

3.2.c. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la cour estime pouvoir entériner l'avis de l'expert C., selon lequel « la relation entre l'accident survenu le 15 juin 1991 et la naissance prématurée de *Gilles* est hautement probable », les alternatives, bien que non complètement impossibles, n'apparaissant pas vraisemblables.

Il en résulte que les appelants rapportent à suffisance à tout le moins la preuve par vraisemblance, telle que requise par l'article 8.6 du Code civil, du lien causal querel­lé entre d'une part l'accident dont sont concurremment responsables *Irène* et *Antoine* et d'autre part l'accouchement prématuré et le handicap de *Gilles*.

Il y a en conséquence lieu de faire droit à la demande des appelants tendant à la condamnation *in solidum* des intimés S.A. A.B.B. Assurance, *Antoine* et S.C. P&V Assurances à les indemniser chacun de leur préjudice, limité à ce stade à la somme d'un euro provisionnel.

Il y a lieu de réserver à statuer sur le surplus, les parties devant mettre la cause en état sur le *quantum* du dommage sur la base des indications proposées par le deuxième collège d'experts dans le cadre de sa seconde conclusion.

Les dépens des deux instances ainsi que la question de la taxation de l'état d'honoraires du premier collège d'experts sont également réservés à ce stade.

Tous autres moyens invoqués par les parties sont, au vu des motifs qui précèdent, non pertinents.

Par ces motifs,

(...)

Reçoit l'appel et le dit fondé.

Dit pour droit que l'accident survenu le 15 juin 1991, dont il a été définitivement jugé qu'il est constitutif de faute au sens de l'article 1382 du Code civil [lire ancien Code civil] dans le chef des assurés de la S.A. K.B.C. Assurances et de la S.C. P&V Assurances, est en lien causal avec l'accouchement prématuré du 9 août 1991 et que le handicap de *Gilles* est en relation causale avec sa naissance prématurée.

Condamne *in solidum* les intimés K.B.C. Assurances, *Antoine* et S.C. P&V Assurances à payer à chacun des appelants *Pierre*, *Vanessa* et *Gilles* la somme d'un euro provisionnel.

Réserve à statuer sur le surplus et les dépens.

(...)

Siég. : Mmes **E. Dehant**, **B. Wauthy** et **M. A. Manka**.

Greffier : **M. M. Thomas**.

Plaid. : M^{es} **J. Mausen**, **D. Bouryal** (*loco J.-M. Geradin*), **B. Van Den Daele** et **L. Arens**.

J.L.M.B. 22/177

Observations

La rencontre du droit de la responsabilité (médicale) et du (nouveau) droit de la preuve

1. Contextualisation

Les deux décisions publiées traitent des liens étroits qu'entretiennent le droit de la responsabilité médicale et le droit de la preuve.

Dans la première décision, rendue par le tribunal de première instance de Liège, division de Liège, une patiente aux lourds antécédents médicaux reprochait principalement à son médecin chirurgien orthopédique, suite au placement d'une prothèse de genou, d'avoir manqué à son obligation d'information. L'absence d'information relative au type de prothèse et aux matériaux composant celle-ci, alors que la patiente

présentait une allergie au nickel, était, d'après cette dernière, en lien causal avec le dommage subi. Un manquement au respect des règles de l'art était également invoqué à l'encontre du chirurgien.

Dans la seconde affaire, une femme enceinte, qui occupait le siège passager avant d'un véhicule, avait été victime d'un accident de la circulation, avant d'être hospitalisée d'urgence le surlendemain et d'accoucher d'un enfant prématuré. Ce dernier avait par la suite présenté un grave handicap. La question du lien de causalité entre l'accident et l'accouchement prématuré demeurait sujette à discussion. Au premier degré, la patiente fut déboutée dès lors qu'elle ne rapportait pas à suffisance la preuve d'un lien causal. Elle décide de relever ensuite appel du jugement rendu.

Les deux décisions commentées rappellent avec clarté les principes relatifs au droit de la preuve tels qu'ils furent insérés dans le livre 8 du Code civil, lequel est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020¹.

La présente note, à la lumière de ces deux décisions, entend revenir sur ces principes cardinaux.

2. L'objet et la charge de la preuve

Au rang des dispositions générales du nouveau livre 8, on retrouve les questions d'objet et de charge de la preuve. Il convient en effet de déterminer, dans le cadre d'un litige, ce qu'il faut prouver et, surtout, qui doit le prouver².

D'un côté, le nouvel article 8.3, alinéa 1^{er}, précise, s'agissant de l'objet de la preuve, que « *hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés* ».

Dans les décisions publiées, l'objet de la preuve portait sur des faits et résidait tantôt dans la fourniture d'une information, tantôt dans le lien de causalité entre l'accident et le dommage.

De l'autre, l'article 8.4, en ses alinéas 1^{er} et 2, inséré dans la section relative à la charge de la preuve, prévoit que « *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* ».

En pratique, au cours du procès, chacune des parties fait valoir ses arguments, car « il est plus habile d'empêcher une conviction de se former que de renverser une conviction qui a déjà pris corps »³. La question de la charge de la preuve ne présente dès lors un intérêt qu'en cas de doute persistant⁴. Le juge écartera les pièces non probantes et fera peser le risque de perdre le procès sur la partie qui avait la charge de la preuve.

C'est ce qu'on appelle plus couramment la théorie du risque de la preuve. Cette théorie, déjà admise en jurisprudence et en doctrine⁵, est, avec la réforme, ancrée à

¹ Article 75 de la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

² Voy., sur les questions à se poser en droit de la preuve, V. DE WULF, « Les modes de preuve : entre tradition et modernité », in *La réforme du droit de la preuve*, D. Mougenot (dir.), coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 102.

³ D. MOUGENOT, « La preuve », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 109.

⁴ M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 829 ; Fl. GEORGE, E. VANS-TECHELMAN, *La preuve*, Guide juridique de l'entreprise, Liège, Kluwer, 2021, p. 66.

⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 14. Voyez également Fl. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve – Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 641 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Liège, Anthemis, 2019, p. 240 ; V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in *La réforme du droit de la preuve*, précité, p. 26. Sur la théorie des risques, voyez également M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 815-849.

l'alinéa 4 de l'article 8.4. Ce dernier dispose qu'« en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ».

La détermination de la charge de la preuve se pose avec plus d'acuité dans la première affaire⁶.

Elle met en effet plus particulièrement en lumière la question de la charge de la preuve du (non)-respect de l'obligation d'information.

Pour rappel, cette obligation d'information trouve sa source en droit médical dans la loi du 22 août 2002⁷ relative aux droits du patient qui consacre, en son article 7, le droit du patient d'obtenir « toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable »⁸. 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 »⁹.

La charge de la preuve de cette obligation d'information a longtemps divisé doctrine¹⁰ et jurisprudence.

La Cour de cassation a fait montre d'hésitations, en affirmant que la charge de la preuve de l'obligation d'information pesait tantôt sur les épaules du débiteur¹¹, tantôt sur celles du créancier¹².

Par la suite, deux arrêts du 16 décembre 2004¹³ ont, temporairement du moins, mis fin aux incertitudes. À l'occasion de ces arrêts, la Cour de cassation décide, d'une

⁶ Dans la seconde affaire, nul ne contestait le fait que la preuve des trois conditions de la responsabilité civile extracontractuelle et, en l'espèce, du lien de causalité pesait sur le demandeur en responsabilité.

⁷ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, *err. M.B.*, 20 décembre 2002. Voy. not., sur cette loi, H. NYS, « De toepassing van de Wet op de rechten van de patiënt », *D.C.C.R.*, 2008, pp. 3-26. Pour l'évolution antérieure à l'adoption de la loi, voy. E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 29 et s. D'une manière générale, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2016, pp. 139-152 (La loi relative aux droits du patient) et pp. 153-229 (L'information et le consentement).

⁸ On parle de « gezondheids(toestands)informatie » (E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 7, n° 6).

⁹ On parle de « toestemmingsinformatie ». L'information dont doit bénéficier le patient pour consentir à l'acte médical ne se limite toutefois pas aux informations précisées à l'article 8, raison pour laquelle, pour éviter toute confusion, on utilise les termes « toestemmingsinformatie *sensu stricto* » et « toestemmingsinformatie *sensu lato* » (E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », précité, p. 7, n° 6).

¹⁰ R.-O. DALCO, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 12488 ; 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, p. 529 ; Fr. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », *in Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 267-293 ; Fr. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219 ; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwaren ? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1665 ; 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.*, 2015, p. 722 ; M.-A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin : un revirement de jurisprudence », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15374 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, p. 147 ; Fr. GLANSDORFF, « La charge de la preuve de l'(in)exécution de l'obligation de conseil et d'information », obs. sous Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 408 ; Fr. GLANSDORFF, note sous Cass., 11 janvier 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n°15596 ; G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », note sous Cass., 18 juin 2020, *cette revue*, 2020, pp. 1678-1692.

¹¹ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 662 ; Cass., 10 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1962.

¹² Cass., 14 décembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494. Voy. aussi, dans le même sens, Cass., 18 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1212 ; Cass., 23 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 890.

¹³ Cass., 16 décembre 2004, R.G. n° C.03.0273.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298. Voy. également, 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, pp. 525 et s. ; S. PANIS, « De resultaatverbitenis van de arts bij sterilisatie : de impliciete wil van de partijen », note sous Cass., 15 janvier 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, pp. 232-237 ; G. GENICOT, « Obligation de moyen ou de résultat en matière de stérilisation : une occasion manquée de clarification ? », obs. sous Cass., 15 janvier 2010, *cette revue*, 2010, pp. 731-734.

part, qu'« un patient qui invoque que le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information doit en fournir la preuve »¹⁴ 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 », 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 »¹⁵. Cette jurisprudence qui fait reposer la charge de la preuve sur le créancier de l'obligation d'information a ensuite été majoritairement suivie par les juridictions de fond¹⁶.

La relative harmonie au sein des juridictions belges n'a toutefois pas perduré très longtemps. L'arrêt du 25 juin 2015, rendu dans des circonstances tout à fait étrangères au droit médical, raviva le débat sur la charge de la preuve du devoir d'information du médecin. Pour la Cour, c'est à l'avocat [débitteur de l'obligation] « 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 pas été donnée »¹⁷.

Fort heureusement, les deux arrêts rendus respectivement les 11 janvier 2019¹⁸ et 18 juin 2020¹⁹ ont permis de restaurer une certaine paix judiciaire.

L'enseignement de la Cour est très clair : la preuve du non-respect de l'obligation d'information incombe au patient, en sa qualité de créancier de l'obligation d'information.

Même si l'arrêt du 11 janvier 2019 de la Cour de cassation, en raison de sa référence à la matière extracontractuelle²⁰, laissait ouverte la question de savoir si ces enseignements s'appliquaient également à la matière contractuelle, la question fut définitivement tranchée dans le second arrêt.

3. La collaboration des parties à l'administration de la preuve

Le troisième alinéa de l'article 8.4 du Code, selon lequel « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve », constitue une innovation de la réforme.

¹⁴ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, R.G. n° C.03.0407.N, *Pas.*, 2004, p. 616, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. Nys, *cette revue*, 2006, p. 1168, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14161.

¹⁵ Cass., 16 décembre 2004, R.G. n° C.03.0273.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

¹⁶ Liège, 11 octobre 2007, *cette revue*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28 ; Anvers, 14 avril 2008, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 312 ; Liège, 16 octobre 2008, *Bull. Ass.*, 2010, p. 341 ; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654 ; Mons, 28 octobre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234, note T. VANSWEEVELT, *cette revue*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT ; Civ. Turnhout, div. Turnhout, 19 janvier 2015, *Bull. Ass.*, p. 89.

¹⁷ Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note Fr. GLANSORFF, *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. MOUGENOT, *R.D.C.*, 2016, p. 653. Voy., sur cet arrêt et l'évolution de la jurisprudence, 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 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel : procession d'Echternach ou clarification définitive ? », *R.D.C.*, 2016, pp. 655-661.

¹⁸ Cass., 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 724, note R. JAFFERALI, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15 596, concl. R. Mortier, note Fr. GLANSORFF, *R.W.*, 2019-2020, p. 263 note S. GUILIAMS, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 314, concl. R. Mortier, note C. LEMMENS. La Cour décide que « Uit deze bepalingen volgt dat bij een vordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid de bewijslast van de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide in de regel op de benadeelde rust. Wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan ».

¹⁹ Cass., 18 juin 2020, *cette revue*, 2020, p. 1677 avec la note de G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », pp. 1678-1692.

²⁰ Voy. Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in *Responsabilités professionnelles*, V. Callewaert (coord.), coll. CUP, vol. 196, Liège, Anthemis, 2020, pp. 47-103.

Il rappelle cette obligation de collaboration qui pèse sur les parties, et confère une valeur légale à ce principe reconnu par la Cour de cassation comme un principe général de droit²¹.

La réforme offre ainsi l'opportunité de sanctionner de manière redoutable le refus fautif de collaborer. Elle permet au juge, dans cette hypothèse, de *renverser la charge de la preuve* (article 8.4, alinéa 5), et ce pour autant que les conditions strictes d'application de cette disposition soient réunies²².

Auparavant, le non-respect de cette obligation était parfois sanctionné par la jurisprudence sous la forme d'un partage des dépens²³. D'autres sanctions telles l'amende civile ou la tenue d'une mesure expertise sous astreinte avaient également été envisagées²⁴. Rien n'excluait encore, dans le chef du juge, de tirer parti de l'article 972bis du Code judiciaire²⁵ et de tenir compte d'un refus de collaboration au titre de présomption pour fonder sa conviction²⁶.

Malgré sa place à l'alinéa 3 de l'article 8.4, le principe constitue un *préalable* à l'application des alinéas 1^{er} et 2. Comme le précise G. De Leval, « avant que n'opère la charge de la preuve, prend place, pesant sur chacun, le devoir de collaboration à l'administration de la preuve ou encore de coopération à la manifestation de la vérité »²⁷.

La portée de cette obligation qui pèse sur les parties au litige, bien qu'ancrée dans un texte, demeure délicate à circonscrire.

Dans la première décision, le tribunal énonce que « ce devoir de collaboration loyale à l'administration de la preuve empêche le défendeur de refuser d'exposer sa version des faits ou d'adopter une attitude purement passive dans le déroulement du procès ».

Il n'est cependant pas exclu de lui donner une portée beaucoup plus large.

Comme le relève W. Vandenbussche, « Le législateur laisse toutefois d'importantes questions sans réponse, notamment en ce qui concerne la portée exacte qu'il convient de donner à cette obligation de collaboration à l'administration de la preuve *sensu*

²¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 13 ; Cass., 25 septembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1424 ; Cass., 4 juin 2015, R.G. n° C.14.0479.F, *cette revue*, 2017, p. 296, *Pas.*, 2015, p. 1442, concl. A. HENKES.

²² Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, pp. 14-15.

²³ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Liège, Anthemis, 2019, p. 227.

²⁴ V. RONNEAU, *ibid.*

²⁵ Article 972bis : « Paragraphe 1^{er}. Les parties sont tenues de collaborer à l'expertise. À défaut, le juge peut en tirer toute conséquence qu'il jugera appropriée.

Au moins huit jours avant la réunion d'installation et, à défaut, au début des travaux, les parties remettent à l'expert un dossier inventorié rassemblant tous les documents pertinents.

Paragraphe 2. La convocation en vue de travaux ultérieurs se fait conformément à l'article 972, paragraphe 1^{er}, dernier alinéa, sauf si l'expert a été autorisé par les parties et les conseils à recourir à un autre mode de convocation.

Si toutes les parties ou leurs conseils demandent un report, l'expert est tenu d'y consentir. Dans tous les autres cas, il peut refuser ou consentir le report et il notifie sa décision au juge par lettre missive.

L'expert dresse un rapport des réunions qu'il organise. Il en envoie une copie au juge, aux parties et aux conseils par lettre missive, et, le cas échéant, aux parties qui ont fait défaut, par lettre recommandée ».

²⁶ V. RONNEAU « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », précité, p. 227 et les références doctrinales citées.

²⁷ G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, G. De Leval (dir.), coll. CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 32-33 ; D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, G. De Leval (dir.), Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 476-478 ; J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile – Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Le Pli Juridique*, 2019, n° 47, p. 6.

lato. Ainsi, l'on ne sait toujours pas s'il faut en déduire que la partie qui ne supporte pas la charge de la preuve peut être amenée, dans tous les cas, à présenter des preuves concrètes à l'appui des affirmations de la partie adverse. L'on peut également s'interroger sur la question de savoir s'il existe une obligation de produire des éléments de preuve défavorables, lorsque l'autre partie n'en a pas connaissance mais que le déroulement des débats permet d'en pressentir l'existence »²⁸.

4. Le renversement de la charge de la preuve

L'article 8.4, alinéa 5, du nouveau Code civil constitue l'une des nouveautés²⁹ introduite par la loi du 13 avril 2019³⁰. Cette dernière est inspirée du droit néerlandais et de la jurisprudence autrichienne³¹.

L'objectif est d'introduire une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »³².

Conformément à l'article 8.4, alinéa 5, « 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 ».

La faculté offerte au juge de renverser la charge de la preuve est assujettie à des conditions particulièrement strictes.

Outre l'obligation de motivation spéciale imposée au magistrat, trois critères, destinés à baliser ses pouvoirs, doivent en effet être cumulativement remplis³³.

Premièrement, le juge doit d'abord « explorer toutes les possibilités de la collaboration des parties à l'administration de la preuve »³⁴. C'est un réel « *ultimum remedium* »³⁵. Le renversement de la charge de la preuve n'est pas envisageable lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal. Lorsque le juge a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif, conformément à l'article 871 du Code judiciaire, il ne lui est évidemment pas permis de faire usage de ce cinquième alinéa³⁶.

Deuxièmement, le juge ne peut faire usage de cette règle qu'en présence de « circonstances exceptionnelles ».

²⁸ W. VANDENBUSSCHE, « L'obligation de collaborer à l'administration de la preuve : précisions sur la portée d'un principe particulier », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 251-280.

²⁹ Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/005, p. 35.

³⁰ *M.B.*, 14 mai 2019.

³¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

³² *Ibid.*

³³ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in *La réforme du droit de la preuve*, D. Mougenot (dir.), coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 26.

³⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

Troisièmement, cette faculté ne pourra être mise en œuvre que « lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable »³⁷.

Cette faculté offerte au juge d'inverser la charge de la preuve « s'exerce donc uniquement dans l'hypothèse où l'application des règles de base mènerait à une situation d'injustice flagrante », la volonté du législateur étant de conférer « une portée stricte, voire restrictive au texte »³⁸. L'application de cette faculté doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »³⁹.

Dans la première décision, la patiente sollicitait le bénéfice de ce renversement de la charge de la preuve. Cette demande s'est rapidement heurtée au non-respect de la condition de subsidiarité.

Comme nous l'indiquons dans une précédente contribution⁴⁰, le recours à l'article 8.4, alinéa 5, en matière d'obligation d'information du médecin est délicat.

« La faculté offerte au juge de renverser la charge de la preuve reste, en effet, un remède subsidiaire. Il ne peut y être recouru "lorsque le juge à la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire"⁴¹. Partant, avant d'arbitrer la charge de la preuve, le juge doit vérifier que les principes de collaboration à l'administration de la preuve sont inopérants. Il nous semble également qu'il importe pour le juge de vérifier si le litige ne peut être appréhendé sous l'angle du degré de preuve. À notre estime, il nous paraît préférable de privilégier l'article 8.6 du nouveau Code civil⁴². Ce dernier permet au juge de se contenter d'une preuve par vraisemblance et d'être plus souple dans l'appréciation de la preuve »⁴³.

C'est dès lors à juste titre, à notre estime, que le tribunal a considéré que les conditions d'application de l'article 8.4, alinéa 5, n'étaient pas rencontrées en l'espèce.

5. Le degré de preuve

Ces dernières considérations soulignent l'importance de se poser la question de savoir jusqu'à quel point il faut prouver les prétentions que l'on allègue. Cette question renvoie au « degré de preuve » requis.

En principe, selon l'article 8.5 du Code civil, « *hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude* ».

Le niveau de preuve attendu ne doit cependant pas conduire à une « certitude à 100 pour cent »⁴⁴, mais à « une conviction qui exclut tout doute raisonnable »⁴⁵.

³⁷ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », *op. cit.*, p. 27.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, p. 241, qui cite P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1907, p. 196.

⁴⁰ Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in *Responsabilités professionnelles*, V. Callewaert (dir.), coll. CUP, vol. 196, Liège, Anthemis, 2020, p. 92.

⁴¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

⁴² Voy. en ce sens W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, pp. 332, spéc. p. 345 ; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 577 et s., spéc. pp. 747 à 752.

⁴³ Fl. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in *Responsabilités professionnelles*, précité, p. 92 ; Projet de loi portant insertion du Livre 8 "La preuve" dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

⁴⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

⁴⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

Un tempérament est cependant introduit à l'article 8.6 du Code civil lorsqu'il s'agit de prouver des faits négatifs ou certains faits positifs.

D'une part, l'article 8.6 consacre la jurisprudence classique de la Cour de cassation⁴⁶ et de la Cour de justice de l'Union européenne⁴⁷ selon laquelle « le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif »⁴⁸. Dans un arrêt du 26 novembre 2010, la Cour de cassation a précisé qu'il ne suffit pas que le fait négatif soit simplement plausible. Il faut qu'il soit « vraisemblable », ce qui est plus exigeant que « plausible »⁴⁹. Le nouveau Code civil est totalement en phase avec cet enseignement.

D'autre part, les faits positifs qui ne peuvent matériellement pas être prouvés d'une manière certaine, ou dont la preuve certaine est tellement difficile qu'on ne peut raisonnablement l'exiger d'une partie, sont également visés par l'exception et bénéficient de cet allègement probatoire⁵⁰.

La portée de ce tempérament demeure cependant encore ambiguë. La frontière entre le principe (certitude judiciaire) et son tempérament (preuve par vraisemblance) n'est guère facile à appréhender.

L'exposé des motifs parle d'un pourcentage de 75 pour cent, c'est-à-dire « qu'il existe des éléments sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables »⁵¹.

On notera que le rapport fait au nom de la Commission de la justice admet la preuve par vraisemblance dans l'hypothèse où « un consommateur affirme qu'un professionnel, tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les ren-

⁴⁶ Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558 ; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2022 ; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », t. IV, *Rép. not.*, livre 2, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 101 et s., n° 23.

⁴⁷ C.J.U.E., 21 juin 2017, *N.W. e.a. c. Sanofi Pasteur M.S.D. S.N.C. e.a.*, C-621/15 : « À cet égard, il est, certes, exact qu'un régime probatoire national tel que celui faisant l'objet de la première question est de nature à faciliter la tâche de la victime lorsqu'elle est appelée à apporter les preuves requises pour lui permettre d'engager la responsabilité du producteur. En effet, il ressort in substance des énonciations que comporte la décision de renvoi qu'un tel régime n'exige pas de la victime qu'elle produise, en toutes circonstances, des preuves certaines et irréfutables de l'existence du défaut du produit et de celle du lien causal entre ce dernier et le dommage encouru, mais qu'il autorise le juge, le cas échéant, à conclure qu'une telle existence est avérée en se fondant sur un faisceau d'indices dont la gravité, la précision et la concordance lui permettent de considérer, avec un degré suffisamment élevé de probabilité, qu'une telle conclusion correspond à la réalité » (paragraphe 28).

« Ainsi, d'une part, il incombe aux juridictions nationales de veiller à ce que les indices produits soient effectivement suffisamment graves, précis et concordants pour autoriser la conclusion selon laquelle l'existence d'un défaut du produit apparaît, nonobstant les éléments produits et arguments présentés en défense par le producteur, comme étant l'explication la plus plausible de la survenance du dommage de sorte que de tels défaut et lien de causalité peuvent raisonnablement être considérés avérés » (paragraphe 37).

« D'autre part, il importe que ces mêmes juridictions fassent en sorte que demeure in affecté le principe selon lequel c'est à la victime qu'il incombe de démontrer, par tous les moyens de preuves généralement admis par le droit national, et, comme en l'occurrence, notamment par la production d'indices graves, précis et concordants, l'existence d'un défaut du vaccin et d'un lien de causalité. Cela requiert que le juge veille à préserver sa propre liberté d'appréciation quant au point de savoir si une telle preuve a ou non été apportée à suffisance de droit, jusqu'au moment où, ayant pris connaissance de l'ensemble des éléments produits par les deux parties et des arguments échangés par celles-ci, il se considère en mesure, au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas dont il est saisi, de former sa conviction définitive à cet égard » (paragraphe 38).

⁴⁸ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

⁴⁹ Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022.

⁵⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 16.

⁵¹ *Ibid.*, p. 17.

seignements nécessaires, alors que le professionnel prétend quant à lui avoir transmis l'information oralement »⁵².

Il en résulte que c'est particulièrement sur ce point que le droit de la responsabilité médicale et le nouveau droit de la preuve sont susceptibles de se rencontrer.

Dans la première affaire, le tribunal considère toutefois que le manquement au devoir d'information n'est pas établi. Il indique qu'« il n'aperçoit pas pourquoi il devrait privilégier les déclarations unilatérales d'une partie à la cause [la patiente], plutôt que les constatations et l'avis objectif de l'expert judiciaire ».

Quant au respect des règles de l'art, le tribunal fait siennes les conclusions de l'expert et estime qu'aucun manquement auxdites règles n'est établi.

Dans la seconde affaire, la preuve du lien de causalité entre l'accident litigieux et l'accouchement prématuré et le handicap posait problème. La cour d'appel s'appuie sur la règle nouvelle admettant que, pour certains faits positifs, il n'est parfois, en raison de la nature même du fait à prouver, pas possible ou raisonnable d'exiger une preuve certaine. Pour la cour, « compte tenu de la difficulté qu'il y a à identifier précisément le ou les éléments qui sont à l'origine de l'accouchement prématuré, il est impossible pour les appelants de prouver avec certitude le lien causal entre l'accident et la prématurité de sorte que, conformément à l'article 8.6 du Code civil, une preuve par vraisemblance est suffisante ».

La cour va par exemple rejeter les arguments tenant aux prédispositions de la victime (tabagisme, précédente grossesse à risque). Elle estime de surcroît que ni la banalité de l'accident, ni l'absence de prise en charge psychologique ne permettent de conclure à une absence de stress généré par l'accident. Comme l'indique la cour, « il n'est contesté par aucun des médecins conseils intervenus dans le cadre de ce dossier que le stress est un facteur de risque d'accouchement prématuré ».

Pour la cour, le lien de causalité est établi à suffisance non seulement par l'avis de l'expert mais aussi par la lecture du certificat médical et le rapport subséquent.

Elle conclut qu'« au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la cour estime pouvoir entériner l'avis de l'expert C. selon lequel "la relation entre l'accident (...) et la naissance prématurée (...) est hautement probable", les alternatives, bien que non complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables ». La preuve par vraisemblance est dès lors rapportée. On voit donc que, dans cette affaire – qui ne relève pas *stricto sensu* de la responsabilité médicale, mais qui s'en rapproche –, l'assouplissement désormais inscrit dans l'article 8.6 du Code civil est opportunément venu au secours de la plaignante.

6. L'admissibilité des modes de preuve ainsi que leur valeur ou force probantes

D'autres questions, non abordées de front par les décisions publiées, méritent que l'on s'y attarde.

Il s'agit tout d'abord de l'admissibilité des modes de preuve, qui répond à la question : « comment » faut-il prouver ?

Le Code civil, en son article 8.1, 13°, définit en effet l'admissibilité d'une preuve comme « la conformité de la preuve avec les règles du présent livre, qui précisent à quelles conditions un mode de preuve peut constituer la preuve d'un fait contesté ».

⁵² Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. G. Calomne et Mme Ö. Özen, Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/005, p. 36.

L'article 8.8 du code dispose ensuite que, « *hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tous modes de preuve* ». Avec la réforme, le législateur décide d'ériger en principe le système de la preuve libre.

Ce principe de la preuve libre est la règle pour les faits matériels et les faits juridiques⁵³. Pour les actes juridiques, la règle est cependant directement tempérée par l'article 8.9⁵⁴ qui requiert un écrit⁵⁵ pour les actes juridiques qui portent sur un montant supérieur à 3.500 euros.

Dans les deux affaires, s'agissant de la preuve de faits, l'ensemble des modes de preuve était bien sûr admis.

Restait encore au juge à en apprécier la valeur probante, répondant à la question : « Que vaut cette preuve ? »

La valeur probante d'une preuve est son aptitude à emporter la conviction du juge⁵⁶, ce qui n'est pas forcément le cas de tout élément de preuve recevable. C'est donc son caractère convaincant, la crédibilité, la confiance, le crédit que le juge peut lui accorder en conscience⁵⁷. En vertu de l'article 8.1, 14°, du Code civil, la valeur probante est « *la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge* ». Cette valeur probante ne peut se confondre avec le concept de « force probante ».

La force probante est la force accordée par la loi à un élément de preuve ou « l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties »⁵⁸. La notion renvoie à une certaine hiérarchie des modes de preuve. L'article 8.1, 15°, du Code civil définit la force probante en ces termes : « *la mesure dans laquelle un mode de preuve fait preuve selon la loi et dans laquelle le juge et les parties sont liés par ce mode de preuve* ».

Comme l'indiquent les travaux préparatoires : « Force probante et valeur probante sont inversement liées. Lorsqu'un mode de preuve a force probante (preuve littérale, aveu, serment...), le juge est tenu par la preuve offerte. La question de la valeur probante ne se pose pas, car le juge ne peut discuter du caractère convaincant du moyen de preuve : il doit l'accepter tel quel, sauf preuve contraire apportée par les voies autorisées. Lorsqu'un mode de preuve n'a pas de force probante (témoignages, présomptions, copies...), le juge récupère son pouvoir d'appréciation et

⁵³ Les faits juridiques peuvent être prouvés par toutes voies de droit ou modes de preuve : D. MOUGENOT, « Les obligations », t. IV, *Rép. not.*, livre 2, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 131, n° 39 ; P. LECOCQ et E. JADOU, « La preuve en droit civil : rappel des principes et actualités jurisprudentielles », in *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, p. 10 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, pp. 119 et s. ; Chr. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », in *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 49.

⁵⁴ Voyez Chr. BIQUET-MATHIEU, L. DAUMEN et M. ENGLEBERT, « Le formalisme probatoire », *op. cit.*, p. 49.

⁵⁵ Cette disposition est le fruit de discussions nourries au sein de la commission sur la finalité de la preuve légale. Dans ce cadre, il a été rappelé que les règles de preuve visent, non pas à protéger la partie faible, mais à « sécuriser la transaction juridique, en obligeant les parties à se ménager une preuve efficace qui sera admise par le juge en cas de litige. L'efficacité de la preuve écrite résulte de sa stabilité dans le temps. De plus, la preuve écrite permet d'établir le consentement des parties contractantes, puisqu'elle comporte leur signature. Dès lors, le maintien de la preuve légale se justifie d'autant plus que cette finalité est toujours d'actualité aujourd'hui » (Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. G. Calomme et Mme Ö. Özen, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/005, p. 31).

⁵⁶ Fr. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 35 ; R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, p. 197 ; D. MOUGENOT, « Les obligations », t. IV, *Rép. not.*, livre 2, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 75, n° 14-2 ; E. ROGER FRANCE et E. DE GROOTE, « La valeur probante des signatures électroniques – Réseaux fermés, réseaux ouverts et opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds », *R.D.C.*, 2002, p. 198.

⁵⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 10 ; Fr. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *loc. cit.*

⁵⁸ D. MOUGENOT, *loc. cit.*

peut évaluer la valeur probante du mode de preuve »⁵⁹. Si les éléments de preuve s'avèrent sérieux et crédibles, le juge peut parfaitement déclarer le fait établi⁶⁰.

Tandis que le juge va refuser de conférer, dans la première affaire, une valeur probante aux éléments apportés par la patiente, la conviction de la cour d'appel de Liège sur l'existence du lien de causalité est acquise dans la seconde décision. En cela se manifeste le pouvoir d'appréciation souverain du magistrat, qu'il faut tâcher de parvenir à convaincre...

7. Conclusion

L'examen de ces deux décisions démontre à suffisance l'articulation à opérer entre les nouvelles dispositions du livre 8 du Code civil.

L'attention des plaideurs doit être attirée sur la *subsidiarité* de l'article 8.4, alinéa 5 (renversement exceptionnel de la charge de la preuve), sous peine de faire s'écrouler le château de cartes édifié par le législateur. Il ne s'agit en rien d'une panacée.

La preuve par vraisemblance doit être privilégiée dans les hypothèses prévues à l'article 8.6. Elle est susceptible, en pratique, de devenir d'une grande utilité, tout particulièrement, pensons-nous, dans les litiges de responsabilité médicale. Il s'agit en effet très souvent, pour le patient plaignant, de devoir établir soit un fait négatif – singulièrement, la non fourniture de l'information qui lui était légalement due –, soit un fait positif « dont, par la nature même du fait à prouver, il [ne serait] pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine », pour reprendre les termes – délibérément vagues et dont la mise en application est soumise aux plaideurs et aux juges – du législateur. Songeons tout simplement aux délicates questions tenant au lien causal entre le fait générateur supposé et le dommage subi, mais aussi, sur le plan de la faute reprochée elle-même, aux nombreuses circonstances de pur fait qui émaillent une prise en charge taxée de déficiente et qui ne sont pas toujours, loin s'en faut, systématiquement documentées dans le dossier du patient⁶¹.

Le rôle du principe de collaboration des parties à la bonne administration de la preuve ne doit pas non plus être sous-estimé, d'autant que sa portée reste incertaine. Il pourrait bien connaître, dans les prochaines années, un véritable essor. Sur cette base, revigorée par les nouveaux textes, il serait par exemple envisageable d'obtenir d'une institution de soins ou d'un praticien que, bien que la charge de la preuve ne leur incombe pas, ils fassent toute la lumière sur les complications survenues et la manière dont elles furent gérées.

Florence GEORGE
Chargée de cours à l'UNamur
Avocate au barreau de Liège-Huy

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

⁵⁹ D. MOUGENOT, *ibid.*

⁶⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3349/001, p. 11.

⁶¹ Sur ce point, on se permet de renvoyer à G. GENICOT, « Le dossier médical : l'indispensable auxiliaire du patient mécontent », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, I. Lutte (dir.), 3^e éd., Limal, Anthemis, 2021, pp. 219-271.