violation par son avocat de son obligation d'information. Le client étant parvenu à amener la preuve vraisemblable de ceci, il revenait à l'avocat la charge de la preuve de l'exécution de son obligation d'information²³³.

Bien que cette explication se montre partiellement harmonieuse avec le prescrit de la Cour de cassation en ce qu'elle se limite à une application de l'article 1315 de l'ancien Code civil et donc des « *règles relatives à la charge de la preuve* », nous ne sommes pas entièrement convaincus par celle-ci. Rappelons la formulation employée par la Cour :

« Il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée ».

Naturellement, cette application en trois temps n'est pas mentionnée par la Cour. Néanmoins, celle-ci affirme que c'est à l'avocat qu'il revient de prouver qu'il s'est conformé à son obligation, sans mentionner que cette règle ne s'appliquera qu'une fois que son client aura vraisemblablement prouvé l'inexécution de l'obligation d'information.

Plus fondamentalement, nous ne voyons pas pourquoi l'information par laquelle la Cour refuse de faire reposer sur le client la charge de la preuve du fait négatif de l'inexécution de l'obligation d'information ne s'appliquerait qu'au troisième tour de l'application de l'article 1315 de l'ancien Code civil. Si nous volons suivre ce raisonnement, la logique exigerait que cette information s'applique de manière générale à l'application de l'article 1315, faisant alors obstacle à l'administration de la charge de la preuve au client lors du deuxième tour, après que l'avocat ait amené la preuve de l'obligation de paiement.

²³³ M. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence ? », *R.G.A.R.*, 2017/4, p. 15374.

CONCLUSION

Nous distinguons premièrement la position de la Cour de cassation française et celle de la Cour de cassation belge. La Cour de cassation française attribue la charge de la preuve de l'obligation d'information au débiteur de celle-ci, sans distinction en fonction de la profession du créancier. Du côté belge, il ne devrait, à notre sens, plus être contesté que la Cour de cassation distingue la situation du médecin de celle de l'avocat.

Conformément à l'application successive des deux alinéas de l'article 1315 de l'ancien Code civil, une fois que l'obligation d'information de l'avocat est établie, la Cour attribue la charge d'amener la preuve de son exécution à l'avocat, débiteur de l'obligation ayant fait naître un véritable *doit* subjectif dans le chef de son patient.

Concernant le cas du médecin, la Cour de cassation a tranché plusieurs cas de figures. En raison du contexte extracontractuel dans lequel il a été rendu, l'arrêt du 11 janvier 2019 attribue naturellement la charge de la preuve de la faute – l'inexécution de l'obligation d'information –, du dommage et du lien causal au créancier de l'obligation d'information, le patient²³⁴. Les autres arrêts rendus par la Cour en matière médicale concernaient l'obligation d'information préalable au consentement libre et éclairé du patient (article 8 de la loi relative aux droits du patient)²³⁵. Cette information de la part du médecin est un prérequis nécessaire à l'obtention du consentement de son patient. L'absence de consentement préalable à l'intervention médicale est constitutive d'une infraction pénale. C'est en ce sens que la Cour de cassation pourrait justifier le renversement de la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information qu'elle opère à charge du patient, conformément au principe de la présomption d'innocence en matière pénale²³⁶. Il nous paraît cependant quelque peu artificiel d'affirmer que la Cour s'est réellement basée sur ce raisonnement pour accorder la charge de la preuve au médecin. Comme nous l'avons déjà soulevé, la Cour n'en fait aucunement mention dans ses récentes décisions. Cet élément a figuré dans le raisonnement élaboré au soutien de l'arrêt du 14 décembre 2001²³⁷, mais plus depuis.

²³⁴ Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

²³⁵ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 8.

²³⁶ CALLEWAERT, V., « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, p. 20.

²³⁷ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

Le dernier cas envisageable en matière médicale est celui de l'article 7 de la loi relative aux droits du patient²³⁸. Cet article prévoit l'obligation d'information générale du médecin envers son patient. Revêtant la qualification de véritable obligation, nous sommes d'avis que ce cas de figure devait être tranché de la même façon que pour l'avocat. Une fois l'existence de l'obligation d'information établie, l'alinéa second de l'article 1315 de l'ancien Code civil impose au médecin d'amener la preuve de l'exécution de son obligation. En effet, ce versant de l'obligation d'information du médecin étant complètement exempt de considération pénale, plus rien ne justifierait d'établir une différence de traitement entre l'avocat et le médecin. Le client et le patient, débiteurs d'une obligation d'information, se trouvent tous deux devant un professionnel dont les situations sont comparables et pour lesquelles rien ne justifie que l'article 8.4 du Code civil trouve une application différente. Les règles de droit civil doivent s'appliquer de la même manière à l'un et à l'autre. Cette interprétation n'est évidemment pas conforme avec la position de la Cour de cassation. À l'occasion du deuxième arrêt rendu le 16 décembre 2004, la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information fut en effet attribuée à la patiente, alors que celle-ci était créancière de l'obligation d'information prévue à l'article 7 précité.

Les développements ci-dessus et la doctrine abondante sur la question de la charge de la preuve de l'obligation d'information ne manquent pas d'illustrer l'obscurité que la Cour de cassation entretient autour de la problématique de la charge de la preuve de l'obligation d'information. Cet écrit n'aboutit malheureusement pas sur l'éclaircissement du raisonnement ayant été suivi par la Cour dans les arrêts qu'elle a rendu ces dernières années. Nous finirons plutôt sur un appel renforcé à ce que la Cour de cassation de Belgique prenne une position claire, qu'elle rende un arrêt de principe afin de mettre un terme à cette saga capricieuse.

Considérant les théories explorées dans ces dernières pages, deux voies s'ouvrent à la Cour de cassation. La première, opérer une différence de traitement entre l'avocat et le médecin en prenant en compte la qualification d'infraction pénale que ce dernier encourt lorsqu'il se voit reprocher la violation de l'obligation prévue à l'article 8 de la loi relative aux droits du patient²³⁹. Nous considérons en ce sens que la Cour devrait opérer un revirement de motivation par rapport à son arrêt dernièrement rendu le 18 juin 2020 à l'occasion duquel elle n'a pas mentionné la qualification pénale de l'inexécution de l'obligation d'information ²⁴⁰. Le seul

²³⁸ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 7.

²³⁹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 8.

²⁴⁰ Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

appel aux règles de responsabilité civile ne permet à notre sens pas de justifier que la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information repose sur le patient. Notons que si la Cour de cassation retournait à la motivation de la qualification pénale, celle-ci devrait se limiter à l'obligation d'information préalable au consentement du patient précitée, étant entendu que rien ne justifie une différence de traitement lorsque nous abordons l'obligation d'information générale du médecin, prévue à l'article 7 de la loi précitée²⁴¹.

La deuxième voie s'offrant à la Cour pour que ses arrêts sonnent justes est de s'harmoniser avec sa voisine française en abandonnant la référence à la qualification pénale de l'obligation d'information mais, plus fondamentalement, en abandonnant toute différence de traitement entre l'avocat et le médecin. En appliquant l'article 8.4 du Code civil de la même manière aux deux professionnels, aboutissant dans les deux cas à l'attribution de la charge de la preuve de la démonstration de l'existence de l'obligation au créancier. Cette tâche ne devrait pas soulever beaucoup de difficultés puisque ces obligations font l'objet d'une consécration légale. La charge de la preuve de l'exécution de son obligation – le nœud de la controverse – reposera, quant à elle, sur le professionnel, débiteur de l'obligation.

Selon nous, il y a quelque chose à tirer du contraste entre la paix juridique entourant la question de la charge de la preuve de l'obligation d'information en France d'une part, et la cacophonie jurisprudentielle et doctrinale dont cette même question fait l'objet en Belgique, d'autre part. Peut-être, la réunion de la jurisprudence belge avec celle de sa voisine française apporterait la même paix juridique de notre côté de la frontière. De plus, nous nous demandons pourquoi la Cour de cassation belge distingue deux professionnels, le médecin et l'avocat, dans l'exécution d'une obligation qui leur est similaire, sans qu'aucune raison apparente ne le justifie. Certains ont attribué cette divergence à un désaccord entre les sections française et néerlandaise de la Cour²⁴² ? C'est une supposition que seul un arrêt prononcé en chambre plénière pourrait éteindre, tout en clarifiant définitivement la position de la Cour de cassation belge quant à la question de la charge de la preuve de l'obligation d'information des professionnels.

²⁴¹ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, art. 7.

²⁴² P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 696; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *R.D.S.*, 2015-2016, p. 367.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	2
PARTIE I. LE DROIT DE LA PREUVE	5
Chapitre I. La réforme du droit de la preuve	5
<i>Section 1. Genèse de la réforme</i>	5
<i>Section 2. Principaux changements</i>	6
Chapitre II. La charge de la preuve	8
<i>Section 1. Le Code civil</i>	8
<i>Section 2. L'interprétation de la doctrine</i>	9
Chapitre III. La collaboration à l'administration de la preuve	11
<i>Section 1. La naissance du principe</i>	11
<i>Section 2. La confirmation jurisprudentielle</i>	11
<i>Section 3. La consécration légale</i>	12
Chapitre IV. Le risque de la preuve	16
Chapitre V. La preuve d'un fait négatif	17
PARTIE II. LA CHARGE DE LA PREUVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION	20
Chapitre I. Analyse de la jurisprudence	21
<i>Section 1. L'arrêt du 29 mai 1951 de la Cour de cassation de France</i>	21
<i>Section 2. L'arrêt du 26 janvier 1968 de la Cour de cassation de Belgique</i>	22
<i>Section 3. L'arrêt du 25 février 1997 de la Cour de cassation de France</i>	23
<i>Section 4. L'arrêt du 29 avril 1997 de la Cour de cassation de France</i>	23
<i>Section 5. L'arrêt du 14 décembre 2001 de la Cour de cassation de Belgique</i>	24
<i>Section 6. L'arrêt du 10 décembre 2004 de la Cour de cassation de Belgique</i>	26
<i>Section 7. Les arrêts du 16 décembre 2004 de la Cour de cassation de Belgique</i>	27

<i>Section 8. L'arrêt du 25 juin 2015 de la Cour de cassation de Belgique.....</i>	<i>29</i>
<i>Section 9. L'arrêt du 11 janvier 2019 de la Cour de cassation de Belgique.....</i>	<i>31</i>
<i>Section 10. L'arrêt du 18 juin 2020 de la Cour de cassation de Belgique.....</i>	<i>33</i>
Chapitre II. Tentative de conciliation	35
<i>Section 1. Résumé</i>	<i>35</i>
<i>Section 2. L'interprétation de la doctrine</i>	<i>36</i>
§ 1 ^{er} . La qualification pénale du manquement.....	37
§ 2. Le stade de la preuve de l'obligation d'information.....	41
§ 3. Le caractère adéquat de l'exécution et le caractère déterminé de l'obligation	42
§ 4. La consécration légale de l'obligation d'information.....	44
§ 5. La qualification « de résultat » ou « de moyen » de l'obligation	45
§ 6. L'obligation d'information et le devoir d'information	46
Chapitre III. Analyse personnelle	50
<i>Section 1. La désunion des cours de cassation française et belge</i>	<i>50</i>
<i>Section 2. La différence de traitement accordée au médecin et à l'avocat en Belgique</i> <i>.....</i>	<i>51</i>
§1 ^{er} . Le médecin.....	52
A. Obligation d'information ou devoir d'information ?	52
B. La qualification pénale.....	57
§ 2. L'avocat	58
A. Obligation d'information ou devoir d'information ?	59
B. Les règles du droit de la preuve	59
CONCLUSION.....	61

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

C. jud., art. 870-877.

C. civ., art 8.10-8.19.

Ancien C. civ., art. 1315.

C. pén., art. 392-420.

Loi du 23 janvier 1925 instituant une Caisse nationale des pensions de la guerre, *M.B.*, 25 janvier 1925.

Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, art. 10 et 15, *M.B.*, 9 juillet 1991, remplacée par la loi du 19 avril 2014, *M.B.*, 28 mai 2014.

Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *J.O.*, n° 54, 5 mars 2002.

Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

Loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII “Services de paiement et de crédit » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au livre VII et des peines relatives aux infractions au livre VII, dans les livres I et XV du Code de droit économique, et portant diverses autres dispositions, *M.B.*, 28 mai 2014.

Loi du 13 avril 2019 portant des dispositions diverses en matière de pensions, *M.B.*, 30 avril 2019.

Loi du 13 avril 2019 portant création d’un Code civil et y insérant un livre 8 « *La preuve* », *M.B.*, 14 mai 2019.

Arrêté royal du 8 février 1925 relatif à l’exécution de la loi du 23 janvier 1925 instituant une Caisse nationale des pensions de la guerre, *M.B.*, 13 février 1925.

Arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l’exercice des professions de soins de santé, *M.B.*, 14 novembre 1967.

Arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du droit civil, *M.B.*, 9 octobre 2017.

Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du Code de déontologie médicale, *J.O.R.F.*, du 8 mai 2012.

Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/001, p. 4.

Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°54-3349/005, p. 3.

Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « *La preuve* » dans le nouveau Code civil, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., 2018-2019, n°63.445/2.

Exposé d'orientation politique-Justice, 17 novembre 2014, *Doc. parl.*, Ch., 2014-2015, n°54-0020/018.

Code de déontologie de l'avocat, art. 5.10, *M.B.*, 17 janvier 2013.

JURISPRUDENCE

Cass. (1^{ère} ch.), 18 juin 2020, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, n°2, p. 126, note C. Lemmens.

Cass. (1^{ère} ch.), 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019/35, n°6789, p. 724, note R. Jafferali.

Cass. (1^{ère} ch.), 25 juin 2015, *Pas.*, 2015, n° 445, *J.T.*, 2016, p. 609, note F.G., *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. Mougenot, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. Mougenot, *Rev. dr. santé*, 2015, p. 352, note C. Lemmens, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note F. Glansdorff, 2017, n° 15374, note M.-A. Orlando, *R.W.*, 2015- 2016, p. 1664, note W. Vandenbussche.

Cass. (1^{ère} ch.), 4 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010/4, p. 158.

Cass. 26 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1681 ; *N.j.W.*, 2009, n°211, p. 812-816, note I. Boone.

Cass., 18 janvier 2007, *R&J*, 2007/1, p. 27.

Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 298, note S. Lierman.

Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004, p. 299; note S. Lierman.

Cass., 10 décembre 2004, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note De Patoul, *NjW*, 2005, p. 951, *Pas.*, 2004, p. 1962, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note Buyle, *J.J.P.*, 2007, p. 392, note Steennot.

Cass. (1^{ère} ch.), 30 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1256 (somm.), *C.R.A.*, 2005/1, p. 42, note J. MUYLDERMANS.

Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129, concl. J. du Jardin.

Cass. (3^{ème} ch.), 25 septembre 2000, R.G. n° C990201FV, disponible sur juportal.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 170.

Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 avril 1997, *Bull. civ.*, n°132, p. 88.

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

Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 708.

Cass. fr., 11 janvier 1966, *Sir.*, 1966, p. 266.

Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. cass.*, 1962, IV, n°105.

Cass. fr., 21 février 1961, *Dall*, 1961, p. 531.

Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. Kirkpatrick.

Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 290.

Cass. fr., (1^{ère} ch. civ.), 29 mai 1951, *Bull. civ.* I, n° 162; *D.* 1952.53, note R. Savatier.

Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139.

Anvers, 9 novembre 1987, *R.W.*, 1987-88, 1336, note T. Vansweevelt.

Liège, 26 février 1985, *J.T.*, 1985, n°5335, p. 271.

Bruxelles, 6 janvier 1951, *R.W.*, 1950-51, 944; *J.T.*, 1951, p. 234 ;

Civ. Bruxelles fr. (77^e ch.), 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, note Glansdorff.

Civ. Bruxelles, 11^{ème} ch., 29 février 2016, *Consilio*, 2016/2, p. 97-121.

Trib. trav. Hainaut (4^{ème} ch.), 14 janvier 2013, RG N° 11/2733/A, disponible sur juportal.be.

Civ. Liège, 27 novembre 1889, *Pas.*, 1990, III, p. 85.

Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, *J.C.B.*, 1980, I, p. 387, note D. Dessard, *R.C.J.B.*, 1979., note E. Cerexhe.

Av. gén. R. MORTIER, concl. précéd. Cass., 11 janvier 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 7, p. 15598.

Proc. gén. J. DU JARDIN, concl. précéd. Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, XXII, p. 2129.

DOCTRINE

ALLEMEERSCH, B., « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », in P. Van Orshoven (dir.), *Themis Gerechtelijk Recht*, n°59, Bruges, la Charte, 2010, p. 35-66.

ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, Bruxelles, Larcier, 1974, 389 p.

CALLEWAERT, V., « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », in I. Lutte (dir.) *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 7-38.

CALLEWAERT, V., « La Responsabilité des avocats », in *Responsabilités professionnelles*, Limal, Anthemis, 2020, p. 7-46.

COLETTE-BASECQZ, N., *Manuel de droit pénale général*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2013, 660 p.

CORBISIER, I., « Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique », *R.G.A.R.*, 1990, p. 11682/1-11682/19.

CRÉPEAU, P.-A., *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Québec, Yvon Blais Inc., 232 p.

DALCQ, R.O., « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, p. 13488/1-13488/2.

- DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 1967 , t. I, 740 p.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, 1143 p.
- DE RODE, H. et PAULUS, J., « Responsabilité médicale : questions incontournables », *Consilio*, Bruxelles, Anthémis, 2017/4, p. 176-187.
- DECLERCQ, R., *Beginnselen van strafrechtspleging*, Anvers, Kluwer, 1999, 1160 p.
- DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, 700 p.
- ESMEIN, P., « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, p. 620-665.
- FAGNART, J.-L., « La charge de la preuve en matière d'information », obs. sous Cass. fr., 25 février 1997, *Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 338-341.
- GENICOT, G. et PHILIPPE, D., « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *J.L.M.B.*, 2020/36, p. 1678-1692.
- GÉNY, F., *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. III, Paris, Recueil Sirey, 522 p.
- GEORGE, F. , “L’obligation d’information du médecin et le consentement éclairé du patient”, *consilio 2021*, n°1, p. 21-40.
- GEORGE, F., « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. Callewaert (dir.), *Responsabilités professionnelles*, coll. CUP, vol. 196, Limal, Anthemis, 2020, p. 47-104.
- GEORGE, F., HAVET, B., et PÜTZ, A., (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2019, 409 p.
- GLANSDORFF, F., note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, p. 15.219/1-15.219/3.
- HENRY, P. et DE COCQUEAU, B., « L’information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. Schamps, *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2008, p. 74-77.

JAFFERALI, R., « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, p. 713-723.

KIRKPATRICK, J., « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105-124.

KIRKPATRICK, J., « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, p. 513-529.

LAENENS, J., « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire - Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Chartre, 2003, p. 37-60.

LAURENT, F., *Principes de droit civil. Français*, t. XIX, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe-A. Durand et Pedone-Lauriel, 1876, 690 p.

LEMMENS, C., « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *R.D.S.*, 2015-2016, p. 352-367.

MEKKI, M., “Charge de la preuve et présomptions légales – L’art de clarifier sans innover”, *Droit et patrimoine*, sept. 2015, n°250, p. 36-44.

Mougenot, D., « Chapitre 2 - La charge de la preuve et l’administration de la preuve », in G. de Leval (dir.) *Droit judiciaire – Tome 2*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 475-480.

MOUGENOT, D., « La charge de la preuve de l’obligation d’information. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018/2, p. 115-147.

MOUGENOT, D., « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.*, 2016, p. 655-651.

MOUGENOT, D., « La preuve en matière civile - Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011/29, p. 593-606.

MOUGENOT, D., *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, 458 p.

MOURALIS, J.-L., v° Preuve, 2^{ème} éd., *Rép. dr. civil Dalloz*, 2002.

ORLANDO, M., « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence ? », *R.G.A.R.*, 2017/4, p. 15374/1-15374/5.

REUSENS, I., « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaider pour un dialogue thérapeutique », Note d'observation Civ. Bruxelles, 11^e ch., 29 février 2016, *Consilio*, 2016/2, p. 109-121.

ROMAIN, J.-Fr., *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 243.

RONNEAU, V., « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in B. Dubuisson et N. Simar (dir.), *Responsabilité, indemnisation et recours – Morceaux choisis*, CUP, vol. 174, Limal, Anthemis, 2017, p. 7-46.

RYCKMANS, X., et MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, Bruxelles, Larcier, 1971, t. I, 487 p.

STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story - Scientia, 1962, 475 p.

TERRÉ, F., et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de jurisprudence civile*, 12^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007, 850 p.

TOULLIER, C.-B.-M., *Le droit civil français*, t. VIII, 737 p.

TROUET, C., « De bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep », note sous Cass., 14 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 261-265.

VAN OMMESLAGHE, P., *Traité de droit civil belge. Tome II. Les obligations. Volume 1*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 983 p.

VAN RENTERGHEM, P., « La charge de la preuve », *A.D.L.*, 2018/3, p. 367-428.

VAN RENTERGHEM, P., « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 686-698.

VANDEBUSSCHE, W., « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 332-345.

VANDEBUSSCHE, W., *Bewijs en onrechtmatige daad*, 1^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2017, 800 p.

VANSWEEVELT, T., *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers-Bruxelles, Maklu-Bruylant, 1996, 684 p.

VERJANS, E., “Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken”, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, 1177 p.

VERJANS, E., « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », *R.G.D.C.*, 2019, p. 558-566.

WÉRY, P., *Droit des obligations*, vol. 1, *La théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, 1126 p.

WÉRY, P., et DIRIX, E., « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J.T.*, 2017/36, p. 705-707.

