

# La sanction d'une méconnaissance du droit du patient à l'information et au consentement éclairé

## Introduction

**1. Consentement éclairé et information médicale.** La notion de consentement éclairé (*informed consent*) occupe une place absolument centrale dans la réflexion juridique et éthique portant sur l'activité (bio)médicale, sous ses aspects non seulement curatifs, mais aussi diagnostiques, de recherche et d'accompagnement de malades chroniques ou en fin de vie. Progressivement mis au premier plan, et désormais fermement arrimé à cette place, ce paradigme témoigne d'un indéniable progrès humaniste et contribue à (ré)équilibrer une relation de soins qui est par nature asymétrique, en raison de l'indéniable pouvoir de fait que confèrent aux soignants tant leurs connaissances que la vulnérabilité du malade qui s'en remet à eux, à leur compétence, à leurs conseils et à leur savoir-faire. Dans ce contexte, l'exigence d'un consentement parfaitement éclairé vise rien moins que la préservation de l'autonomie décisionnelle de la personne quant à son corps, sa santé et parfois sa vie elle-même.

Pour reprendre les termes d'un arrêt de principe de la Cour de cassation, il est aujourd'hui pleinement acquis – en droit, sinon toujours en fait... – (1) que le médecin qui accomplit sans le consentement libre et éclairé du patient un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique de celui-ci commet un acte illicite, (2) que l'obligation qui s'impose à lui de recueillir ce consentement, *qui suppose qu'il donne au patient une information suffisante*, est étrangère au contrat qui lie les parties, (3) que le consentement libre et éclairé du patient est de nature à justifier un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif ou préventif d'ordre thérapeutique, et (4) « que l'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention »<sup>1</sup>.

Le consentement du patient est ainsi – il est à peine besoin de le rappeler – la principale condition de licéité de toute intervention médicale, ce qui s'explique non pas tant par le schéma contractuel dans lequel celle-ci s'inscrit le plus souvent, ni d'ailleurs parce que le législateur l'a formellement imposé au travers de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, mais par l'exigence fondamentale de protection de son intégrité physique. Or, ce consentement n'a de sens et de portée effective que *s'il est précédé d'une information complète* – ou, plus précisément, conforme aux souhaits du patient, car celui-ci peut accepter de consentir sans être informé en détail, pourvu que cela procède d'un choix conscient de sa part. L'information n'est, en ce sens, pas une exigence « abstraite et désincarnée », mais *finalisée* en considération du consentement valable et exprès qu'elle vise

à rendre pleinement possible. Elle est donc l'indispensable corollaire du consentement, valeur cardinale au cœur de la relation de soins et pilier de sa légitimité<sup>2</sup>. Ces principes sont affirmés avec force et constance, sur le plan tant normatif que jurisprudentiel, et les présentations doctrinales ne manquent pas<sup>3</sup>.

La place manque pour exposer ici le *contenu* de l'information qui doit être fournie au patient et les *modalités* selon lesquelles elle doit l'être ; nous renvoyons sur ce point aux études citées. On signalera toutefois, sur ce dernier plan, que,

- 2 Qu'il nous soit permis de renvoyer à G. GENICOT, *Droit médical et bio-médical*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Fac. dr. ULiège, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 153-229, pour une présentation de l'information et du consentement en droit (bio)médical belge (le droit fondamental au consentement éclairé ; l'absence de consentement ; la portée du consentement ; l'information du patient : principes et modalités ; le contenu de l'information ; les exceptions à l'obligation d'information ; la preuve du défaut d'information et de consentement ; et – ce qui sera plus spécifiquement abordé dans les lignes qui suivent – le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information). Voy. aussi, depuis, l'impressionnante thèse de doctorat de E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, coll. Gezondheidsrecht, Anvers, Intersentia, 2019 (et, du même auteur, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, pp. 4-29), ainsi que Th. VANSWEEVELT et S. TACK, « Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming », in *Handboek Gezondheidsrecht*, coll. Gezondheidsrecht, Anvers, Intersentia, 2014, vol. II, pp. 331-428.
- 3 Voy. la bibliographie citée dans notre ouvrage précité, pp. 153-156, et l'étude très complète de F. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. CALLEWAERT (dir.), *Responsabilités professionnelles*, coll. CUP, vol. 196, Liège, Anthemis, 2020, pp. 47-103. Ajoutons, en doctrine belge (raisonnablement) récente : V. CALLEWAERT, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge », in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Recueil des travaux du GRERCA, Bruxelles, Bruylant-UCL, 2015, pp. 101-121 ; J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in E. THIRY (dir.), *Actualités de droit médical*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51-97 ; 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*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2008, pp. 25-82 ; I. REUSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient : plaidoyer pour un dialogue thérapeutique », *Consilio*, 2016, pp. 97-121 ; G. SCHAMPS, « L'autonomie de la personne en matière médicale : du début à la fin de la vie », in *Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 543-573 ; R. D'HAESE, « Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De *informed consent*-vereiste als raakpunt », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 430-457 ; E. DELBEKE, « De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, pp. 355-369 ; W. DIJKHOFFZ, « Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, pp. 104-124 ; T. GOFFIN, « Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem », *R.W.*, 2007-2008, pp. 1306-1317 ; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 3<sup>e</sup> éd., APR, Story-Scientia, 2016, pp. 116-137 ; H. NYS, « De informatieplichten van de arts jegens de patiënt en de bewijsrisicoverdeling », in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Alois Van Oevelen*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 449-463 ; V. VANDERHULST, « De therapeutische exceptie en het recht van de patiënt op informatie, met bijzondere aandacht voor de zorg rond het levenseinde », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, pp. 326-351.

<sup>1</sup> Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, n° 705, avec les concl. de M. le procureur général DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *J.T.*, 2002, p. 261, note C. TROUET, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494, *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. de M. le procureur général DU JARDIN et note C. TROUET, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note J.-L. FAGNART, ainsi que R.O. DALCO, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488.

dans un récent arrêt du 6 septembre 2021, la Cour de cassation rappelle que les hôpitaux sont eux-mêmes tenus de fournir aux patients, d'initiative et en amont de l'intervention des médecins pratiquant en leur sein, en vue de recueillir leur consentement, des informations sur le statut (conventionné ou non) du médecin concerné et sur les conséquences financières de son intervention, sans qu'une démarche spécifique puisse être exigée de la part du patient pour accéder à ces informations. La Cour en déduit que *la remise d'une brochure ou le renvoi du patient au site internet de l'hôpital ne suffisent pas* : le juge qui, sur la seule base d'une brochure renvoyant le patient à un bureau d'information ou au site internet de l'institution afin d'obtenir des renseignements sur le statut du médecin qu'il s'apprête à consulter et sur le volet financier du traitement à entreprendre, considère que l'hôpital a respecté l'obligation légale prévue à l'article 8, § 2, de la loi relative aux droits des patients et, partant, condamne le patient à payer les frais supplémentaires litigieux, ne justifie pas légalement sa décision<sup>4</sup>. On peut raisonnablement penser que ceci est également de nature à s'appliquer aux autres aspects de l'information médicale.

Nous nous concentrerons, dans les lignes qui suivent, sur la *preuve* de la méconnaissance de ce devoir essentiel (I), puis sur le *préjudice spécifique* qui se trouve en lien causal avec celle-ci (II).

## I. La (charge de la) preuve d'un manquement au devoir d'information du médecin : clarification et perspectives

**2. Charge de la preuve : un arrêt de principe.** S'agissant d'un manquement à l'obligation d'information, la répartition de la charge de la preuve ne fait désormais plus aucun doute : par un arrêt du 18 juin 2020, qui présente tous les atours d'un arrêt de principe, la Cour de cassation a décidé que, lorsqu'un patient prétend avoir subi un dommage parce que son médecin ne lui a pas fourni les informations prescrites par l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, qui lui auraient permis de consentir librement à l'intervention, *il doit non seulement prouver que le médecin avait le devoir de lui fournir ces informations, mais aussi qu'il ne l'a pas fait*. La Cour en déduit que le juge, qui décide qu'il appartient *au médecin* de prouver de manière précise qu'il avait informé préalablement le patient de l'éventualité de la complication spécifique qui s'est produite, que les déclarations du médecin lui-même n'ont aucune valeur

probante et que le rapport de consultation et le rapport de la salle d'opération ne permettent pas de présumer qu'il en a bien informé son patient, et qui en déduit qu'à défaut de preuve contraire, il faut considérer que le médecin a méconnu son obligation d'information, ne justifie pas légalement sa décision<sup>5</sup>.

Il ressort de cet arrêt – qui généralise une solution qu'un arrêt du 11 janvier 2019 laissait pressentir<sup>6</sup>, tout en s'inscrivant dans un paysage jurisprudentiel et doctrinal touffu – que la charge de la preuve en matière d'obligation d'information du médecin<sup>7</sup> repose bel et bien sur le patient. Son enseignement, dépourvu d'ambiguïté et qui s'applique à toute action en responsabilité, quelle qu'elle soit, fait désormais figure de principe (et est bien sûr de nature à « rassurer » les professionnels de la santé) : 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*, et il n'en va pas autrement 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. Celui-ci ne doit alors pas uniquement établir que ce médecin *aurait effectivement dû lui donner lesdites informations* – ce qui ressort en réalité le plus souvent de la loi elle-même, confrontée aux données de fait de chaque espèce, au regard desquelles la consistance exacte de ce devoir devra être cernée –, *mais également qu'il ne l'a pas fait*. Il n'en résulte pas que tout soit définitivement dit sur ces questions, ainsi à nouveau éclair-

<sup>4</sup> Cass., 6 septembre 2021, R.G. n° C.20.0383.N, *J.J.P.*, 2021, p. 590, note S. TACK, *R.W.*, 2021-2022, p. 1069, note M. DE POTTER DE TEN BROECK. Rappelons qu'en application de l'article 30, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, chaque hôpital est tenu de respecter, dans les limites de ses capacités légales, les dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient pour ce qui concerne les aspects médicaux, infirmiers et d'autres pratiques professionnelles de soins dans ses relations juridiques avec le patient, ainsi que de veiller à ce que les praticiens professionnels qui n'y travaillent pas sur la base d'un contrat de travail ou d'une nomination statutaire respectent les droits du patient. Voy., sur ce point, I. REUSENS, « L'hôpital garant du respect des droits du patient : la responsabilité centrale de l'hôpital – Une réalité méconnue ? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 3<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2021, p. 273.

<sup>5</sup> Cass., 18 juin 2020, R.G. n° C.19.0343.N, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1677, note G. GENICOT et D. PHILIPPE, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 126, note C. LEMMENS, *Consilio*, 2021, p. 84, note T. COPPÉE.

<sup>6</sup> Cass., 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 724, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 314, note C. LEMMENS, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596, obs. F. GLANSDORFF, *R.G.D.C.*, 2019, p. 557, note E. VERJANS, *R.W.*, 2019-2020, p. 263, note S. GUILIAMS.

<sup>7</sup> On sait qu'il n'en va pas de même pour l'avocat (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 F. 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). La conciliation de ces décisions – et de quelques autres – n'est pas forcément chose aisée, et a fait couler beaucoup d'encre : voy. not. (avant l'arrêt du 18 juin 2020) 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, p. 713 ; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », note précitée, *R.C.J.B.*, 2018, p. 115 ; 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*, Limal, Anthemis, 2016, p. 7 ; 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. 513 ; E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidnorm », *R.G.D.C.*, 2019, p. 558 ; P. VAN RENTERGHEM, « La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information », *R.D.C.*, 2019, p. 686.

rées, et l'exercice a du reste déjà été entrepris<sup>8</sup>. La solution n'allait en effet pas de soi : la jurisprudence française est, sur ce point, depuis longtemps fixée en sens contraire<sup>9</sup>, et tel est également le cas au Grand-Duché de Luxembourg où, « en cas de contestation, la preuve de l'information fournie et celle du consentement du patient incombent au prestataire de soins de santé sous la responsabilité duquel les soins ont été dispensés ou proposés »<sup>10</sup>.

On sait qu'influencées par l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015 imposant à l'avocat 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, plusieurs juridictions ont, ces dernières années, fait peser sur le médecin et/ou l'hôpital la charge d'établir qu'il a satisfait à l'obligation d'information qui lui incombe<sup>11</sup>. La jurisprudence des juridictions de fond n'était pas unanime, d'autres décisions maintenant que la charge de la preuve du manquement du médecin à son obligation d'information incombe au patient, aucune portée générale ne pouvant être conférée à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015 et aucun effet rétroactif ne pouvant, en outre,

être accordé audit arrêt, le caractère constitutif de la jurisprudence l'en empêchant<sup>12</sup>.

**3. Expertise et début de preuve.** À tous égards donc, qu'il s'agisse d'un déficit d'information et de l'absence de recueil du consentement éclairé, ou de n'importe quelle faute « technique » dans le cadre du suivi médical et de la prise en charge thérapeutique, la charge de la preuve repose *sur les épaules du patient plaignant/demandeur*. Une expertise judiciaire sera bien entendu souvent nécessaire, et il importe à cet égard de garder à l'esprit que le juge pourra refuser la demande d'expertise s'il constate que le demandeur ne délivre, d'emblée, aucun élément établissant une suspicion de faute causale : s'il n'y a, au départ, aucun indice vraisemblable de faute, il ne se justifie pas de faire droit à une demande d'expertise, laquelle n'est fondée *que si elle s'appuie sur un* « début de preuve » d'une faute et d'une relation causale entre cette faute et le dommage, l'expert pouvant « être chargé de vérifier les allégations d'une partie, mais non de rechercher, de manière générale, s'il existe une faute »<sup>13</sup>. Ajoutons que la question de savoir si le médecin a respecté son devoir d'information est une question *juridique*, qu'il appartient au juge de trancher ; à cet égard, il fut pertinemment observé qu'« il n'est nul besoin des compétences spécialisées d'un expert pour recueillir les arguments des deux parties sur ce point, ce qui ne ferait qu'alourdir la mission d'expertise », laquelle ne portera dès lors pas, *in casu*, sur le fait de savoir si le médecin s'est conformé à son obligation d'informer sa patiente<sup>14</sup>.

La jurisprudence est désormais constante en ce sens : le demandeur doit démontrer que l'expertise judiciaire présente une utilité concernant le litige ; pour qu'elle soit mise en place, il doit à tout le moins démontrer que l'existence d'une faute et d'un dommage consécutif est *vraisemblable*. Cette charge de la preuve repose sur les épaules de la partie demanderesse, qui devra, pour obtenir une expertise avant dire droit, rapporter la preuve des éléments conférant à ses prétentions une crédibilité minimale et une vraisemblance suffisante. On ne saurait en revanche exiger que le demandeur démontre d'emblée *l'évidence* de ses prétentions, à peine de méconnaître le principe même de l'utilité d'une expertise<sup>15</sup>. En somme, « la possibilité pour le juge d'ordonner une expertise ne libère pas le demandeur de toute charge de la preuve. La partie demanderesse doit produire un commencement de preuve de la vraisemblance des faits sur lesquels elle fonde sa demande. [...] Le juge examinera si les éléments ainsi invoqués apparaissent, en l'absence de preuve contraire immédiatement fournie, vraisemblables et pertinents et [si] leur preuve par la mesure d'expertise demandée est raisonnablement possible. Partant, le juge peut refuser d'ordonner une expertise lorsque le demandeur ne fonde sa demande

8 Voy. G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *J.L.M.B.*, 2020, n° 36, p. 1678 ; C. LEMMENS, « Retourner de jurisprudence : le patient supporte la charge de la preuve lors des débats sur le consentement éclairé », *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 127 (qui approuve pleinement la solution et indique également qu'elle a valeur de principe clôturant la discussion) ; T. COPPÉE, « Obligation d'information du médecin et charge de la preuve : le calme après la tempête ? », *Consilio*, 2021, p. 86.

9 « Le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation » : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 25 février 1997, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 338, note J.-L. FAGNART, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.858 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2015, t. 1, n° 17, obs. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts du droit de la santé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, n° 6-7, obs. C. BERGOIGNAN-ESPER et P. SARGOS ; F. VIALLA (dir.), *Les grandes décisions du droit médical*, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 150-160, obs. M. REYNIER. La solution, à peu près unanimement approuvée en doctrine, fut ensuite consacrée par la loi (art. L. 1111-2, § 4, al. 2, du Code de la santé publique : « En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen »).

10 G. VOGEL, E. RUDLOFF, Z. FABER et A. WEYLAND, *Droit médical et hospitalier luxembourgeois. Recueil de jurisprudence commentée*, Windhof, Larcier Luxembourg, 2021, p. 181, qui précisent à cet égard que « la tenue régulière du dossier (vaut) présomption simple des éléments y consignés ou versés ».

11 G. GENICOT et D. PHILIPPE, « La preuve du respect de l'obligation d'information en matière de responsabilité médicale : un terme à la controverse ? », *op. cit.*, pp. 1682-1684, n° 6. C'était singulièrement le cas au tribunal de première instance francophone de Bruxelles, du moins dans certaines chambres (*cf.* p. ex. Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *Consilio*, 2016, p. 97, note I. REUSENS, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note G. GENICOT, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370, et l'article de C. LEMMENS dans le même numéro, « 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 », p. 352 ; Civ. Bruxelles, 19 décembre 2016, *Consilio*, 2017, p. 188 ; Civ. Bruxelles, 3 février 2020, *Consilio*, 2020, p. 78 ; Civ. Bruxelles, 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 112, note G. GENICOT). Voy. également Anvers, 21 novembre 2016, deux arrêts, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 32 et 36, note C. LEMMENS. On peut penser qu'avec l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2020, cette jurisprudence, aussi pertinente fût-elle, a vécu.

12 *Cf.* p. ex. Civ. Flandre-Occidentale (div. Bruges), 7 juin 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 54, note (critique) C. CORNÉLIS.

13 Voy. not., en ce sens que le recours à l'expertise ne peut suppléer un défaut de début de preuve de l'existence d'une faute, Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734 ; Civ. Liège, 5 avril 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 808.

14 Civ. Liège (div. Verviers), 13 octobre 2020, *R.G.A.R.*, 2021, n° 15.745.

15 Civ. Bruxelles, 5 juillet 2019, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.667 ; dans le même sens, Civ. Bruxelles, 24 février 2016, *J.T.*, 2017, p. 665 ; Civ. Bruxelles, 28 avril 2017, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.584 ; Mons, 14 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15.019, et l'étude de A. TIMMERMANS, « De aanstelling van een geneesheerdeskundige: waar eindigt het begin van bewijs? », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 255.

d'expertise sur aucun élément rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de sa demande, ou lorsqu'il n'existe pas de raison appropriée d'ordonner la mesure. [...] En matière de responsabilité, un commencement de preuve de la faute de la partie adverse et, plus généralement, des indications raisonnables que sa responsabilité peut être engagée doivent être présentés. [...] En matière de responsabilité médicale, il a été décidé qu'il suffit que le demandeur produise un ou plusieurs rapports médicaux révélant l'existence d'indices suffisamment sérieux d'éventuels manquements aux règles de l'art de guérir dans le chef du praticien dont la responsabilité est recherchée »<sup>16</sup>. En revanche, si, en vertu de l'article 962, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, le juge peut refuser d'ordonner une expertise lorsque le demandeur ne fonde sa demande d'expertise sur aucun élément rendant vraisemblables les faits avancés à l'appui de sa demande, il ne peut cependant refuser toute expertise ou mesure d'instruction alternative en présence de pareil élément, sous peine de méconnaître le droit du demandeur d'apporter la preuve des faits qu'il allègue, ainsi que la Cour de cassation l'a récemment confirmé<sup>17</sup>.

**4. Modes de preuve. Importance du dossier médical.** Le patient/plaignant devra donc rassembler des éléments (pré-) probatoires, étant rappelé que, bien entendu, la preuve d'une faute pourra naturellement être délivrée par toutes voies de droit, notamment par des certificats ou rapports unilatéraux. Le recours aux témoignages est plus rare, mais le mécanisme des présomptions est, pour sa part, fréquemment sollicité. Les éléments connus, au départ desquels on recherchera le fait inconnu – qu'il s'agisse d'une décision médicale prise tardivement ou à la légère, d'une faute « technique » ou de ce qui fut, ou ne fut pas, dit au patient en amont –, seront souvent – mais pas uniquement<sup>18</sup> – issus du dossier médical et/ou hospitalier<sup>19</sup>. Il faut d'emblée prendre garde à ce que celui-ci sera parfois une « arme à double tranchant » : s'il est peu contributif, on n'en déduira pas forcément une lacune dans la prise en charge thérapeutique. On pourrait tout aussi bien conclure que la simple circonstance que les rapports médicaux figurant au dossier soient plutôt sommaires n'invite pas forcément à conclure que le médecin concerné a commis une faute dans le cadre du suivi du patient, et que l'absence d'autres mentions que les éléments habituels relatifs à un examen s'explique justement par le fait que le médecin n'a, pour le surplus, rien remarqué de particulier qui eût mérité

d'être mentionné au dossier ou qui eût justifié de plus amples investigations. Une telle déduction est, sur le plan de la logique du raisonnement – et au regard de la notion légale de présomption –, parfaitement admissible : elle consiste en une application de ce que l'on désigne en anglais par la formule, parlante, *if you didn't write it down, it didn't happen*<sup>20</sup>. Tout sera bien sûr – comme si souvent – fonction des circonstances de fait de chaque espèce, mais il est correct de partir du principe que ce qui figure dans le dossier du patient est présumé, jusqu'à preuve du contraire et selon le critère du cours normal des choses, être fidèle à la réalité, de sorte que c'est à celui qui souhaite contester le contenu du dossier du patient d'en apporter la preuve. Ainsi que l'observe le professeur Vansweevelt, « inversement, s'applique en principe également la règle que ce qui aurait dû normalement être repris dans le dossier du patient, mais qui ne l'est pas, ne s'est en réalité pas produit. Celui qui s'écarte du cours normal des choses en ne reprenant pas dans le dossier du patient certains éléments qui devraient y figurer, doit fournir une explication plausible de la raison pour laquelle il a [été] dérogé à la règle. Celui qui affirme que des faits qui ne figurent pas dans le dossier du patient, alors que tel devrait être le cas, se sont effectivement produits, en supporte la charge de la preuve »<sup>21</sup>.

**5. Perte d'une chance de prouver ?** L'importance probatoire souvent décisive du dossier médical – et/ou hospitalier<sup>22</sup> – a pu récemment conduire, à la lumière de quelques décisions de jurisprudence, en particulier françaises, à un questionnement innovant : *quid* si ce dossier est indigent ou, pire, introuvable ? La perte d'une chance de prouver (que c'est une faute du praticien qui est à l'origine du préjudice corporel subi) et, partant, d'obtenir la réparation de ce préjudice, lorsque le médecin a perdu ou détruit le dossier médical, est parfois retenue. Si pareil raisonnement est, en pure logique, admissible, il ne faut pas masquer qu'il est délicat, tant il se rapproche de l'admission d'une présomption de faute, ce qui

16 H. BOULARBAH, M. PHILIPPET et M. STASSIN, « État actuel de la procédure civile d'expertise », in G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, coll. CUR, vol. 175, Liège, Anthémis, 2017, pp. 64-65, n° 16.

17 Cass., 18 mars 2021, R.G. n° C.19.0383.F ; 15 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1370, *J.L.M.B.*, 2013, p. 342. Comp. Cass., 11 septembre 2020, R.G. n° C.19.0448.N, qui admet (aussi) que le juge refuse d'ordonner une expertise « *wanneer er geen dienstige reden bestaat om die maatregel te bevelen* ». Voy., sur ce point, J. OOSTERBOSCH et G. GENICOT, « Droit de la preuve et droit à la preuve en matière civile. Quelques enseignements de la Cour de cassation », *Pli jur.*, 2019/1, n° 47, consacré au *Droit de la preuve*, p. 5.

18 La captation d'enregistrements audio ou vidéo – par le patient, mais aussi par le médecin – a récemment retenu l'attention : E. DELBEKE, « Het maken en gebruik van beeld- en geluidsopnames door zorgverlener en patiënt. Een toetsing aan het regelgevend kader voor gegevensbescherming », *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 294.

19 Voy. G. GENICOT, « Le dossier médical : l'indispensable auxiliaire du patient mécontent », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 219.

20 Pour un exemple, voy. Civ. Anvers (div. Anvers), 6 novembre 2020, *Bull. Ass.*, 2021, p. 425.

21 Th. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », in Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, vol. II, pp. 578-579, n° 1162 (traduction libre). L'auteur cite un arrêt de la cour d'appel du Québec, *Bérubé c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis* du 1<sup>er</sup> avril 2003, selon lequel « l'on doit d'abord se fier aux notes du dossier médical et [...], sauf explications plausibles et claires, on doit tenir [de] ce qui n'a pas été noté n'a en principe pas été fait ». Par exemple, si une infirmière soutient que la tension artérielle d'un patient n'a pas été notée dans le dossier parce qu'elle était normale, le juge sera plutôt enclin à estimer qu'elle n'a, en fait, pas été mesurée.

22 Il faut, sur ce point et sans pouvoir ici approfondir, souligner l'importance en la matière de la récente loi du 22 avril 2019 relative à la qualité de la pratique des soins de santé (M.B., 14 mai 2019), dont l'entrée en vigueur, initialement prévue au 1<sup>er</sup> juillet 2021, fut reportée au 1<sup>er</sup> juillet 2022 (par une loi du 27 juin 2021), puis ramenée, pour l'essentiel de ses dispositions, au 1<sup>er</sup> janvier 2022 (par un arrêté royal du 12 décembre 2021). Cette loi prévoit, en résumé, des exigences de qualité visant à garantir la sécurité des prestations fournies par les professionnels des soins de santé (compétence et aptitude, encadrement, caractérisation du patient, continuité et permanence des soins). Elle complète en cela la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et offre au juge un instrument supplémentaire pour évaluer les actes des professionnels des soins de santé. Ses articles 33 à 35 sont relatifs au dossier du patient et ses articles 36 à 40 portent sur l'accès (partagé) aux données de santé. Pour une présentation complète, voy. Th. VANSWEEVELT et al., *De Kwaliteitswet*, coll. Gezondheidsrecht, Anvers, Intersentia, 2020.

ne se conçoit pas<sup>23</sup>. Il se trouve au cœur d'un *arrêt remarqué de la Cour de cassation de France du 26 septembre 2018* qui admet que la perte ou la disparition du dossier médical a pour conséquence que la clinique est tenue d'indemniser la perte, dans le chef du patient, d'une chance de prouver qu'une faute médicale lors de sa prise en charge est à l'origine de son dommage corporel<sup>24</sup>. Il nous paraîtrait excessif que l'incapacité dans laquelle se trouverait le médecin ou l'hôpital de produire le dossier du patient conduise comme telle à une *présomption de faute (technique)* dans leur chef. Il est davantage admissible qu'une telle circonstance fonde « un doute raisonnable qui jouera à l'avantage du patient », par exemple, lorsque certaines circonstances permettent déjà d'accréditer sa version selon laquelle des négligences ont été commises : le défendeur n'est en effet alors plus en mesure de réfuter cette version en s'appuyant sur des rapports ou documents établis *in tempore non suspecto*<sup>25</sup>.

**6. Incidence de la réforme du droit de la preuve.** Ce « glissement » ou déplacement de la charge de la preuve est désormais à apprécier au regard de l'article 8.4 du (nouveau) Code civil, intitulé « Règles déterminant la charge de la preuve », qui est ici particulièrement important. Après avoir repris, dans ses deux premiers alinéas, les règles posées jusqu'ici par l'article 1315 de l'ancien Code civil, il donne, en son alinéa 3, force de loi au principe suivant lequel « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve », et ensuite à la règle jurisprudentielle constante voulant que 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 bénéficier<sup>26</sup> : « 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 ». En d'autres termes, si, au terme du débat judiciaire, une incertitude demeure, ce doute profitera ici au médecin, puisque la charge de la preuve pèse sur le patient.

L'impact que pourrait avoir à l'avenir l'article 8.4, alinéa 5, sur certains litiges de responsabilité médicale retient l'atten-

tion<sup>27</sup>. Pour rappel, cette disposition, novatrice, prévoit que « 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 ». À bien y regarder, cet impact sera vraisemblablement (fort) mince. Il ressort en effet des travaux préparatoires de la réforme non seulement que « la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve », mais encore et surtout qu'« il n'y a pas lieu à renverser la charge de la preuve 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, parce que, dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution »<sup>28</sup>. Le renversement (ou du moins l'aménagement) de la charge de la preuve apparaît donc clairement comme « une disposition subsidiaire qui ne peut être utilisée qu'en dernier recours » (*ultimum remedium*), et « on peut évidemment se demander si l'application cumulative [des] critères (requis) n'aboutira pas à réduire l'usage de cette faculté à peau de chagrin »<sup>29</sup>. Il reste que, dans certains cas, soigneusement circonscrits, cette nouvelle latitude du juge pourrait s'avérer utile. Elle devrait vraisemblablement conduire à un infléchissement de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, fixée en ce sens que l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve ne peut avoir pour conséquence de renverser la charge de la preuve<sup>30</sup>.

**7. Degré de preuve : assouplissement.** La réforme du droit de la preuve comporte une autre règle d'une grande importance, inscrite dans l'article 8.6 intitulé « Preuve par vrai-

23 Voy., à titre d'illustration, mais dans un contexte bien particulier, Bruxelles, 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.354, et comp., s'y refusant, Civ. Flandre-Orientale (div. Gand), 22 février 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 264, note C. LEMMENS.

24 Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 26 septembre 2018, *D.*, 2018, p. 2161, obs. M. BACACHE, *R.T.D. civ.*, 2019, p. 119, obs. P. JOURDAIN, *Resp. civ. et ass.*, décembre 2018, comm. n° 306, note L. BLOCH (arrêt disponible sur [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/arrets\\_publics\\_2986/premiere\\_chambre\\_civile\\_3169/2018\\_8490/septembre\\_8937/865\\_26\\_40304.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/premiere_chambre_civile_3169/2018_8490/septembre_8937/865_26_40304.html)).

25 R. HEYLEN, « Het medisch dossier en de Wet Patiëntenrechten: vele verduidelijkingen, maar toch enkele nieuwe problemen », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 94, ici, p. 100 ; E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt, op. cit.*, pp. 907-909, n° 775, qui défend en tout cas la position selon laquelle le juge est en droit de déduire, de l'absence de production du dossier, une *présomption d'absence d'information* déduite de son défaut de collaboration loyale à l'administration de la preuve.

26 Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, n° 159 ; 17 septembre 1999, *Pas.*, n° 467 ; 10 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 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 », *op. cit.*, p. 5.

27 Voy. F. GEORGE, « La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information », in V. CALLEWAERT (dir.), *Responsabilités professionnelles*, coll. CUP, vol. 196, Liège, Anthemis, 2020, p. 47, ici, pp. 87-92 ; du même auteur, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019, p. 637, ici, pp. 641-642, n° 15-18 ; 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*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 15, ici, pp. 26-34 ; J.-P. BUYLE et T. METZGER, « La réforme de la charge de la preuve », in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 215 ; C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, p. 490.

28 Exposé des motifs du projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14 ; « 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 » (*ibid.*, p. 15), il ne peut recourir à la faculté subsidiaire de renverser la charge de la preuve (F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve... », *op. cit.*, p. 642, n° 18).

29 F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve... », *op. cit.*, p. 641, n° 16. Les travaux préparatoires confirment que « le juge pourra appliquer ce texte lorsque la collaboration à l'administration de la preuve est inopérante, parce que la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait, que la disparition de cette preuve soit ou non imputable à une faute de sa part » (exposé des motifs, *loc. cit.* ; mise en évidence ajoutée). Est également visé le « refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve ».

30 Cass., 4 juin 2015, *Pas.*, p. 1442, avec les concl. de M. le procureur général HENKES, alors Premier avocat général.

semblance » : « sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve, celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine »<sup>31</sup>. C'est alors sous l'angle du *degré de preuve* que le juge pourra être amené à devoir vérifier si le litige ne peut être appréhendé : « lorsque la preuve porte sur un fait négatif (par exemple, la preuve du devoir d'information du professionnel de la santé), l'application des articles 8.5 et 8.6 doit primer »<sup>32</sup>. Ce « tempérament » a vocation à s'appliquer aux hypothèses de responsabilité médicale, nombreuses, qui relèvent de la preuve d'un fait négatif. C'est du reste sous l'angle de l'allègement du degré de preuve des faits négatifs que la Commission de la Justice a, dans le cadre des travaux préparatoires de la réforme, évoqué l'obligation d'information, à titre d'exemple d'un fait négatif difficile à prouver : « Par exemple, un consommateur affirme qu'un professionnel, tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires, alors que le professionnel prétend, quant à lui, avoir transmis l'information oralement. Pour des faits négatifs de ce genre, il est impossible d'apporter la preuve d'"un degré raisonnable de certitude" »<sup>33</sup>.

**8. Retour à la perte d'une chance de prouver.** Devenue courante, cette expression fait de plus en plus florès : elle est brandie par le demandeur en responsabilité lorsque le défendeur (ou un tiers) commet une faute qui entraîne la disparition des pièces probantes qui auraient (peut-être) permis d'établir la responsabilité<sup>34</sup>. S'agissant, comme toute perte de chance, d'un type particulier de *dommage* qui doit se trouver en lien causal certain avec une faute – le recours à la théorie de la perte de chance ne saurait permettre de pallier une incertitude causale<sup>35</sup> –, il est indispensable que la dispa-

rition des pièces probantes en question, qui constitue le fait générateur de ce dommage particulier, puisse être qualifiée de *fautive*, en d'autres termes ne soit pas fortuite. Et le préjudice sera adéquatement qualifié de perte de chance, dans la mesure où, en l'absence de l'élément disparu ou perdu, il est impossible de présumer dans un sens ou dans l'autre : on ne peut, en toute logique, que conclure qu'« on ne sait pas », mais que, si cet élément avait été présent, on aurait eu la *possibilité* – plus ou moins élevée selon les circonstances – de savoir, et d'en déduire une preuve. La jurisprudence en offre quelques illustrations, au prix, le cas échéant, d'une action distincte exercée par la victime à l'encontre d'un *autre défendeur*, à savoir celui qui lui aura fait perdre un élément de preuve (procès dans le procès, ou plutôt après le procès)<sup>36</sup>. La perte de chance de prouver doit évidemment être *définitive*, ce qui sera le cas, soit si le délai d'intentement de l'action est dépassé, soit si le moyen de preuve doit être tenu pour irrémédiablement égaré ou disparu<sup>37</sup>. Et la réparation ne sera alors, bien entendu, que partielle<sup>38</sup>.

Soulignons, pour conclure sur ce point, que, pour déduire de l'absence d'indications dans le dossier du patient que certaines mesures de précaution n'ont pas été prises – par exemple, dans le cadre d'une anesthésie –, il est vraisemblable que le juge exigera, soit qu'il soit établi que les données manquantes *devaient* normalement figurer au dossier, soit que l'absence de certains documents ait au moins potentiellement une incidence sur le litige, par exemple, en raison de ce que ces documents eussent été de nature à orienter

31 Sur cette disposition, spécialement en tant qu'elle s'applique au lien de causalité, et pour une confrontation avec l'indemnisation de la perte d'une chance, voy. C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, p. 490, ici, pp. 496-505.

32 F. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve... », *op. cit.*, p. 642, n° 18 ; V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (dir.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 221, ici, pp. 243-244, n° 23, et pp. 249-250, n° 32.

33 Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. CALOMNE et Mme ÖZEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

34 A. CATALDO et A. PÜTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », in C. DELFORGE (dir.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 39 ; des mêmes auteurs, « La perte d'une chance... de prouver », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, p. 145 ; T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *R.G.D.C.*, 2019, p. 404 ; C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, pp. 493-494, n° 9.

35 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Fac. dr. ULiège, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 565 et s. ; comp. la présentation, qui, sur ce point, nous paraît inexacte, de A. CATALDO et A. PÜTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, pp. 41-42. La jurisprudence récente de la Cour de cassation confirme que « la perte d'une chance est un dommage spéci-

fique qui consiste en la perte certaine d'un avantage probable », ce dont il se déduit que « celui qui perd un avantage certain ne peut réclamer la réparation du dommage distinct que constitue la perte d'une chance » (Cass., 28 janvier 2021, R.G. n° C.18.0341.F, *J.T.*, 2021, p. 461, note F. GLANSDORFF ; 22 juin 2017, *Pas.*, n° 412, avec les concl. conformes de M. l'avocat général WERQUIN ; 6 décembre 2013, *Pas.*, n° 662 ; enseignement réitéré dans Cass., 5 novembre 2021, R.G. n° C.20.0343.F, à propos d'un cancer diagnostiqué tardivement : perte de chances de survie, préjudice *ex haerede* des proches pour la période comprise entre le fait dommageable et le décès de la victime). Sur la perte de chance, voy. également S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins. Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, p. 191 ; L. VITALE, *La perte de chances en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J., 2020, t. 602 ; voy. également C. JOISTEN, « Causal uncertainty in personal injury law: Lessons from Belgium and England », *Rev. Dr. ULg*, 2020, pp. 255-286.

36 G. GENICOT, « Le dossier médical : l'indispensable auxiliaire du patient mécontent », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 219, spéc. pp. 249-266. Cf. p. ex. Civ. Bruxelles, 10 octobre 1996, *R.G.A.R.*, 1998, n° 13.014, et, sur une perte de chance de prouver... une perte de chance de survie, Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 224, note critique Q. DE RAEDT. Comp. A. CATALDO et A. PÜTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, pp. 48-49, qui raisonnent en termes de perte de chance de prouver le lien de causalité.

37 T. COPPÉE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *op. cit.*, p. 406, n° 10. Ce qui revient à constater la *certitude du dommage* (I. SAMOY et K. RONSJIN, « Verlies van een geringe kans: geen minimum waarschijnlijkheid vereist », *R.G.D.C.*, 2014, p. 125, ici, p. 126, n° 4).

38 Cass., 17 décembre 2009 (deux arrêts), *Pas.*, n° 757 et 760 ; 23 octobre 2015, *Pas.*, n° 623 ; 13 mai 2016, *Pas.*, n° 322 ; 23 septembre 2013, *Pas.*, n° 472, et 21 octobre 2013, *Pas.*, n° 537 (la valeur économique de la chance perdue, seule réparable, ne saurait constituer le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu ; le juge appelé à déterminer l'indemnité est tenu d'avoir égard au « degré de probabilité d'une heureuse issue »).

l'opinion de l'expert judiciaire. Il faut en d'autres termes, et très logiquement, qu'il existe un *lien causal* entre l'absence des pièces et l'impossibilité d'apporter la preuve de ses allégations dans le cadre d'une procédure en responsabilité : s'il advient que, même en présence d'un dossier complet, dans lequel figurerait le rapport ou le protocole dont on stigmatise l'absence, la responsabilité du praticien n'aurait *de toute façon pas été retenue*, aucune indemnisation ne pourra être allouée, faute de lien causal entre ce manquement et le dommage<sup>39</sup>.

## II. Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information

**9. Qu'aurait fait le patient correctement informé ? Une question qui n'a pas lieu d'être.** L'analyse classique, malheureusement encore largement majoritaire, consiste à imposer au patient, qui souhaite être indemnisé à la suite de la réalisation d'un risque non fautif au cours du traitement, de prouver – avec une extrême et exagérée précision, que l'on ne saurait pourtant attendre de lui – *l'incidence causale* du défaut d'information qu'il reproche au médecin sur le consentement qu'il a exprimé. Il s'agirait donc « de démontrer, avec suffisamment de crédibilité, que le défaut portait bien en l'espèce sur un élément essentiel à son consentement »<sup>40</sup>. En d'autres termes, même s'il apparaît que « l'information fournie par le médecin doit être considérée comme fautive car elle sous-évaluait les risques de l'examen, il appartient au patient de rapporter la preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage, c'est-à-dire [de] démontrer *qu'il aurait refusé l'intervention* si toute l'information significative lui avait été communiquée » (mise en évidence ajoutée)<sup>41</sup>. Voilà ce qu'en règle très générale, il est répondu au patient qui parvient à établir un manquement à l'obligation d'information : s'il ne prouve pas *qu'il aurait refusé l'intervention s'il avait été mieux informé*, toute indemnisation de ce chef lui sera refusée<sup>42</sup>. Cette réponse paraît s'abriter sous l'autorité de l'enseignement de la Cour de cassation selon lequel le patient, s'il établit que le médecin a commis une faute en procédant à une intervention sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé, doit encore, pour obtenir réparation d'un dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un *lien de causalité certain* entre cette faute et ce dommage ; la Cour rejette dès lors, comme manquant en droit, la thèse

selon laquelle « un médecin, qui manque à son obligation d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage »<sup>43</sup>. Sur le plan du lien causal, ceci est incontestable. *Mais qu'en est-il de la description du dommage lui-même*, dans l'hypothèse ici considérée ? Cette question demeure ouverte.

Il serait urgent d'abandonner ce raisonnement artificiel, consistant à se demander ce qu'un « patient raisonnable placé dans les mêmes circonstances » aurait décidé s'il avait été correctement et complètement informé, et à s'en tenir à cette interrogation pour, le plus souvent, sinon presque systématiquement, conclure qu'il aurait néanmoins accepté l'intervention, car celle-ci semblait inéluctable ou présentait en apparence une balance avantages/risques favorable<sup>44</sup>. Pareille recherche est rien moins que divinatoire (et inquisitoriale). Elle revient à modifier arbitrairement les données du litige, et à laisser sans aucune sanction la violation d'un droit subjectif dont l'existence est pourtant brandie comme un étendard. Cela fait longtemps que diverses voix très autorisées le soulignent, tant en France qu'en Belgique. Visionnaire, le professeur Dalcq écrivait, dès 1981, qu'« exiger que la victime apporte la preuve du fait qu'elle aurait refusé de consentir à l'intervention si son consentement avait été complètement éclairé et avant de connaître les risques qui se réaliseraient, est en réalité demander à la victime une preuve impossible. Au surplus, si l'on se place sur ce terrain, ce sont toujours les cours et tribunaux qui finiront par se substituer au malade lui-même, en présumant ce que ce malade aurait fait, si son consentement avait été librement éclairé. C'est là une recherche qui ne peut aboutir qu'à des solutions arbitraires »<sup>45</sup>. L'éminent spécialiste critiquait aussi, près de vingt ans plus tard, le recours à la perte d'une chance, pour la

39 En ce sens, Th. VANSWEEVELT, « Rechten met betrekking tot het patiëntendossier », in Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS (éd.), *Handboek Gezondheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, vol. II, pp. 581-582, n° 1168.

40 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*, op. cit., pp. 81-82.

41 Mons, 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.353, *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note Th. VANSWEEVELT.

42 Voy. not. Anvers, 13 mars 2002, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 245. La cour d'appel persiste dans cette voie, maintenant – regrettablement et erronément – que le patient n'aura droit à aucune indemnisation s'il n'établit pas de manière certaine que, sans la faute (information lacunaire, absente ou insuffisante), il aurait refusé l'intervention (Anvers, 21 novembre 2016, deux arrêts, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 32 et 36 ; ces arrêts refusent ainsi de qualifier « le préjudice réellement subi » autrement que comme les lésions corporelles effectivement constatées, alors qu'il s'agit, comme on va le voir, au minimum d'une perte de chance ou, mieux, d'un préjudice autonome d'impréparation).

43 Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 1112, avec les concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116 ; Cass., 11 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1501, avec les concl. de M. l'avocat général DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 27, note Q. VAN ENIS. Voy., à ce propos, J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 122 ; N. ESTIENNE, « La responsabilité : le devenir de la perte d'une chance », in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, op. cit., p. 365, spéc. pp. 378-382, et les « Réactions autour du devenir de la perte de chance » de N. COLETTE-BASECOZ et N. HAUTENNE, pp. 387-394.

44 On en trouve encore trace dans un récent arrêt de la cour d'appel de Mons, qui, en dépit d'un (supposé) défaut d'information quant aux risques d'une intervention, conclut à l'absence de lien causal et de toute perte de chance parce qu'« il est très hautement vraisemblable que la victime n'aurait pas refusé l'intervention chirurgicale litigieuse si elle avait eu connaissance de tous les risques prévisibles liés à celle-ci. La complication hémorragique survenue était à ce point rare qu'une information à ce niveau, à supposer même qu'elle aurait dû être donnée par le médecin, n'était pas de nature à faire changer d'avis le patient souffrant de façon chronique de son hernie inguinale », de sorte qu'il « n'apporte pas la preuve du lien causal entre le défaut d'information reproché au médecin, à le supposer avéré, et l'existence d'une réelle perte de chance de pouvoir refuser l'intervention chirurgicale projetée » (Mons, 7 mai 2021, *R.G.A.R.*, 2022, n° 15.844).

45 R.O. DALCQ, note sous Liège, 23 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.351, cité par J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 95, n° 100.

même raison<sup>46</sup>. En France, Mlle Viney, éminente spécialiste du droit de la responsabilité civile, opine qu'« apprécier si les circonstances permettent de penser que le patient, s'il avait été dûment informé, aurait ou non consenti à l'opération [...] repose sur une intrusion dans la psychologie du patient qui est extrêmement contestable et favorise encore une fois l'arbitraire »<sup>47</sup>.

Selon le professeur Fagnart, il faut sans doute admettre que, très généralement, le patient n'apportera pas la preuve certaine d'une relation causale entre le défaut d'information et une lésion physique. La seule approche raisonnable semble être celle qui est préconisée par la doctrine française : « il faut réparer le dommage résultant de l'atteinte au droit à l'information du patient, et cela indépendamment de tout jugement sur le résultat médical produit. La jurisprudence belge est-elle prête à opérer un revirement ? Rien ne permet de l'affirmer »<sup>48</sup>. Le professeur Lambert-Faivre a eu des mots durs pour la perte d'une chance elle-même, l'estimant « totalement inappropriée pour indemniser le préjudice moral causé par la méconnaissance d'un devoir déontologique » : ce biais « est inadéquat, illusoire et engendre des effets pervers », et « la sanction du défaut d'information, indemnisation déguisée de l'accident médical sans faute technique prouvée, est [alors] un leurre », cette sanction étant « éludée, faute d'être spécifique ». Au contraire, « sanctionne[r] le défaut d'information constitue une avancée remarquable de la déontologie et de l'humanisme médical : les droits de la personne et la dignité du patient exigent cette vérité de la parole médicale », car « le défaut d'information qui infantilise le patient est souvent ressenti comme une atteinte à la dignité de la personne, et doit être considéré comme constitutif d'un préjudice moral spécifique, dont l'indemnisation demeure en tout état de cause à la victime »<sup>49</sup>.

46 R.O. DALCO, « Évolution du droit en matière d'information et de consentement des patients », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Dordrecht, Kluwer, 1999, pp. 421-422, n° 14 : la solution consistant à « considérer qu'en cas de défaut d'information par le médecin, celui-ci a fait perdre une chance à son patient de prendre une décision qui aurait été de nature à éviter la réalisation du dommage [...] paraît d'autant plus critiquable qu'elle impose au juge de décider en réalité à la place du patient ce que celui-ci aurait fait s'il avait été informé complètement des risques de l'intervention », ce qui confine à l'arbitraire.

47 G. VINEY, « Le devoir d'information du médecin » (avec P. SARGOS), *Revue des contrats*, 2012, pp. 1121-1123. Dans le même sens et dans la même étude (p. 1124), Pierre Sargos dénonce « le recours à l'appréciation inquisitoriale, divinatoire – notamment lorsque la victime est morte ou en état végétatif – et pour tout dire arbitraire par le juge des probabilités qu'aurait eues *a posteriori* le patient, s'il avait été informé du risque, de refuser de le courir ».

48 J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », *op. cit.*, pp. 96-97, n° 102.

49 Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, pp. 744-745, n° 853. Le professeur Penneau estime lui aussi que le « préjudice moral qui peut résulter du fait que le patient se trouve confronté à un dommage à l'éventualité duquel en raison du défaut d'information il n'a pas pu se préparer » est « à l'évidence en relation de causalité avec le défaut d'information » (J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2004, pp. 34-37, ici, p. 35). Sur le défaut d'information comme préjudice moral, voy. également, en France, S. PORCHY, « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.*, 1998, chr., p. 379 ; M. BACACHE, « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.*, 2008, dossier « Droit de la santé », p. 1908 ; S. HOCQUET-BERG, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », *Gaz. Pal.*, 9-10 septembre 1998, p. 12 ; V. HAÏM, « De l'information du patient à l'indemnisa-

10. **Conséquence d'une méconnaissance de l'obligation d'information.** Ce qui précède ressemble fort à une évidence. C'est en ce sens que la Cour de cassation française indique que toute perte de chance ouvre droit à réparation : le juge ne peut exiger de la victime qu'elle démontre que, si elle avait été parfaitement informée par le professionnel, elle aurait, de manière certaine, pris une autre décision<sup>50</sup>. Car, en effet, appliquée aux conséquences d'un défaut d'information, la perte d'une chance « revient à exiger du demandeur la preuve du fait que, s'il avait été correctement informé, il aurait pu adopter (et non : il aurait adopté) un comportement autre que celui qu'il a effectivement eu, et que cela lui aurait été bénéfique – preuve difficile à rapporter, les déclarations du demandeur peinant souvent à être corroborées d'éléments objectifs »<sup>51</sup>. C'est donc à bon droit qu'en France, les juges du fond sont censurés s'ils exigent du demandeur la démonstration d'une certitude, alors que celui-ci n'a qu'à établir une simple probabilité, voire possibilité – réelle certes, mais qui peut être faible, voire minime.

La jurisprudence belge est malheureusement moins rigoureuse. Balisons donc, sous le bénéfice d'une approche qu'il faut conduire d'une manière prudente et soigneuse, en corrélation étroite avec les circonstances de fait des espèces : 1° s'il apparaît certain que le patient, dûment informé, aurait refusé l'acte, la réparation intégrale des conséquences dommageables de celui-ci pourra être octroyée, puisqu'un lien causal certain relie alors la faute – qui s'apparente à une intervention purement et simplement non consentie – et le préjudice tel qu'il s'est effectivement réalisé, de sorte qu'il n'est pas question d'une perte de chance ; 2° *a contrario*, s'il est certain que le patient, dûment informé, aurait néanmoins accepté de courir le risque qui lui a été caché, il n'a subi aucune perte de chance – celle-ci étant alors inexistante – en lien causal avec le défaut d'information, mais il devrait néanmoins pouvoir réclamer, si ce risque s'est réalisé, l'indemnisation d'un préjudice moral d'impréparation (voy. *infra*). Mais il faut qu'il s'agisse d'une certitude, tirée des éléments objectifs du dossier, et non d'une supposition, toute sensée soit-elle, du magistrat. En réalité, dans la plupart des cas, aucune de ces certitudes n'existera. Il conviendrait alors, *a minima*, que la jurisprudence admette plus systématiquement que le patient insuffisamment informé a (irréremédiablement) perdu à tout le moins la possibilité de prendre position en pleine connaissance de cause, soit une « chance » dont la réalisation dépend non seulement du libre arbitre de la personne, mais aussi d'une pluralité de para-

tion... », *D.*, 1997, chr., p. 125 ; C. RADÉ, « L'obligation d'information en matière médicale et l'office du juge », *Resp. civ. et assur.*, 2003, chr. n° 7 ; F. ALT-MAES, « Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 », *Gaz. Pal.*, 14-16 décembre 2003, p. 3 ; du même auteur, « La réparation du défaut d'information médicale. Métamorphose et effets pervers », *J.C.P.*, 2013, doct., p. 547.

50 Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 20 mai 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.724, *D.*, 2020, p. 1100, *AJ Contrat*, 2020, p. 385, note C. FRANÇOIS, *R.T.D. civ.*, 2020, p. 629, obs. H. BARBIER, *R.D.I.*, 2020, p. 524, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN, *J.C.P.E.*, 2020, n° 38, p. 1349, note K. RODRIGUEZ.

51 C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, note au *D.*, 2021, p. 46 (mise en évidence ajoutée). L'auteur précise pertinemment que, s'il est certain que, correctement informée, la victime aurait pris une autre décision ou orientation, c'est de la perte totale subie qu'il faut l'indemniser : « L'exigence d'une certitude dans le scénario contrefactuel, en cas de défaut d'information, est la négation de la notion de perte d'une chance. »

mètres dont, au premier chef, l'exhaustivité, la fiabilité et l'honnêteté des renseignements obtenus. L'indemnisation de la perte d'une chance paraît à tout le moins s'imposer dans les hypothèses où l'intervention n'était pas rigoureusement nécessaire – notamment parce qu'une alternative thérapeutique moins risquée existait – et où il ressort de présomptions solides que le patient y aurait *probablement* renoncé. Il se verrait alors allouer un pourcentage, le cas échéant élevé, des divers chefs de préjudices corporels découlant de la réalisation du risque qui lui a été tu.

**11. Le préjudice d'impréparation.** Notre Cour de cassation n'a pas encore pris une position de principe expresse sur la question de savoir *quel préjudice* cause au malade le praticien qui ne s'acquitte pas, ou insuffisamment, de la dette d'information qu'il endosse à son égard, et la jurisprudence des juges du fond, disparate et insuffisamment assertive, n'apparaît guère satisfaisante. Ici encore, l'inspiration doit venir de France. Depuis un arrêt de principe du 3 juin 2010<sup>52</sup>, le manquement au devoir médical d'information prend, aux yeux de la Cour régulatrice française, les traits d'un *préjudice autonome*, détaché du plus ou moins franc succès des soins prestés et d'une recherche parfois passablement divinatoire de la décision qu'aurait prise le patient si – *quod non* – il avait reçu tous les éclaircissements souhaités. La Cour rappelle « que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir », et affirme une nouvelle règle d'or : le non-respect de ce devoir d'information – consacré, en France, par des dispositions légales similaires à celles que nous connaissons – « cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu (de l'article 1382 de l'ancien Code civil) le juge ne peut laisser sans réparation ». Il importe donc peu que l'intervention se soit techniquement bien déroulée et n'ait entraîné aucune (autre) complication et, surtout, *il n'y a pas lieu de se demander* si, dûment averti des risques courus, le patient y aurait renoncé ou l'aurait néanmoins subie : le manquement au devoir d'information cause *en soi* un préjudice à la personne à laquelle l'information est due, lequel doit impérativement être réparé – et ce, de manière autre que symbolique, même s'il est d'ordre essentiellement moral.

Il s'agit du préjudice *d'impréparation*, défini comme le dommage « dont peut se plaindre tout patient qui n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement au risque qui lui avait été caché »<sup>53</sup>. La jurisprudence ultérieure de la Cour

de cassation française confirme cette analyse : il ressort d'un arrêt du 23 janvier 2014 que le préjudice ici en cause est bien *d'impréparation*, qu'il suppose que le risque tu *se soit réalisé* et qu'il peut *se combiner avec la réparation de la perte d'une chance*. Cet arrêt décide en effet « qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation »<sup>54</sup>.

Cette solution progressiste présente d'incontestables mérites, par comparaison avec la jurisprudence belge habituelle en la matière, qui ne donne pas satisfaction<sup>55</sup>. Le droit du patient d'être informé et de consentir constitue dans son chef *un droit propre* dont il est recevable à invoquer la violation, *indépendamment* des fautes susceptibles d'avoir été commises dans le choix du traitement, dans l'exécution de celui-ci ou dans la surveillance postopératoire ; la portée du devoir d'information se *distingue* au demeurant de la teneur et de l'étendue des tâches assumées par l'équipe médicale aux divers stades de la prise en charge. Or, si la violation de ce droit est rarement retenue, c'est précisément parce que la jurisprudence belge rechigne à admettre qu'une faute retenue sur ce plan puisse entraîner dans le chef du patient *un préjudice propre*, d'ordre en tout cas moral. D'où le regrettable constat, fréquent, que le consentement éclairé du patient a *in casu* fait défaut, sans que ce constat emporte nécessairement la responsabilité du praticien : un paysage insatisfaisant s'est dessiné au fil des ans, dans lequel – étrangement et paradoxalement – le *principe* du consentement du malade à l'acte médical est pleinement admis et constamment réaffirmé, mais son défaut d'obtention n'entraîne *in concreto* aucune sanction spécifique lorsqu'aucune autre faute n'est imputable au médecin<sup>56</sup>. Qu'est-ce, alors, que ce droit dépourvu de sanction...?

52 Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT, *J.C.P.*, 2010, n° 28-29, p. 788, note S. PORCHY-SIMON, et n° 41, p. 1015, obs. P. STOFFEL-MUNCK, *D.*, 2010, p. 1522, note P. SARGOS.

53 C'est, semble-t-il, à M. PENNEAU (note sous Angers, 11 septembre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 50) que l'on doit la paternité de la formule. Il précise ici que « le respect dû à la personne est, après tout, la raison essentielle de l'obligation faite au médecin, en droit et en déontologie, d'informer loyalement son patient pour obtenir son consentement à l'acte proposé. Le défaut d'information, et le manque de respect qu'il révèle, est en toutes hypothèses source d'un dommage moral dont le patient peut se prévaloir. Il est, en effet, de constatation commune que l'on supporte moralement mieux un dommage à l'éventualité duquel on a pu psychologiquement se préparer, que celui qui était totalement imprévu ». Voy. aussi les percutantes considérations de M. l'avocat général LEGOUX dans son avis précédant l'arrêt du 3 juin 2010.

54 Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 23 janvier 2014, *D.*, 2014, p. 584, avec les concl. de M. l'avocat général BERNARD DE LA GATINAIS et note M. BACACHE, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 240 ; voy. également Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 9 février 2012, *Rev. gén. dr. méd.*, 2012, n° 44, p. 245, note P. SARGOS.

55 Nous nous permettons de renvoyer à l'étude approfondie consacrée à cette question : 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. État des lieux et perspectives*, Limal-Bruxelles, Anthemis-ULB, 2014, pp. 77-124.

56 Nous renvoyons ici à l'excellente 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. Ce qui est indiqué au texte est constaté depuis longtemps (voy. p. ex. C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 36 ; E. HANNOSSET, « Consentement éclairé : fondement, méconnaissance, conséquences », in Y.-H. LELEU (dir.), *Droit médical*, coll. CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 245). En jurisprudence : Liège, 23 avril 1980, deux arrêts, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.294 et 10.351, obs. R.O. DALCQ ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 29 mai 1984, *J.C.P.*, 1984, II, 20259, concl. de M. l'avocat général GULPHE ; 22 septembre 1981, *Bull. civ.*, I, p. 223, n° 268 ; Angers, 11 septembre 1998, *D.*, 1999, jur., p. 46, note M. PENNEAU.

**12. L'impréparation aux conséquences d'un risque qui s'est réalisé.** L'admission du préjudice d'impréparation doit être limitée à l'hypothèse où le risque tu s'est réalisé, en vue de combiner adéquatement le fondement même du droit ainsi consacré – sanctionner, au regard des principes du respect de la dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain, tout manquement fautif au devoir d'information dont le patient est créancier – avec un nécessaire pragmatisme, « dans la mesure où il aurait été aberrant de concevoir une responsabilité en présence d'une intervention bénéfique et dépourvue d'effets secondaires »<sup>57</sup>. Au regard du « principe du raisonnable »<sup>58</sup>, il est en effet parfaitement logique de réserver cette indemnisation à l'hypothèse où le risque s'est effectivement produit : le patient ne peut se plaindre de n'avoir pu se préparer à une éventualité qui ne s'est *in fine* (et heureusement) pas présentée. Au demeurant, la Cour de cassation française a elle-même imposé cette limite au préjudice d'impréparation, censurant, pour violation de l'article 1382 du – de l'ancien – Code civil, un arrêt qui, indépendamment de la réalisation d'un risque, considérait que la violation du droit du patient d'être informé justifiait une réparation, même en l'absence de dommage corporel causé par l'acte médical. Elle limite donc bien l'indemnisation du préjudice moral au seul préjudice d'impréparation à un risque, interdisant ainsi sa reconnaissance si aucun risque de l'acte ne s'est réalisé, tout en réaffirmant le cumul possible de l'indemnisation au titre de la perte de chance de refuser l'acte et au titre du préjudice d'impréparation<sup>59</sup>.

**13. Doctrine et jurisprudence belges.** D'autres que nous, en doctrine, défendent et promeuvent cette approche novatrice. Le professeur Vanswevelt approuve cette orientation « qui permet de rendre le droit à l'information réellement contraignant et qui [n'astreint] pas le patient à une preuve de causalité difficile », et il souhaite (et prédit) sa transposition en Belgique<sup>60</sup>. Notre collègue Élisabeth Verjans, qui a consacré sa thèse de doctorat au droit du patient à l'information et

au consentement, y souscrit également avec enthousiasme<sup>61</sup>, de même que Lies D'Hondt, selon laquelle « rien ne s'oppose [...], en droit belge, à l'application de la théorie du préjudice d'impréparation », dont « l'acceptation [...] correspondrait à l'importance donnée au devoir d'information, à savoir un principe fondamental du droit de la santé » ; « l'application [de ce] préjudice autonome dans le droit belge serait la solution idéale pour assortir le manquement au devoir d'information d'une sanction à part entière »<sup>62</sup>.

La jurisprudence – publiée<sup>63</sup> – est malheureusement nettement plus timide. Dans leur grande majorité, les décisions n'acceptent pas (encore) que l'absence de possibilité de consentir en pleine connaissance de cause constitue un préjudice autonome. Au mieux, elles considèrent le dommage qui en découle sous l'angle de la perte d'une chance de ne pas subir l'intervention en question, et donc les risques qui y sont liés<sup>64</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 31 octobre 2019, la cour d'appel de Gand retient qu'un médecin a, lors du traitement de la victime, commis deux erreurs et n'a pas suffisamment informé sa patiente sur d'autres interventions possibles et sur les risques liés à l'option choisie ; de ce fait, la victime n'a pas eu l'occasion de prendre une décision en parfaite connaissance de cause quant au fait de faire procéder ou non à l'intervention proposée. Dans ce cas, le préjudice réside non pas dans le dommage effectivement subi, mais bien dans la perte de l'opportunité de ne pas subir ce dommage, qui peut être exprimée en un pourcentage du dommage subi (*in casu*, 80 %) <sup>65</sup>. Au pire, les magistrats refusent toute indemnisation,

57 M. BACACHE, note sous Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 12 juillet 2012, *D.*, 2012, p. 2279. Comp. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, qui déplorent une dégradation depuis le préjudice « purement moral » vers le préjudice d'impréparation qui « place le droit à l'information dans la dépendance du droit à l'intégrité corporelle », et regrettent que « la sanction du défaut d'information se détache [...] de la théorie des droits subjectifs » (*Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, pp. 744-747, n° 853).

58 Cf. P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P.*, 2009, n° 46, p. 442.

59 Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 14 novembre 2018, *R.G.D.C.*, 2020, p. 230, note E. VERJANS, *Resp. civ. et assur.*, 2019, comm. 51, note S. HOCQUET-BERG ; voy. également Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 25 janvier 2017, n° 15-27.898, et 22 juin 2017, n° 16-21.141.

60 Th. VANSWEEVELT, « La violation de l'obligation d'information en tant que dommage autonome », préface rédactionnelle, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 266-268 ; du même auteur, « Het recht van de patiënt op informatie over de financiële gevolgen van een medische tussenkomst », note sous Cass., 19 décembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 386, ici, p. 391. Comp. H. NYS, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2016-2020*, Malines, Kluwer, 2021, p. 31, n° 60, qui semble au contraire d'avis – mais sans argumenter – que la méconnaissance du droit à l'information, dans le chef du patient, ne peut en soi être considérée comme un préjudice autonome.

61 E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt, op. cit.*, pp. 949 et s., spéc. pp. 1109-1127 et la conclusion intermédiaire, pp. 1146-1151. Voy. également, du même auteur, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 4, ici, pp. 25-29, ainsi que « Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het informed-consent-vereiste », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 242.

62 L. D'HONDT, « Aggravation de l'état antérieur, date d'entrée de la loi relative aux droits du patient et rejet définitif (?) du "préjudice d'impréparation" », *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 331, ici, pp. 337-338.

63 C'est l'occasion d'attirer l'attention des lecteurs, avocats ou magistrats, sur l'intérêt de diffuser les décisions qu'ils obtiennent ou rendent : il ne fait guère de doute que nombreuses sont celles qui ne parviennent pas à la connaissance d'éventuels analystes ou commentateurs. Que l'on n'hésite donc pas : g.genicot@draps-oosterbosch.be.

64 Cf. p. ex. Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654 (« Si elle avait été correctement informée par le docteur [la patiente] aurait pu prendre, en parfaite connaissance de cause, la décision de faire procéder ou non à l'intervention litigieuse. La faute avérée dans le chef du docteur [...] est un défaut d'information qui n'a pas permis à [la patiente] de prendre une décision éclairée et, le cas échéant, de refuser une intervention jugée trop risquée. Quoiqu'elle l'affirme, il n'est pas établi avec certitude que, si [la patiente] avait été adéquatement informée, elle aurait nécessairement renoncé à être opérée. Son dommage consiste donc en la perte de la chance de prendre cette décision, qui lui aurait épargné les dommages qu'elle a subis ») ; Civ. Flandre-Orientale (div. Gand), 18 juin 2018, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 246, note E. VANLUCHENE (défaut d'information quant aux alternatives possibles s'agissant d'une technique d'anesthésie et quant aux risques pertinents ; mais la patiente ne parvient pas à prouver un lien de causalité entre cette faute et le dommage subi, faute de démontrer « avec une certitude judiciaire que, si elle avait reçu les informations nécessaires préalablement à l'intervention, elle n'aurait pas opté pour l'intervention avec certitude et n'aurait pas subi le dommage en résultant » (somm. publ.) ; indemnisation sur la base de la théorie de la perte de chance, à concurrence de 50 % des préjudices effectivement subis). Il ressort toutefois de ce jugement que la patiente ne semble pas avoir *in casu* postulé la réparation d'un préjudice autonome.

65 Gand, 31 octobre 2019, *Bull. Ass.*, 2021, p. 107.

reprochant au patient de ne pas établir que, s'il avait été correctement informé, il aurait refusé l'intervention en cause, et estimant au contraire, au vu des circonstances, qu'en pareil cas, il aurait néanmoins accepté de la subir et se serait donc pareillement exposé au risque qui s'est réalisé<sup>66</sup>.

Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 8 juin 2020 illustre frontalement ce raisonnement « classique », regrettable et, à notre sens, erroné. Une dame, victime d'une chute de ski, est rapatriée en Belgique. Moins de deux heures avant l'opération, et alors qu'elle se trouvait déjà dans l'enceinte opératoire, le chirurgien dit lui avoir expliqué les deux options thérapeutiques qui se présentaient – ostéosynthèse ou prothèse – avec leurs avantages et risques, en lui signalant que l'ostéosynthèse était « sa » première option mais qu'il était possible qu'il doive, en fonction de ce qu'il découvrirait en cours d'opération, placer une prothèse, ce qui fut le cas<sup>67</sup>. La cour d'appel retient, à juste titre, qu'une information donnée *in extremis* et à la va-vite, dans un tel contexte, ne l'est pas en temps opportun (cf. art. 8, § 3, de la loi relative aux droits du patient), ce qui n'a pas permis à cette dame de donner un consentement éclairé à l'opération telle qu'elle fut conduite. Mais elle énonce ensuite, littéralement, qu'« il ne peut être admis que l'atteinte au droit à l'information du patient constitue en soi un préjudice autonome et il appartient à Mme D. de démontrer que la faute du docteur M. est en relation causale avec le dommage moral dont elle demande la réparation » – on se demande de quoi il pourrait s'agir d'autre que du « préjudice autonome » en question, puisque, précisément, la patiente « fait valoir qu'elle n'a pas été en mesure de se préparer psychologiquement au risque qui lui a été caché »...

Plus encore, la cour d'appel n'hésite pas à se substituer frontalement à la patiente en énonçant que « rien ne permet d'affirmer qu'un traitement conservateur constituait

une alternative valable, ni partant qu'il existait des chances sérieuses que Mme D. choisisse cette option si elle lui avait été présentée », qu'« en tentant de réaliser d'abord une ostéosynthèse, le docteur M. a [...] effectué un choix conforme à celui que Mme D. aurait fait si elle avait été informée en temps utile des tenants et aboutissements de l'opération », qu'« il n'est pas [...] établi que Mme D. aurait refusé l'opération litigieuse, ni même qu'elle aurait pu solliciter un autre avis, si elle avait reçu toutes les informations en temps utile » et que « rien ne permet d'affirmer que Mme D. aurait, à ce stade, renoncé à l'opération [...] ni décidé de postposer cette intervention afin d'obtenir un autre avis ». De cette analyse, dont il est difficile de masquer le caractère conjectural et divinatoire, l'arrêt conclut que cette dame « reste en défaut de démontrer que le fait qu'elle n'a pu effectuer un choix en pleine connaissance de cause lui aurait causé un préjudice moral ou lui aurait fait perdre une chance sérieuse d'éviter de subir les lésions consécutives au placement de la prothèse », laissant donc sans la moindre sanction la faute d'information qu'il épingle alors pourtant que, *par définition*, la perte d'une chance de prendre une autre décision était, dans ce contexte, manifestement présente<sup>68</sup>.

*A contrario*, un jugement du tribunal de première instance d'Anvers du 13 octobre 2011 a expressément accepté le préjudice d'impréparation : le tribunal y estime qu'étant donné qu'un patient a le droit d'obtenir des informations complètes et détaillées, le manque d'informations nuit à la relation de confiance qui doit s'établir entre le patient et le médecin. Il relève que le patient aurait également subi l'opération s'il avait disposé d'informations complètes, mais peu importe : la possibilité d'un choix éclairé lui a, en tout état de cause, été retirée, ce qui justifie qu'un montant de 1.500 € lui soit accordé *ex aequo et bono*<sup>69</sup>. Mais ce jugement novateur fut, sur ce point, réformé en degré d'appel<sup>70</sup>, par un arrêt que la Cour de cassation, sur ce point toujours, ne censura pas, sans nullement rendre, à cet égard, une décision de principe. La haute juridiction s'est en effet bornée à estimer que les juges d'appel, qui considèrent que le patient, s'il avait été complètement informé, aurait néanmoins accepté la technique spécifique à laquelle le médecin était habitué et qu'il utilisait manifestement depuis des années, « indiquent par là que le préjudice autonome allégué par le demandeur, à savoir la méconnaissance de sa volonté de patient, n'est pas démontré » – ce qui n'implique pas, en soi et sur le plan théo-

66 Cf. p. ex. Civ. Bruxelles, 14 février 2017, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 53, note G. GENICOT ; Civ. Bruxelles, 21 septembre 2017, *Rev. dr. santé*, 2021-2022, p. 134, note W. BUELENS ; Civ. Flandre-Occidentale (div. Courtrai), 4 février 2019, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 430, note G. GENICOT ; Civ. Bruxelles, 21 novembre 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.531 (« [s'il] devait être acquis que le dentiste [...] n'avait pas fourni les informations nécessaires à son patient, il appartient encore à [celui-ci] de démontrer, avec une certitude suffisante, et non uniquement d'affirmer, que, s'il avait reçu les informations complètes, il aurait refusé la technique implantaire [...]. Or [il] ne parvient pas à effectuer pareille démonstration qui pourtant conditionne le succès de sa demande dans tous les cas de figure (demande purement civile ou demande civile fondée sur une infraction pénale) ») ; Civ. Liège, 3 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1752 (« Dès lors que les solutions envisageables n'étaient guère nombreuses eu égard à l'état de la dentition subsistant, et que le souhait de la patiente était qu'il soit procédé à l'extraction des dents et à la pose de prothèses, il n'est pas établi que, si elle avait été informée des différentes phases de la réhabilitation et des inconvénients pouvant se présenter, elle aurait décidé de ne pas y procéder. Par conséquent, même si l'existence d'une faute relative au devoir d'information était établie, la preuve d'un lien de causalité entre celle-ci et un dommage ne serait pas rapportée »).

67 D'après l'arrêt, le compte rendu opératoire mentionne : « Nous expliquons à la patiente que la décision de recourir à une ostéosynthèse ou à une prothèse sera prise pendant l'intervention » (*sic*). Voilà qui laisse songeur. Faut-il rappeler que ce n'est pas au médecin qu'il revient de prendre une telle décision, mais au patient, avec l'éclairage de l'homme de l'art, ce qui est tout différent...? Il s'agit de ce que l'on appelle une *extended operation*, approchée bien légèrement tant au bloc qu'au prétoire (quant à ce, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Fac. dr. ULiège, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 179-184).

68 Bruxelles, 8 juin 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15.723.

69 Civ. Anvers, 13 octobre 2011, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 350. En version originale : « *Hoewel de rechtbank meent dat zelfs bij een uitgebreide en zorgvuldige informatieverstrekking, N.M. zou zijn overgegaan tot het ondergaan van de ingreep, wordt toch een bijzondere morele schade erkend. De vertrouwensrelatie met de arts is hier ondermijnd nu het slachtoffer in een moderne patiëntrelatie onmiskenbaar recht heeft op een uitgebreide en gedetailleerde informatie wars van algemeenheden (zoals "dat men altijd in een rolstoel kan belanden"). Hoewel zij naar de mening van de rechtbank de operatie desondanks zou hebben ondergaan [...] werd haar alleszins de mogelijkheid van een geïnformeerde keuze ontnomen.* »

70 Anvers, 26 mai 2014, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 339.

rique, le rejet de cette notion<sup>71</sup>. Dans sa note sous cet arrêt, Lies D'Hont déplore ce rejet apparent de la théorie du préjudice d'impréparation : « Il est regrettable que la Cour de cassation n'utilise pas la théorie du préjudice d'impréparation dans cette affaire. La Cour avait en effet, ici, l'opportunité idéale d'introduire la théorie dans le droit belge. En effet, dans un tel cas, la Cour de cassation française accepterait très simplement qu'il s'agit d'un préjudice d'impréparation », tandis que son homologue belge, en « continu[ant] à exiger un lien de causalité afin d'octroyer une indemnisation à la suite d'un manquement au devoir d'information, [...] laisse passer l'opportunité idéale de mettre en œuvre le préjudice d'impréparation »<sup>72</sup>.

## Conclusion

Il résulte des arrêts de la Cour de cassation des 11 janvier 2019 et, surtout, 18 juin 2020 que la charge de la preuve d'un manquement du médecin à son devoir d'information pèse incontestablement *sur le patient*. Notre haute juridiction se démarque ainsi de ses homologues française et luxembourgeoise. Cette tâche est rude et malaisée, s'agissant de prouver un fait négatif – même si l'on sait, depuis longtemps, que la preuve d'un tel fait se doit de ne pas être appréciée avec la même rigueur que celle d'un fait positif. L'expertise judiciaire ne sera pas ici la panacée, outre qu'il ne sera fait droit à cette demande préalable qu'en présence d'un « début de preuve » d'une faute et d'une relation causale entre celle-ci et le dommage subi. Et il ne faut pas perdre de vue la règle classique voulant que 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 puissent lui bénéficier, laquelle est désormais inscrite dans la loi<sup>73</sup>. Le nouvel article 8.6 du Code civil vient, quant à lui, quelque peu au secours du patient demandeur, en ce qu'il énonce que « celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif

peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait »<sup>74</sup>. Cet infléchissement du degré de preuve requis est d'une particulière importance dans toutes les hypothèses – qui sont loin de concerner uniquement la responsabilité médicale – où il s'agit pour la partie demanderesse d'établir *qu'elle n'a pas reçu tel ou tel renseignement* en amont ou dans le cadre de la conclusion d'un contrat : la vraisemblance doit suffire à cet égard, et la certitude ne doit pas (plus) être exigée. Reste, bien entendu, à en convaincre le magistrat...

À supposer établie la preuve d'un manquement fautif au devoir d'information du médecin, la question du *préjudice qui se trouve précisément en lien causal avec cette faute* devrait faire l'objet d'une approche affinée et plus cohérente. Il nous paraîtrait indispensable, dès qu'un tel manquement fautif est constaté, de réparer dans le chef du patient, victime d'une atteinte à un droit subjectif, un préjudice moral – et pourquoi pas, dans certaines circonstances particulières, également matériel – *d'impréparation*, en évaluant celui-ci à un montant raisonnable, mais autre que purement symbolique. Dans les rares cas où une réparation intégrale peut être octroyée, celle-ci englobera bien sûr ce chef de dommage. *Dans tous les autres cas, il devrait s'agir d'un poste autonome*, susceptible d'être, le cas échéant, *combiné avec la perte d'une chance*, puisqu'il s'agit de deux choses différentes : le préjudice d'impréparation vise *le fait même* de ne pas avoir été, par suite d'une information lacunaire ou déficiente, suffisamment éclairé au seuil de l'opération ou averti du risque réellement encouru. Il est donc indépendant de la décision qui aurait été prise, de la teneur ou du contexte de survenance du risque, ainsi que de l'ampleur de ses conséquences dommageables (pourvu que celles-ci existent, et que le risque se soit réalisé).

Les droits fondamentaux du patient – qui sont autant de droits subjectifs – s'en trouveraient affermis et (mieux) sanctionnés, sans que les intérêts financiers des débiteurs soient mis en péril : le *quantum* du préjudice moral autonome d'impréparation demeurera par essence modeste. D'où, du reste, la vertu, juridiquement irréprochable à notre sens, d'une *combinaison des deux postes*, lorsque les données du cas le permettent : la perte d'une chance aboutira en effet, quant à elle, à des montants largement supérieurs, puisqu'ils seront fonction de l'ampleur du dommage effectivement subi – à concurrence d'un pourcentage autre que symbolique, et potentiellement élevé.

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

71 Cass., 4 mars 2019, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 329, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.592 (mise en évidence ajoutée). En version originale : « *De appelrechters die oordelen dat de eiseres ook bij een uitgebreide besproken analyse toch zou hebben ingestemd met de specifieke techniek waarmee de verweerder vertrouwd was en die hij klaarblijkelijk reeds jaren toepaste, geven hiermee ook te kennen dat de door de eiseres ingeroepen autonome schade, namelijk de miskenning van haar wil als patiënt, niet is aangetoond.* » Il faut noter que la réponse à ce moyen (le troisième du pourvoi) n'est pas reprise dans la publication de l'arrêt sur [www.juportal.be](http://www.juportal.be).

72 L. D'HONDT, « Aggravation de l'état antérieur, date d'entrée de la loi relative aux droits du patient et rejet définitif (?) du "préjudice d'impréparation" », *op. cit.*, ici, p. 337. Dans un domaine proche, le tribunal de première instance de Flandre-Orientale, division Gand, a admis un dommage moral dans le chef d'une patiente ayant subi une intervention erronée et différente de celle qui était convenue – *bypass* gastrique au lieu de la *sleeve* qui était prévue –, mais pas la perte d'une chance d'éviter l'effet indésirable subi (carences vitaminiques), dans la mesure où celui-ci est susceptible de survenir dans la même mesure lors des deux interventions (Civ. Flandre-Orientale (div. Gand), 4 avril 2019, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 341, note L. D'HONDT). Ce dommage moral est ici évalué extrêmement modérément (750 €).

73 Art. 8.4, al. 4, C. civ. Ne perdons pas de vue que la « perte d'une chance de prouver » (la faute) pourra, dans certaines hypothèses que nous avons évoquées – notamment la perte ou la disparition du dossier médical –, être exploitée.

74 Rappelons que la même règle vaut « pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine », ce qui constitue une nouveauté. Il sera intéressant de voir comment la jurisprudence appréciera *in concreto* cette notion, dont la description est, il faut le dire, un peu mystérieuse.