

compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention.

4. Lorsque la personne lésée prétend avoir subi un dommage parce que le médecin ne lui a pas fourni les informations prévues à l'article 8 de la loi relative aux droits du patient, elle doit non seulement prouver que le médecin avait le devoir de lui fournir ces informations, mais aussi qu'il ne l'a pas fait.

5. La cour d'appel a décidé que :

- le demandeur avait l'obligation d'informer préalablement la défenderesse des complications possibles de l'intervention envisagée ;
- il appartient au demandeur de prouver de manière précise qu'il a préalablement informé la défenderesse de la complication qui s'est produite ;
- les déclarations du demandeur lui-même n'ont aucune valeur probante à cet égard ;
- un rapport de consultation et le rapport de la salle d'opération ne permettent pas de présumer que le demandeur a informé la défenderesse des éventuelles complications propres à cette intervention spécifique ;
- il ne résulte pas davantage du fait que la défenderesse a attendu quelques mois après la consultation avant de solliciter l'opération, ni du simple fait que les médecins-conseils de la défenderesse ont d'abord investigué quant à une éventuelle faute commise par le demandeur lors de l'opération, que la défenderesse aurait été suffisamment informée.

6. La cour d'appel qui, par ces considérations, décide qu'en l'absence de preuve, il y a lieu d'admettre que le demandeur n'a pas respecté son obligation d'information, ne justifie pas légalement sa décision.

Le moyen est fondé.

Par ces motifs,

(...)

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il a reçu l'appel.

(...)

Siég. : MM. E. Dirix (prés.), G. Jocqué (rapp.), B. Wylleman, K. Moens et S. Mosselman.

Greffier : Mme V. Vanden Hende.

M.P. : Mme E. Herregodts.

Plaid. : M^o J. Verbist.

J.L.M.B. 20/287

N.B. Cet arrêt est disponible en langue néerlandaise. Son texte intégral est consultable via l'U.R.L. http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20200618-14&idxc_id=334416&lang=NL.

Observations

La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ?

1. L'arrêt commenté et sa genèse

1. Au cours d'une opération effectuée par laparotomie, un vaisseau sanguin a éclaté et un nerf fut touché. L'infortunée patiente a, classiquement, reproché à l'orthopédiste

de ne pas l'avoir informée des éventuelles complications que pouvait entraîner l'intervention (il est à noter que telle était la seule faute qui lui était *in casu* imputée).

En première instance, le tribunal d'Anvers, division de Turnhout, a considéré, dans un jugement du 8 mars 2018, que cette dame avait eu tout le temps de réfléchir et de prendre la décision de se faire opérer. Les complications, observait le tribunal, sont chose courante. Il en a déduit que la patiente avait été suffisamment informée.

L'arrêt attaqué, rendu par la cour d'appel d'Anvers le 8 avril 2019¹, rappelle clairement que le patient a le droit d'être préalablement informé et de consentir librement à toute intervention du praticien, en se référant à l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, et met à *la charge du médecin* la preuve du respect de son devoir d'information, en renvoyant explicitement à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015². Comme l'on sait, cet arrêt décide que c'est l'avocat, déontologiquement tenu d'un devoir d'information spécifique envers son client, qui doit rapporter la preuve de l'accomplissement de cette obligation, et non le client qui doit établir qu'il n'a pas reçu l'information requise.

La cour d'appel estime notamment que la lettre envoyée au médecin traitant, faisant état d'une information donnée, tout comme le compte rendu opératoire mentionnant « *informed consent* », ne suffisent pas comme tels à présumer que l'information relative aux complications potentielles de l'intervention spécifique envisagée a bel et bien été donnée. De même, la circonstance que plusieurs mois se sont écoulés entre la consultation et l'opération ne démontre pas que le consentement du patient était dûment éclairé. La cour d'appel estime donc qu'à défaut de preuve en sens contraire, il faut considérer que le médecin a méconnu son obligation d'information et a, partant, commis une faute en violant l'article 8 de la loi relative aux droits du patient, et ordonne une expertise quant au dommage³.

2. Le pourvoi reproche à l'arrêt d'avoir violé les règles relatives à la charge de la preuve, et plus spécifiquement les articles 1315 du 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* » – et 870 du Code judiciaire – « *chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue* ».

Le demandeur fait valoir qu'en vertu de ces dispositions, celui qui allègue l'existence d'une faute doit la prouver, y compris lorsque cette faute consiste en une abstention d'agir (en l'espèce, ne pas avoir informé). Il rappelle la règle classique selon laquelle le juge peut, certes, considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire, car cela équivaut à renverser la charge de la preuve. Or c'est, observe le pourvoi, ce qu'a fait l'arrêt attaqué, puisqu'il décharge la patiente de la preuve du fait négatif (selon lequel l'information ne lui a pas été four-

¹ R.G. n° 2018/AR/705. Nous remercions M^e Johan Verbist, conseil du demandeur en cassation, d'avoir eu l'amabilité de nous communiquer une copie de l'arrêt attaqué ainsi que de sa requête. Il n'y eut ni mémoire en réponse, ni conclusions écrites du ministère public.

² Cass., 25 juin 2015, *Pas.*, n° 445, *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. MOUGENOT, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219, note Fr. GLANSDORFF, *R.W.*, 2015-2016, p. 1664, note W. VANDENBUSSCHE, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. MOUGENOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 368, note C. LEMMENS.

³ Les considérations que l'arrêt attaqué consacre au *lien de causalité* entre la faute d'information et le dommage dont la réparation est postulée laissent, comme souvent, à désirer, mais tel n'est pas l'objet de la présente note. Voy. not., sur ce point, G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps. Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation », in I. Lutte (dir.), *Droit médical & dommage corporel. Etat des lieux et perspectives*, Anthemis, 2014, pp. 77-124.

nie) et impose au médecin la preuve du fait positif contraire, à savoir qu'il a exécuté son obligation d'information.

Dans ses développements, l'auteur du pourvoi se réfère à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2004, selon lequel, 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, et il n'y est pas dérogé par la disposition selon laquelle celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation, de sorte que le patient, qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage, a la charge de le prouver⁴. Les développements soulignent que l'arrêt du 25 juin 2015, par lequel la Cour de cassation a mis à la charge de l'avocat la preuve de ce qu'il avait exécuté son obligation d'information, n'est pas transposable en l'espèce, dès lors que serait ici en cause la violation d'une *obligation extracontractuelle*, basée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, tandis qu'il s'agissait dans l'arrêt de 2015 d'une responsabilité contractuelle, et qu'en matière extracontractuelle, il appartiendrait (toujours) à la partie qui se prétend préjudiciée de rapporter la preuve de la faute qu'elle invoque, y compris lorsque celle-ci consiste en la violation d'une obligation d'information tirée d'une loi spéciale, en l'occurrence la loi relative aux droits du patient.

3. L'arrêt commenté accueille ce moyen. La Cour de cassation pose qu'il résulte des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire que, dans une action en responsabilité, la charge de la preuve du fait générateur, du dommage et du lien causal pèse en règle sur la victime, sauf dérogation légale ou contractuelle. Elle en déduit qu'en matière de responsabilité médicale, lorsque la victime allègue avoir subi un dommage en raison de ce que le médecin ne lui a pas fourni les informations énumérées dans l'article 8 de la loi relative aux droits du patient, c'est à elle qu'il incombe de prouver, non seulement que le médecin aurait effectivement dû lui donner l'information en question, mais également qu'il ne l'a pas fait.

La Cour casse ainsi l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 8 avril 2019 et ce, dans des termes assez similaires à ceux d'un précédent arrêt du 11 janvier 2019, qui avait déjà attiré l'attention. Dans cet arrêt, relatif à la responsabilité d'un infirmier, la cour d'appel – d'Anvers, une fois encore – avait considéré qu'il incombait à cet infirmier de prouver qu'il s'était acquitté de son obligation d'informer la patiente, et non à cette dernière de prouver le fait négatif de l'absence de communication des informations requises. Son arrêt fut cassé aux motifs qu'il suit des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire « que, dans le cas d'une action en responsabilité extracontractuelle, la charge de la preuve du fait générateur de responsabilité, du dommage et du lien de causalité qui les unit repose, en règle, sur la partie lésée », et que, « lorsqu'elle soutient que le dommage qu'elle a subi a été causé par un manquement au devoir général de prudence, en ce que la personne dont la responsabilité est mise en cause ne lui a pas fourni une information donnée, la partie lésée doit non seulement prouver que cette personne aurait dû lui communiquer cette information, mais également qu'elle ne l'a pas fait »⁵.

⁴ Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, n° 616, *cette revue*, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. Nys, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161.

⁵ Cass., 11 janvier 2019, précédé des conclusions du premier avocat général MORTIER, alors avocat général, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 314, note C. LEMMENS, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596, obs. Fr. GLANSORFF, *R.G.D.C.*, 2019, p. 557, note E. VERJANS, *R.W.*, 2019-2020, p. 263, note approbative S. GUILIAMS ; voy. ég. P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 686.

2. Les incertitudes issues de la jurisprudence antérieure

4. Nous ne nous attarderons pas sur le contenu et la portée du droit du patient à l'information, sur son étendue et les modalités selon lesquelles elle doit être fournie, et sur son corollaire, l'obtention d'un consentement véritablement éclairé⁶. Rappelons simplement que celle-ci se fonde sur les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, et spécialement sur le second, qui dispose :

« *Paragraphe 1^{er}. Le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable.*

Ce consentement est donné expressément, sauf lorsque le praticien professionnel, après avoir informé suffisamment le patient, peut raisonnablement inférer du comportement de celui-ci qu'il consent à l'intervention.

À la demande du patient ou du praticien professionnel et avec l'accord du praticien professionnel ou du patient, le consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient.

Paragraphe 2. Les informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement visé au paragraphe 1^{er}, concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention ».

5. La charge de la preuve en matière de responsabilité médicale constitue une véritable saga⁷. Schématiquement, la question est la suivante : convient-il d'appliquer l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil – « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver* » ; c'est au patient, créancier d'une supposée dette de responsabilité en raison de la méconnaissance de son droit à l'information, qu'il incombe d'établir que les conditions de celle-ci sont réunies dans le chef du praticien qu'il met en cause –, ou de raisonner par référence à l'article 1315, alinéa 2 – « *reciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* » ; c'est au médecin, sur lequel pèse un devoir d'information qu'il soutient avoir accompli, qu'il appartient d'établir qu'il en est bien ainsi ? Cette question récurrente en appelle une autre : il est constant qu'en matière de responsabilité⁸, c'est la victime qui doit rapporter la preuve de la faute, du lien causal et du dommage ; peut-on raisonner différemment lorsque la faute consiste non pas en un manquement d'ordre « technique », ou en une décision médicale discutable, mais a trait à la méconnaissance du devoir d'information ?

Les deux approches ont cours, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Nous n'allons pas ici retracer tout l'historique⁹, sauf à rappeler que le revirement de la Cour de cassation de France, qui décide depuis 1997 « que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prou-

⁶ Voy. not. sur cette question, récemment, l'excellente étude de Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. CALLEWAERT (dir.), *Responsabilités professionnelles*, Anthemis, collection CUP, 2020, vol. 196, pp. 47-103 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Fac. dr. ULiège, 2^e éd., 2016, pp. 153-229 ; G. GENICOT, « Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins », in S. Boufflette (dir.), *Les responsabilités professionnelles*, Anthemis / Jeune Barreau de Liège, 2017, p. 145, spéc. pp. 157-192 ; E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, pp. 4-29, et la thèse de doctorat de cet auteur, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2019.

⁷ Voy. not., outre les réf. déjà citées, V. CALLEWAERT, « 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*, Anthemis, 2016, pp. 7-38 ; 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., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 513-529 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 115-147.

⁸ En laissant de côté les hypothèses où celle-ci est, dans l'une ou l'autre de ses composantes, présumée.

⁹ Voy. not. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 213-220.

ver qu'il a exécuté cette obligation »¹⁰, a influencé un temps certaines juridictions belges. Mais notre Cour de cassation n'a pas suivi cette jurisprudence et, dans deux arrêts du 16 décembre 2004, elle décida, d'une part, que l'obligation d'information du médecin ne constitue pas une obligation de résultat¹¹ et, d'autre part, que « 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 ; il n'y est pas dérogé par la disposition selon laquelle celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation ; le patient, qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage, a la charge de le prouver »¹². La jurisprudence des juridictions de fond a eu tendance à suivre ces enseignements.

6. Intervint alors – toutefois après, déjà, un arrêt peu remarqué du 20 mars 2006¹³ – le retentissant arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015¹⁴ relatif à la charge de la preuve de l'obligation d'information de l'avocat, par lequel la Cour considère « qu'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 ». Cet arrêt porte sur une obligation d'information bien spécifique et circonscrite, consistant à indiquer au client qu'il est dans les conditions requises pour bénéficier de l'aide juridique. Il a toutefois immédiatement relancé la polémique, tant en doctrine qu'en jurisprudence¹⁵ : cet enseignement peut-il trouver à s'appliquer en matière de responsabilité médicale ? Peut-on assimiler, en termes de raisonnement

¹⁰ Cass. fr., 1^{re} civ., 25 février 1997, *Bull. civ. I*, n° 75, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 338, note J.-L. FAGNART, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.858, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015, tome 1, n° 17, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, in F. Violla (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, L.G.D.J., 2009, p. 150, obs. M. REYNIER, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 57, obs. P. SARGOS et C. BERGOIGNAN-ESPER.

¹¹ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

¹² Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, n° 616, *cette revue*, 2006, p. 1168, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. NYS, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161. Voy., sur ces deux arrêts, 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 », précité, spéc. pp. 523-529.

¹³ Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 159. Dans cette affaire, la veuve de la victime d'un accident de travail mortel fondait sa demande sur le comportement prétendument fautif de l'assureur-loi qui aurait omis de transmettre au Fonds des accidents du travail, dans le délai prévu, une copie de l'accord homologué réglant les conséquences de l'accident, et l'aurait ainsi privée des allocations de péréquation auxquelles elle avait droit. La cour d'appel d'Anvers avait décidé qu'il appartenait à la veuve de prouver que l'assureur n'avait pas respecté son obligation légale de communiquer l'accord homologué au Fonds dans le délai fixé et, eu égard au doute et à l'incertitude subsistant quant à cette communication, l'avait déboutée de sa demande de dommages et intérêts au motif qu'elle n'apportait pas cette preuve. La Cour estime que c'est en violation des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire que l'arrêt attaqué, après avoir constaté que l'assureur avait une obligation légale de transmettre l'accord homologué, charge la veuve de la victime de la preuve du non-respect par l'assureur de ladite obligation, alors que, selon la Cour, il incombait à l'assureur d'apporter la preuve de l'extinction de son obligation par son exécution.

¹⁴ Cass., 25 juin 2015, *Pas.*, n° 445, *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. MOUGENOT, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219, note Fr. GLANSDORFF, *R.W.*, 2015-2016, p. 1664, note W. VANDENBUSSCHE, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. MOUGENOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 368, note C. LEMMENS.

¹⁵ Voy. not., pour un exposé détaillé, Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », précité, pp. 76-93 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », précité ; 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 ; V. CALLEWAERT, « 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*, Anthémis, 2016, pp. 7-38 ; M.-A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence ? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374 ; et, pour un relevé de jurisprudence, C. DELFORGE *e.a.*, « Chronique de jurisprudence (2015 à 2016), La responsabilité aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) », *R.C.J.B.*, 2019, pp. 580-583, n° 128.

probatoire, l'obligation d'information pesant sur les professionnels que sont l'avocat, d'une part, et le médecin, d'autre part ?

Plusieurs juridictions ont tranché en ce sens et ont considéré, par référence expresse à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015, qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve – articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire – que c'est au médecin (le plus souvent un spécialiste) qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son patient, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise (par la loi relative aux droits du patient) ne lui a pas été donnée. Ce fut en particulier le cas à Bruxelles¹⁶ et à Anvers¹⁷. D'autres décisions ont en revanche maintenu que la charge de la preuve pèse intégralement sur le patient¹⁸.

La doctrine est tout aussi partagée. Nous ne saurions, dans les limites du présent commentaire, exposer les arguments avancés dans un sens ou dans l'autre ; nous nous bornerons à dresser un relevé des positions soutenues (postérieurement à l'arrêt du 25 juin 2015).

Plusieurs auteurs estiment que la charge de la preuve du respect du devoir d'information devrait être imposée au médecin. Le professeur Glansdorff en est convaincu depuis longtemps, estimant même que cette solution va « de soi » car elle paraît « constituer un salutaire retour au droit commun de la charge de la preuve », et que la trancher en ce sens en apporterait l'« épilogue »¹⁹ : « il est simplement question de dire [au] débiteur, une fois établie l'existence même de l'obligation d'information : c'est à présent à vous qu'il incombe de prouver que vous avez satisfait à cette obligation. Imposer, à l'inverse, au créancier de l'obligation d'établir que le débiteur n'y a pas satisfait, c'est lui imposer la preuve d'un fait négatif, ce que n'exige certainement pas l'article 1315 »²⁰. Les professeurs Kirkpatrick²¹

¹⁶ Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *Consilio*, 2016, p. 97, note I. REUSENS, *cette revue*, 2016, p. 1954, obs. G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370, note C. LEMMENS ; Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, note Fr. GLANSORFF (jugement soigneusement motivé) ; Civ. Bruxelles, 19 décembre 2016, *Consilio*, 2017, p. 188 ; Civ. Bruxelles, 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 122, note W. BUELENS ; Civ. Bruxelles, 3 février 2020, *Consilio*, 2020, p. 78, qui précise que, dès lors qu'il n'est pas d'usage dans le monde médical de confirmer par écrit au patient ce qui lui a été exposé oralement, il appartient au tribunal de décider, sur la base de l'ensemble des pièces produites et des circonstances concrètes de la cause, si le médecin a ou non satisfait à son obligation.

¹⁷ Anvers, 21 novembre 2016 et 12 décembre 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 32 et 36, note critique C. LEMMENS, « De omkering van de bewijslast van *informed consent* nu onontkoombaar ? », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 42, *N.j.W.*, 2017, n° 366, p. 542, note L. BODDEZ et S. CALLENS ; J.P. Anvers, 17 décembre 2015, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 217.

¹⁸ Voy. not. Civ. Liège (div. Liège), 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.279 ; Civ. Flandre orientale (div. Gand), 22 février 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 264, note C. LEMMENS ; Civ. Flandre occidentale (div. Bruges), 7 juin 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 54, note C. CORNÉLIS, selon lequel aucune portée générale ne saurait être conférée à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015, d'autant que les obligations d'information qui ressortent du livre III du Code de droit économique ne s'appliquent pas aux soins de santé (article III.1, paragraphe 2, 8°, C.D.E.), et aucun effet rétroactif ne peut en outre être accordé audit arrêt, le caractère constitutif de la jurisprudence y faisant obstacle ; Civ. Bruxelles, 14 février 2017, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 53, note G. GENICOT, considérant, sans autre forme d'explication ou de démonstration, que « les récents développements jurisprudentiels n'ont rien changé » à la règle selon laquelle la charge de la preuve du défaut ou de l'insuffisance d'information pèse sur le patient, et, assez curieusement, qu'il serait « unanimement admis » qu'il en va ainsi.

¹⁹ Fr. GLANSORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219, et « La charge de la preuve de l'(in)exécution de l'obligation de conseil et d'information », note sous Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 408 (outre des contributions antérieures).

²⁰ Fr. GLANSORFF, note précitée, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219.

²¹ 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., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 523-529.

et Mougenot²² se prononcent également en ce sens, de même que Madame Verjans, qui a récemment consacré sa thèse de doctorat à la question²³, et Mesdames Reusens²⁴ et Cornelis²⁵. Telle est également l'opinion défendue par l'un des deux soussignés²⁶.

D'autres auteurs considèrent que la charge de la preuve d'un manquement au devoir d'information doit être maintenue sur les épaules du patient²⁷. Tel est en particulier le cas de notre collègue Christophe Lemmens²⁸.

7. La Cour de cassation semble donner raison à ces derniers. Dans son arrêt du 11 janvier 2019, déjà cité, elle revient à la thèse traditionnelle, à savoir que le patient mécontent doit prouver, non seulement quelle est l'information qui aurait dû lui être donnée, mais aussi que cette information n'a pas été fournie²⁹. Il s'agissait en l'espèce de l'indication, qu'aurait ou n'aurait pas donnée un infirmier à une dame âgée, que celle-ci devait attendre qu'une table d'examen soit redescendue dans sa position initiale avant d'en descendre. Cet arrêt n'a pas clôturé la discussion : ainsi qu'on a pu le souligner, il statue à propos d'un manquement au *devoir général de diligence*, en raison du fait que le tiers n'a pas fourni à la victime une certaine information, et son « raisonnement ne se situe donc pas sur le plan de la méconnaissance d'une obligation légale déterminée »³⁰. Le professeur George observe judicieusement qu'il ne s'agit dans cet arrêt que de la responsabilité *extracon-*

²² D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.*, 2016, p. 655, qui suggère de distinguer la preuve de l'exécution de l'obligation (par le débiteur) et la preuve du caractère insatisfaisant de cette exécution (par le créancier).

²³ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Intersentia, Reeks Gezondheidsrecht, 2019, pp. 812-818, et « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 4, spéc. pp. 20-23.

²⁴ I. REUSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaidoyer pour un dialogue thérapeutique », *Consilio*, 2016, pp. 109-121.

²⁵ C. CORNELIS, « *The story continues* : de bewijslast inzake *informed consent* van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 57-62. Analysant la charge de la preuve du consentement éclairé du point de vue du Code de droit économique, l'auteur conclut que celui-ci ne peut être utilisé comme base pour (continuer à) imputer la charge de la preuve au patient, et qu'en outre l'influence du droit européen est telle en la matière (consu-mérisme) que cette charge de la preuve ne pourra plus, à l'avenir, être attribuée au consommateur/patient.

²⁶ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Fac. dr. ULiège, 2^e éd., 2016, pp. 220-222, et « Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins », in S. Boufflette (dir.), *Les responsabilités professionnelles*, Anthemis / Jeune Barreau de Liège, 2017, p. 145, spéc. pp. 178-186, ainsi que nos obs. sous Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *cette revue*, 2016, p. 1968.

²⁷ M.-A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence ? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 686.

²⁸ 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, pp. 352-367 ; « De omkering van de bewijslast van *informed consent* nu onontkoombaar ? », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 42-44 ; « Over de bewijslast bij de schending van een informatieplicht : het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », note sous Cass., 11 janvier 2019, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, pp. 318-322.

²⁹ Cass., 11 janvier 2019, précédé des concl. du premier avocat général MORTIER, alors avocat général, *J.T.*, 2019, p. 724, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 314, note approbative C. LEMMENS, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596, obs. Fr. GLANSDORFF, *R.G.D.C.*, 2019, p. 557, note E. VERJANS, *R.W.*, 2019-2020, p. 263, note approbative S. GUILIAMS. Sur cet arrêt et celui du 25 juin 2015, voy. ég. 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.*, 2019, pp. 713-724 ; E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », *R.G.D.C.*, 2019, pp. 558-566 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, pp. 686-698.

³⁰ C. DELFORGE *e.a.*, « Chronique de jurisprudence (2015 à 2016), La responsabilité aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) », *R.C.J.B.*, 2019, p. 583, n° 128 ; E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 22.

tractuelle, et que les conclusions de l'avocat général se limitent à un raisonnement portant sur la responsabilité extracontractuelle³¹.

Il y a en revanche tout lieu de penser que l'arrêt commenté du 18 juin 2020 s'applique également à la responsabilité *contractuelle*. En effet, la Cour de cassation y répète la règle énoncée dans son arrêt du 11 janvier 2019, mais avec une nuance : « sauf dérogation légale ou contractuelle ». La circonstance qu'une dérogation contractuelle soit possible contribue à expliquer que cette règle trouve à s'appliquer à la relation entre le médecin et le patient, laquelle est, en règle très générale, de nature contractuelle. En outre et surtout, l'arrêt du 11 janvier 2019 mentionnait expressément « en cas d'action fondée sur la responsabilité *extracontractuelle* », et la mention « extracontractuelle » n'est plus reprise dans l'arrêt du 18 juin 2020.

3. Les explications proposées en vue de concilier les arrêts des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 et les interrogations qu'elles suscitent au regard de l'arrêt du 18 juin 2020

8. L'explication du professeur Glansdorff, fervent partisan de l'arrêt du 25 juin 2015 et de la charge de la preuve imposée au médecin, permettait de concilier les arrêts de 2015 et 2019, mais elle se voit fragilisée par l'arrêt commenté. Rappelant que, « dans le domaine extracontractuel, c'est évidemment à la victime qu'il incombe de démontrer la faute ou la négligence, de même que le dommage et le lien de causalité », notre excellent collègue écrit que « cette exigence ne met nullement à mal l'obligation pour le débiteur (le professionnel), quand il s'agit d'une obligation contractuelle, de prouver qu'il a correctement rempli ses obligations ». En décidant, le 18 juin 2020, qu'en matière de responsabilité médicale, lorsque la victime allègue avoir subi un dommage en raison de ce que le médecin ne lui a pas fourni les informations énumérées dans l'article 8 de la loi relative aux droits du patient, c'est à elle qu'il incombe de prouver, non seulement que le médecin aurait effectivement dû lui donner l'information en question, mais également qu'il ne l'a pas fait, la Cour de cassation ne s'engage toutefois pas dans cette direction. L'obligation médicale d'information est pourtant précisément concrétisée dans la loi du 22 août 2002, et – sauf à voir ici une remise en cause insidieuse de la théorie du contrat médical et, partant, les prémisses d'un bouleversement du droit médical... – la responsabilité du médecin est assurément de nature *contractuelle*³². Cela n'a donc pas empêché la Cour de cassation de faire peser *sur le patient* la charge de la preuve de l'insuffisance ou de l'inadéquation des informations reçues.

³¹ FI. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. Callewaert (dir.), *Responsabilités professionnelles*, Anthemis, collection CUP, 2020, vol. 196, pp. 81-83 ; E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », précité, p. 561, n° 11 ; voy. ég. les obs. précitées de Fr. GLANSORFF, ainsi que V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Anthemis, collection CUP, 2019, vol. 193, p. 43. Le premier avocat général Mortier (alors avocat général) indique expressément, au n° 2.1 de ses conclusions, que « voorliggende zaak heeft dus betrekking op de bewijslast bij buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen. Meer bepaald rijst de vraag op wie de bewijslast rust van een eventuele schending van een *niet-contractuele noch wettelijke informatieverplichting*, met andere woorden een informatieverplichting die door de rechter wordt afgeleid uit de *algemene zorgvuldigheidsnorm* » (mise en évidence ajoutée). Elle distingue la présente espèce de celle qui a conduit à l'arrêt du 25 juin 2015 en observant que « het ging in deze zaak dus niet om een aansprakelijkheidsvordering van de cliënt ten aanzien van zijn advocaat ».

³² Voy. not. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 121-128, avec les nuances et pistes indiquées ensuite (pp. 128-138) ; T. VANSWEVELT, *La responsabilité des professionnels de la santé*, Kluwer, 2015, pp. 21-29. Il est intéressant d'observer qu'alors que cette analyse est issue d'un arrêt fondamental de la Cour de cassation française (l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936), les discussions renaissent en France sur ce point : voy. not. G. MÉMETEAU et M. GIRER, *Cours de droit médical*, LEH Édition, 5^e éd., 2016, où les deux thèses sont présentées de manière approfondie (pp. 310-367) ; G. MÉMETEAU, « La querelle du contrat médical en droit français actuel », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 288 ; C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 2^e éd., 2016, pp. 199-217.

Dans une impressionnante étude, le professeur Jafferalli³³ a cherché à réconcilier les arrêts des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 en opérant une distinction entre l'obligation d'information source d'un *droit subjectif* et le simple *devoir d'information* qui donne, en cas de violation, lieu à réparation. 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, indique-t-il, au débiteur de l'obligation d'information qu'il incombe de prouver qu'il a fourni l'information qui était due³⁴. Toutefois, poursuit-il, un patient ne réclame généralement pas l'exécution en nature de l'obligation d'information, mais plutôt la réparation du manquement à ce devoir. Dans une érudite recherche de cohérence, l'auteur considère que le créancier doit rapporter la preuve des obligations primaires et de leur inexécution ; en revanche, lorsqu'il s'agit d'une obligation secondaire de réparation, on pourrait estimer qu'il y a présomption d'inexécution, et il reviendrait alors au débiteur de renverser cette présomption³⁵. L'auteur souligne encore qu'une distinction doit être faite entre la responsabilité contractuelle, qui suppose une obligation préexistante, et la responsabilité extracontractuelle, qui ne la suppose pas nécessairement ; il s'en déduit que, dans l'arrêt du 11 janvier 2019, il appartenait effectivement à la patiente de rapporter la preuve de l'absence d'information reçue de la part de l'infirmier³⁶.

Dans la ligne de la distinction suggérée par notre excellent collègue, il nous paraît important de souligner que l'obligation d'information médicale, dans sa double facette, telle qu'elle est décrite et réglementée par les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, doit être tenue pour la source d'un *véritable droit subjectif* dans le chef du patient, auquel correspond, dans celui du personnel soignant, une obligation précise, à savoir une information complète, personnalisée et pertinente, et qu'une réparation est due lorsqu'il est fautivement porté atteinte à ce droit³⁷. Mais ceci ne clôt pas la discussion quant à la charge de la preuve (voy. ci-après).

9. Nous rejoignons Maître Vincent Callewaert lorsque, comparant les arrêts des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019, il expose que le premier visait une obligation d'information spécifique et que la jurisprudence qu'il dégage ne doit pas trouver application au manquement au devoir général de prudence³⁸. Mais cette explication

³³ 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.*, 2019, pp. 713-724.

³⁴ R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 715-716, n° 6.

³⁵ R. JAFFERALI, *op. cit.*, pp. 717-718, n° 9.

³⁶ Dans ses conclusions précédant cet arrêt, le premier avocat général MORTIER (alors avocat général) indique (n° 2.3) que, dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle, l'obligation dont l'exécution est réclamée, au sens de l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil, s'entend de l'obligation d'*indemnisation du dommage* – ce que l'on a pu qualifier d'« obligation secondaire » –, par opposition à « l'obligation primaire » qui serait la fourniture d'informations.

³⁷ Voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 222-229, et « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps. Plaidoyer pour la reconnaissance du préjudice d'impréparation », in I. Lutte (dir.), *Droit médical & dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Anthemis / ULB, 2014, pp. 77-124, ainsi que la très pertinente étude de E. LANGENAKEN, « L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits », *R.G.D.C.*, 2011, p. 422.

³⁸ V. CALLEWAERT, « La charge de la preuve du respect du devoir d'information : encore un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation », *Bulletin de prévention d'avocats.be*, juillet 2020, p. 7 ; voy. ég. R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 719, n° 11 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Anthemis, collection CUP, 2019, vol. 193, pp. 40-42, qui nuance en estimant que « les articles 7, paragraphe 1^{er}, et 8, paragraphe 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient doivent s'interpréter comme imposant une obligation d'information spécifique mais *non* déterminée à charge du prestataire de soins. En conséquence, la charge de la preuve du défaut d'information pèse sur le patient ». Voy. ég. S. GUILIAMS, « De bewijslast van de miskenning van een niet-specifieke informatieplicht in het kader van een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering », note sous Cass., 11 janvier 2019, *R.W.*, 2019-2020, p. 266, n° 10.

trouve sa limite avec l'arrêt commenté, qui concerne également – contrairement à l'arrêt du 11 janvier 2019 – une obligation d'information spécifique, imposée et décrite par la loi relative aux droits du patient, et impérativement incluse dans le contrat existant entre le médecin et le patient. Ceci rapproche la situation ici en cause de celle ayant donné lieu à l'arrêt du 25 juin 2015, mais n'a donc pas empêché la Cour de s'écarter de la solution qu'elle avait alors consacrée.

Dans une étude antérieure, Maître Callewaert considérait que les arrêts dans lesquels la Cour de cassation impose au créancier de l'obligation d'information d'établir qu'il n'a pas reçu celle-ci « concernent tous des affaires dans lesquelles le manquement en cause était pénalement punissable ». À son estime, ceci « ne souffre guère de discussion pour ce qui concerne les décisions rendues en matière de responsabilité médicale, car il est clair que le médecin qui pose un acte invasif sans le consentement de son patient est passible de poursuites pénales »³⁹. L'auteur semble cependant douter que l'attribution de la charge de la preuve au créancier soit fonction de « la qualification pénale du manquement en cause », dès lors qu'il observe que, dans ses arrêts du 16 décembre 2004 (*supra*, n° 5), « il est curieux (que la Cour de cassation) n'en dise mot et qu'elle se réfère même explicitement à l'article 1315 du Code civil »⁴⁰. Il en va de même dans l'arrêt ici commenté.

Cela n'a, en réalité et à notre avis, rien de curieux. Certes, il est constant que, conformément aux règles de preuve en matière pénale, lesquelles s'appliquent à l'action en justice menée devant le juge civil *lorsqu'elle est fondée sur une infraction à la loi pénale*, il incombera alors au patient de prouver que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, et si le médecin invoque, pour justifier la licéité de son action, une cause de justification non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit – par hypothèse, avoir obtenu le consentement du patient –, d'établir que celle-ci n'existe pas, autrement dit de prouver qu'il n'a pas été correctement et complètement informé et n'a pas valablement consenti à l'intervention qui s'est avérée dommageable. La Cour de cassation le rappelle régulièrement, en particulier dans un important arrêt de droit médical du 14 décembre 2001⁴¹.

Mais il s'agissait en l'espèce d'une intervention (stérilisation chirurgicale) à laquelle la patiente alléguait n'avoir purement et simplement pas consenti. Dans l'espèce tranchée par l'arrêt commenté, la patiente ne soutenait pas qu'elle n'avait pas consenti à l'opération, mais reprochait à l'orthopédiste de ne pas l'avoir informée des éventuelles *complications* que celle-ci pouvait entraîner (atteinte nerveuse). La distinction est de taille. L'explication précitée proposée par Maître Callewaert procède d'une confusion entre une intervention médicale *purement et simplement non consentie* et celle qui est précédée d'une information lacunaire ou déficiente. Or, il nous semble, tout comme à M. Kirkpatrick, que ces deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées : si le patient soutient qu'il n'a *pas consenti* à l'opération, il accuse certainement le médecin d'avoir commis une infraction ; mais « s'il se borne à reprocher au médecin d'avoir manqué à son devoir d'information et de lui avoir ainsi causé un dommage, il ne lui impute que l'inexécution d'une obligation de nature civile (obligation précontractuelle ou contractuelle, selon le cas). La

³⁹ V. CALLEWAERT, « 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*, Anthemis, 2016, p. 7, ici p. 29.

⁴⁰ V. CALLEWAERT, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, n° 705, concl. du procureur général du JARDIN, *cette revue*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART ; R.O. DALCQ, À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488. *Adde* les arrêts cités par R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 722, n° 16, note 120.

charge de la preuve est dès lors régie par l'article 1315 du Code civil »⁴². Il nous paraît en effet capital de « distinguer l'intervention *purement et simplement non consentie* (infraction pénale, en l'absence de la cause de justification principale) et l'hypothèse du *consentement insuffisamment éclairé*, donc du défaut d'information (faute contractuelle, faute d'humanisme, mais faute civile) », et de se garder d'appliquer « systématiquement, en matière de responsabilité médicale, (...) les règles de la preuve en matière pénale, même dans un litige purement civil portant sur l'exécution d'une obligation (quelle qu'en soit, d'ailleurs, la nature). Au pénal, c'est le dogme de la présomption d'innocence qui commande de faire peser sur l'accusation, ministère public et partie civile, la charge de la preuve ; rien de tel au civil »⁴³.

En réalité, dans la plupart des hypothèses, les actions en responsabilité dans le cadre desquelles le patient reproche au médecin de ne pas l'avoir suffisamment ou correctement informé, en particulier quant aux risques inhérents à l'intervention, ne sont pas fondées, fût-ce implicitement, sur une infraction pénale. La responsabilité pénale des médecins correspond à d'autres cas de figure.

10. L'explication de M. Mougenot est davantage séduisante. Il suggère de distinguer, d'une part, la preuve de l'*existence* de l'exécution (qui pèse sur le débiteur) et celle de son caractère *insuffisant ou inadéquat* (qui pèse sur le créancier) et, d'autre part, selon le caractère *déterminé ou indéterminé* de l'obligation d'information en cause⁴⁴. À son estime, en matière médicale, dès lors que « le contenu de (l')information suppose une analyse de la situation du patient par le médecin et est nécessairement complexe », « il peut être opportun de distinguer l'existence de l'information (le médecin a-t-il dit quelque chose ?) et son contenu (cette information était-elle complète et adéquate ?) » ; et, dans la mesure où « le contenu de l'information ne peut certainement pas constituer une obligation de résultat », « on comprend mieux, dans ce contexte, que la charge de la preuve pèse sur le créancier de l'information »⁴⁵.

C'est précisément la question de savoir si l'obligation d'information médicale est ou non « déterminée » – et si ce qualificatif doit être, sur le plan du raisonnement juridique, tenu pour synonyme de « spécifique » – qui est mise en lumière par l'arrêt commenté. Cette question est malaisée à résoudre d'un trait de plume, et les analyses pourraient certainement diverger sur ce point. À la lecture des articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, très détaillés, on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative. Mais, par ailleurs, notre collègue a évidemment raison lorsqu'il souligne que cette obligation n'est en rien « automatique et mécanique » : l'information à fournir dépend bien sûr de la gravité de la situation du patient, de son historique médical, de ses capacités de compréhension, de son besoin de savoir, de son degré d'anxiété, etc.

⁴² 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., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 524-525.

⁴³ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Fac. dr. ULiège, 2^e éd., 2016, pp. 221-222. Il n'est donc pas en soi exact qu'« à chaque fois qu'un médecin pose un acte médical sans avoir préalablement obtenu le consentement libre et éclairé de son patient, son manquement – à le supposer établi – constitue en effet une infraction pénale » (V. CALLEWAERT, *op. cit.*, p. 38) : si le consentement existe, mais n'est pas – suffisamment – éclairé, seule la responsabilité civile du praticien est en jeu.

⁴⁴ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 137-140 ; du même auteur, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.*, 2016, p. 655.

⁴⁵ D. MOUGENOT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2018, p. 140.

Afin d'expliquer pourquoi le médecin et l'avocat sont traités différemment sur ce plan, sans doute pourrait-on plutôt évoquer le caractère plus ou moins *précis, ciblé, dépourvu d'aléa*, de leurs obligations d'information respectives. Force est en effet d'admettre que l'information en cause dans l'arrêt du 25 juin 2015, due par l'avocat, était nettement plus circonscrite (et simple à délivrer) que celle qu'il était, dans l'arrêt du 18 juin 2020, reproché au médecin d'avoir passé sous silence. Il n'est pas exclu que ce type de considération soit de nature à influencer la distribution de la charge de la preuve. Mais ce critère n'est pas pour autant satisfaisant, dans la mesure où, inévitablement, il renvoie à la différence entre obligations de *moyens* et de *résultat*. Faudrait-il donc comprendre que la Cour de cassation a considéré, dans l'arrêt de 2015, que l'obligation d'information de l'avocat sur le point précis considéré – qu'il faudrait encore distinguer de son devoir général de conseil ! – était de résultat ? On peut en douter, dans la mesure où, ainsi qu'on l'a relevé avec pertinence⁴⁶, cette qualification n'a pas d'impact sur la question de la *charge* de la preuve, mais uniquement sur celle de l'*étendue* de la preuve à apporter : le créancier d'une obligation de résultat doit établir que le résultat n'a pas été atteint, autrement dit qu'il n'a pas reçu l'information qui devait lui être fournie. Or, ce n'est précisément pas ce que la Cour a décidé en 2015 à propos de l'avocat. La perplexité demeure donc, et nul doute que la doctrine devra déployer encore bien des efforts afin de tenter de concilier ces deux arrêts.

11. Il faut enfin dire quelques mots de la *réforme du droit de la preuve* issue de la loi du 13 avril 2019⁴⁷. Le nouveau livre 8 du Code civil, qui entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2020, change-t-il la donne ?

L'article 8.4 reprend dans ses deux premiers alinéas les principes posés par l'article 1315 de l'ancien Code civil. L'alinéa 4 précise que le doute profite au débiteur, en d'autres termes que, si une incertitude demeure, au terme du débat judiciaire, quant au respect du devoir d'information, ce doute profitera au médecin. Ceci paraît accréditer la thèse que la charge de la preuve pèse sur le patient, dans la mesure où il ne s'agit somme toute que de confirmer la règle classique selon laquelle l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve – ou une fois la preuve administrée – doivent être retenus au détriment de la partie qui a la charge de cette preuve et ne peuvent lui bénéficier⁴⁸.

L'article 8.4 apporte cependant un correctif en son dernier alinéa : « 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 ». Il pourra donc renverser la charge de la

⁴⁶ Voy. not. P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. Schamps (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruylant / L.G.D.J., 2008, p. 25, spéc. pp. 74-77.

⁴⁷ Voy. not. *La réforme du droit de la preuve*, D. Mougenot (dir.), Anthemis, collection CUP, 2019, vol. 193 ; Fl. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, pp. 637-657 ; Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in Fl. George, B. Havet et A. Pütz (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Anthemis, 2019, p. 179.

⁴⁸ Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, n° 159 ; 17 septembre 1999, *Pas.*, n° 467 ; 10 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, n° 410 ; voy. J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile. Quelques enseignements de la Cour de cassation », *La pli juridique*, 2019/1, n° 47 consacré au *Droit de la preuve*, p. 5.

preuve dans des circonstances exceptionnelles, lorsque l'application des règles de principe pourrait conduire à des solutions déraisonnables⁴⁹.

Il est naturellement encore trop tôt pour apprécier si cette disposition novatrice – qui n'est pas exempte de critiques, dans lesquelles nous ne pouvons entrer ici – pourrait s'avérer utile en droit médical ou si, trop floue, elle génère surtout un risque d'arbitraire et d'insécurité. En tout état de cause, s'agissant d'une *ultima ratio*, il n'apparaît pas que l'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil puisse constituer une base juridique idéale en vue de transférer sur les épaules du médecin la charge de la preuve du respect de son devoir d'information⁵⁰. Il reste qu'au vu du principe de collaboration à l'administration de la preuve, formellement consacré par l'article 8.4, alinéa 3, le juge pourrait inviter le médecin à rendre compte des démarches qu'il a accomplies à cette fin.

Il y a surtout que, puisqu'il s'agit, dans le chef du patient, d'apporter la preuve d'un fait négatif, à savoir ne pas avoir été – suffisamment et correctement – informé, l'article 8.6, alinéa 1^{er}, du nouveau Code sera d'application. Intitulé « preuve par vraisemblance », il dispose : « *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* ». Le professeur George prédit que, sur cette base et « dans la droite ligne de la jurisprudence actuelle, la preuve du non-respect de l'obligation d'information sera donc appréciée de manière plus souple par les cours et tribunaux dès le 1^{er} novembre 2020 »⁵¹. Cette nouvelle disposition probatoire, qui vise à rencontrer expressément les difficultés de rapporter la preuve d'un fait négatif, pourrait en effet s'avérer d'une grande importance en matière de responsabilité médicale (au-delà même de la question du respect du devoir d'information du médecin).

4. En guise de conclusion (provisoire)

12. Comme d'autres qui l'ont précédé, l'arrêt commenté « s'inscrit dans la tendance de notre Cour suprême (...) consistant à imprimer à l'ensemble des règles de la responsabilité civile un strict retour à l'orthodoxie »⁵². Il ne permet, à notre avis, plus le doute quant à la charge de la preuve en matière d'obligation d'information du médecin : elle pèse sur le patient. Cela étant, on observera que d'aucuns, soulignant que l'arrêt du 11 janvier 2019, de même que celui du 18 juin 2020, émanent de la section néerlandaise de la première chambre de la Cour, tandis que l'arrêt du 25 juin 2015 fut rendu par la section française de cette même chambre, y voient une divergence probable d'appréciation sur cette question au sein de la Cour⁵³... qu'une audience plénière devrait dès lors résoudre.

Par un arrêt du 18 décembre 2014⁵⁴, la Cour de justice de l'Union européenne a mis à la charge de l'institution de crédit la preuve de l'exécution de son obligation d'information, en se fondant sur des considérations d'effectivité de la protection du

⁴⁹ Voy. not., sur cette disposition, Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. Callewaert (dir.), *Responsabilités professionnelles*, Anthemis, collection CUP, 2020, vol. 196, pp. 87-92.

⁵⁰ Dans le même sens, V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Anthemis, collection CUP, 2019, vol. 193, p. 44.

⁵¹ Fl. GEORGE, *op. cit.*, p. 102.

⁵² G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, coll. Fac. dr. ULiège, 2^e éd., 2016, p. 216.

⁵³ Voy. not. P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 686, spéc. pp. 696-697.

⁵⁴ C.J.U.E. (4^e ch.), 18 décembre 2014, n° C-449/13, *CA Consumer Finance SA, Dr. banc. fin.*, 2015, p. 208, note R. STEENNOT.

consommateur, garantie au plan européen : elle a estimé que le professionnel est mieux à même que le consommateur d'organiser la conservation des preuves de l'accomplissement du devoir d'information. Le principe de la meilleure aptitude à la preuve est également invoqué en matière médicale⁵⁵. Ainsi, dans certaines hypothèses, un formulaire conservé par le médecin et signé par le patient pourra permettre, conjointement avec les indications figurant au dossier médical, au professionnel d'établir qu'il a correctement informé le malade⁵⁶. Une plus grande formalisation de l'obligation d'information pourrait contribuer à ce que chacune des parties soit mieux armée sur le plan probatoire, mais avec le risque de « bureaucratiser » la relation médicale, ce qui n'est certainement pas souhaitable.

Nous avons tendance à retenir à ce stade, comme critère d'appréciation, le caractère plus ou moins *précis et circonscrit* de l'information à prodiguer. L'obligation déontologique de l'avocat, lorsqu'il constate qu'un client est susceptible de bénéficier de l'aide juridique ou de l'assistance judiciaire, de l'en informer est assurément davantage ciblée, simple et dépourvue d'aléa que le devoir du médecin de faire part à son patient, pour l'essentiel – car c'est quasiment toujours là que le bât blesse –, des « risques inhérents à l'intervention et pertinents pour (lui) » (article 8, paragraphe 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient). Cela étant, il s'agit tout de même là d'une obligation d'information nettement plus « cadrée », ne fût-ce qu'au travers de sa description légale et de son inclusion impérative dans le contrat médical⁵⁷, qu'un (simple) « devoir de conseil » relevant du « devoir général de prudence », dont il était question dans l'arrêt du 11 janvier 2019⁵⁸.

Cela suffit-il pour en faire une obligation d'information « déterminée »⁵⁹ ? Il serait alors assez malaisé de comprendre pourquoi, aux yeux de la Cour de cassation, médecin et avocat ne sont pas logés à la même enseigne probatoire, alors qu'ils endossent le même type d'obligation. Faut-il plutôt en déduire qu'il y aurait, selon la Cour, *trois catégories* d'obligation d'information, celle pesant sur le médecin se rapprochant davantage du devoir général de prudence que d'un devoir « déterminé » ? L'avenir, et les autres analyses doctrinales que l'arrêt commenté ne manquera pas de susciter, nous le diront.

13. Pour le surplus, sans doute ne faut-il pas se masquer que, par-delà les analyses divergentes, les explications et tentatives de conciliation, et les arguments – le plus souvent pertinents – avancés à leur appui, nombre de juges et d'auteurs se positionnent probablement en considération d'objectifs plus ou moins avoués de *politique juridique*, lesquels renvoient à ce qui leur paraît *souhaitable* en termes de régulation sociale. Un double aspect, contrasté, est souvent mis en avant à cet

⁵⁵ G. GENICOT, *op. cit.*, p. 214.

⁵⁶ Avec les réserves d'usage : un formulaire standardisé n'est pas en soi suffisant. Nous ne pouvons approfondir ce point ici. Voy. récemment C. CORNELIS, « Het bewijs van *informed consent* door een toestemmingsformulier », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 48-53.

⁵⁷ Avec faculté de renonciation dans le chef du patient, qui peut refuser d'être informé (voy. G. GENICOT, *op. cit.*, pp. 207-210).

⁵⁸ L'information à fournir par l'infirmier, en cause dans l'affaire tranchée par cet arrêt, relève en effet du devoir général de prudence, et non des obligations d'information déterminées inscrites dans les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (comp. E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », *R.G.D.C.*, 2019, p. 565 ; nous ne rejoignons pas notre collègue lorsqu'elle estime, d'une part, que le conseil qu'aurait ou n'aurait pas donné l'infirmier dans cette affaire – attendre le repositionnement d'une table d'examen afin d'en descendre – serait englobé dans l'information générale sur l'état de santé, visée à l'article 7, paragraphe 1^{er}, de ladite loi, et, d'autre part, que les dispositions légales précitées ne constitueraient pas une norme juridique spécifique, distincte du devoir général de prudence).

⁵⁹ Comp. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Anthemis, collection CUP, 2019, vol. 193, p. 42, qui réserve le qualificatif « déterminé » à l'obligation d'information qui est « parfaitement circonscrite ».

égard : d'une part, la meilleure aptitude à la preuve dans le chef du professionnel, et le souhait de ne pas laisser sans sanction la supposée violation d'un droit subjectif du patient (et par là, peut-être, le souci de « moraliser » les professions de santé ?) ; d'autre part, les effets pervers que serait susceptible d'entraîner un allègement excessif du fardeau probatoire pesant sur le client/patient mécontent, en termes de « litigiosité » et de légitime inquiétude induite au sein de la profession considérée. Au regard de la fonction sociale éminente du droit – en ce compris dans son versant contentieux –, une telle approche n'est assurément pas blâmable. Tout dépendra en somme du « niveau d'exigence du juge par rapport aux éléments de preuve présentés devant lui » : « même si le patient/client supporte la charge de la preuve, il suffit que le juge considère que la probabilité que le professionnel ne l'ait pas informé soit légèrement plus élevée que la probabilité inverse pour que le tribunal fasse droit à la demande d'indemnisation formée par le patient/client »⁶⁰.

L'arrêt rapporté signe-t-il la fin de ces discussions ? Probablement pas. Il reste, pour les praticiens du droit de la responsabilité médicale, à intégrer son enseignement qui, dépourvu d'ambiguïté, fait désormais figure de principe et est bien sûr de nature à rassurer les professionnels de la santé. Répétons-le donc : dans le cadre d'une action en responsabilité (quelle qu'elle soit), la charge de la preuve du fait générateur, du dommage et du lien causal entre les deux repose en règle, sauf dérogation légale ou contractuelle, sur la partie préjudiciée ; lorsque celle-ci allègue avoir subi un dommage en raison de ce qu'un médecin s'est abstenu de lui transmettre les informations énumérées dans l'article 8 de la loi relative aux droits du patient, elle ne doit pas uniquement établir que ce médecin aurait effectivement dû lui donner lesdites informations, mais également qu'il ne l'a pas fait.

Gilles GENICOT
Avocat à la Cour de cassation
Maître de conférences à l'ULiège

Denis PHILIPPE
Avocat aux barreaux de Bruxelles
et de Luxembourg
Professeur extraordinaire à l'UCLouvain
Professeur invité à l'Université de Paris Ouest

**Tribunal de police du Hainaut,
division de Charleroi (2^e chambre)**

21 septembre 2020

Infraction – Sécurité civile – Crise sanitaire du *coronavirus* – Principe de légalité – Habilitation donnée à l'Exécutif – Spécialité de l'habilitation – Sanctions pénales – Irrecevabilité des poursuites.

La limitation des libertés et droits les plus fondamentaux est soumise dans presque tous les cas à un principe de légalité et nécessite dès lors toujours une intervention spécifique du législateur. Même s'il peut être admis que ces limitations de droits fondamentaux, eu égard à leur nature, ne doivent pas être fixées de manière très précise par le législateur lui-même, elles doivent pouvoir reposer sur une délégation du législateur au Roi définie de manière suffisamment précise et suffisamment encadrée. Une simple délégation générale n'est donc pas suffisante ; des délégations expresses et spécifiques sont nécessaires.

⁶⁰ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 141-144, ici p. 143 ; dans le même sens, Fr. GLANSDORFF, obs. sous Cass., 11 janvier 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596, *in fine* : « tout devient question de probabilité, de *vraisemblance*, d'appréciation plus ou moins souple de la preuve négative imputée au patient, d'appréciation plus ou moins stricte de la preuve positive imputée au médecin ».