

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Objet, charge et degré de preuve

Ronneau, Virginie

Published in:

La réforme du droit de de la preuve

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Ronneau, V 2019, Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de Stratego s'annonce. dans *La réforme du droit de de la preuve*. Commission Université-Palais, numéro 193, Anthemis, Liège, pp. 15-45.

General rights

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

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

Take down policy

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

2

OBJET, CHARGE ET DEGRÉ DE PREUVE : UNE NOUVELLE PARTIE DE *STRATEGO** S'ANNONCE

Virginie RONNEAU

assistante et doctorante à l'UNamur

Sommaire

Introduction	16
Section 1	
Contenu de la réforme	17
Section 2	
Application – Obligation d'information des professionnels, en particulier en matière de santé	40
Conclusion	45

* Jeu de société créé en 1947, dans lequel deux joueurs s'affrontent, chacun étant à la tête d'une armée. Pour gagner, le joueur doit déployer stratégiquement ses troupes sur le champ de bataille afin de s'emparer en premier du drapeau adverse. S'il y parvient, l'autre joueur perd la partie.

Introduction

1. Présentation. La réforme du droit de la preuve était attendue, notamment sur la répartition de la charge de la preuve, qui sera abordée dans la présente contribution. Les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire sont assez sommaires. La révision des prescrits légaux ne pouvait qu'être encouragée. La question du degré de preuve n'est quant à elle pas réglée par la loi actuellement en vigueur.

Les divergences d'appréciation sont nombreuses en jurisprudence et l'on constate que les juges ont parfois recouru à des subterfuges afin de contourner les règles classiques, qui avaient parfois pour effet de ne pas permettre de solution «équitable». L'équilibre que doit assurer le droit de la preuve entre équité et sécurité juridique s'avère effectivement des plus délicats. Le pouvoir du juge du fond nous semblait devoir être reconnu et affirmé dès lors que, dans les faits, ce pouvoir existait. Il devait cependant aussi, et surtout, être mieux circonscrit.

Dans le cadre des travaux visant à réformer le Code civil, une loi «portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 «La preuve» a vu le jour. Le projet de loi, préparé par la commission ministérielle du droit de la preuve, composée du professeur Dominique Mougenot (président, UNamur), du professeur Dr Benoît Allemeersch (KU Leuven) et de Wannes Vandebussche (KU Leuven), a été adopté le 4 avril 2019 en séance plénière par la Chambre.

La loi a été promulguée le 13 avril 2019 et publiée au *Moniteur belge* le 14 mai 2019. En vertu de l'article 75, l'entrée en vigueur de la loi est prévue «le premier jour du dix-huitième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*». En l'absence de règles spécifiques de droit transitoire, la loi nouvelle sera d'application immédiate dès son entrée en vigueur, soit le 1^{er} novembre 2020, sauf exceptions.

La rédaction de l'article 8.3 qui concerne l'objet de la preuve consiste essentiellement à avoir posé sur papier les règles appliquées de longue date en jurisprudence. Par contre, il apparaît clairement des travaux préparatoires qu'une réflexion de fond a été menée sur les questions de charge et de degré de la preuve. À cet égard, le législateur s'est inspiré des droits étrangers (allemand, suisse, hollandais et autrichien)¹. Le danger du recours à un tel procédé est d'implémenter des concepts juridiques étrangers, qui sont intimement liés au système juridique auquel ils appartiennent, compromettant dès lors la cohérence du régime mis en place. Heureusement, un tel écueil ne semble pas devoir être relevé ici, si bien que cet apport s'en trouve intégralement bénéfique.

¹ Notez à cet égard l'excellente thèse de W. Vandebussche, qui a participé au projet de réforme (W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017).

2. Plan et limites de la contribution². Tout d'abord, nous analyserons le contenu de la réforme (section 1). Cette première section sera divisée en trois parties. Seront successivement abordés l'objet de la preuve (A), la charge de la preuve (B) et le degré de preuve (C). Ensuite, nous examinerons l'effet des nouvelles règles dans un contentieux particulier qu'est celui de l'obligation d'information des professionnels, en particulier en matière de santé (section 2).

Section 1

Contenu de la réforme

3. Vue d'ensemble. En ce qui concerne l'objet et le degré de preuve (points A et C), l'exposé des motifs précise que l'objectif poursuivi était de «clarifier[r] certains points absents de la loi»³. Cette clarification était souhaitable même si elle posait peu de problèmes dans la pratique. L'allègement du degré de preuve, admis dans certains contentieux pour lesquels exiger une preuve certaine serait excessif, restait néanmoins un sujet ambigu en ce qui concerne le degré de vraisemblance à prendre en considération. La grande nouveauté réside enfin essentiellement au sein de la disposition 8.4, alinéa 5, qui autorise le juge à renverser, dans certaines circonstances, la charge de la preuve.

A. Objet de la preuve

4. Seuls les faits ou actes juridiques allégués et contestés doivent être prouvés. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 8.3 : «Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés». Comme c'était le cas précédemment, les faits qui ne sont pas contestés ne doivent pas être prouvés. Cette règle est admise de longue date en doctrine⁴.

À la suite d'une remarque du Conseil d'État, il est précisé dans l'exposé des motifs que les faits visés sont tant les faits matériels que les faits juridiques. La demande de précision se comprend dès lors que la formulation employée laissait un doute quant aux types de faits visés. L'on notera toutefois, comme l'a indiqué le ministre, que «[la] distinction n'a [...] pas beaucoup d'intérêt en

² Notez que certains passages du présent article ont déjà été publiés (V. RONNEAU, «La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme», in Fl. George, B. Havet et A. Pütz (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, spéc. pp. 239 et s.). La plupart des sujets ont cependant fait l'objet de nouveaux développements, notamment en droit comparé.

³ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 5.

⁴ D. MOUGENOT, *La preuve*, Tiré à part du *Répertoire notarial*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, p. 101, n° 22. L'exposé des motifs le mentionne d'ailleurs expressément.

droit de la preuve puisque les deux formes de faits peuvent être prouvées par tout mode de preuve⁵.

5. Pas de preuve à rapporter pour les faits notoires et les règles d'expérience commune. Aux termes de l'alinéa 2, «les faits notoires ou les règles d'expérience commune ne doivent pas être prouvés». Il s'agit donc d'exceptions⁶ à la règle générale contenue au sein de l'alinéa premier. L'exposé des motifs précise ce qu'il faut entendre par «faits notoires» et «règles d'expérience commune». Ainsi, «les faits notoires sont les faits que tout homme normalement informé doit connaître ou peut découvrir par des sources généralement accessibles⁷. Les règles d'expérience commune peuvent quant à elles s'entendre comme «des faits que toute personne peut expérimenter dans la vie courante»⁸.

Le texte invite à se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation pour des illustrations. Ainsi, dans un arrêt du 11 janvier 2001, la Cour de cassation casse l'arrêt déferé à sa censure, estimant que – contrairement à ce qu'avait décidé le juge du fond – la considération selon laquelle *l'exhaussement d'une cheminée avec maintien du diamètre du conduit est un élément favorable améliorant le tirage, dans le cadre d'une utilisation identique* ne constitue pas un fait général notoire ni une règle d'expérience commune⁹. Le juge ne peut fonder sa décision sur un fait qui, ne ressortant d'aucun document auquel la Cour peut avoir égard, lui était connu de science personnelle¹⁰.

Un autre exemple en matière de bail peut être mentionné. Dans cette affaire, le bailleur avait sollicité la résiliation du bail d'un immeuble affecté à l'usage de restaurant aux torts et griefs des locataires, en raison des carences persistantes de ces derniers en paiement des loyers. Le juge de paix accueille la demande en raison de ces manquements graves. En degré d'appel, le tribunal de commerce de Namur réforme le jugement attaqué, au motif que les locataires prouvent qu'ils étaient malheureux et de bonne foi. Considérant que la présence de travaux publics entrepris à proximité était «de la connaissance de tous et particulièrement d'un juge de paix qui connaît son canton et les événements importants qui s'y déroulent», le tribunal estime que les preneurs rapportent «à suffisance de droit l'existence de troubles graves dont ils ont été victimes et qui ont entravé la bonne marche d'un commerce de restaurant». L'affaire remonte finalement devant la Cour de cassation. Sans grande surprise, la Cour casse la décision des juges d'appel au motif qu'ils se sont fondés «non sur un fait général notoire ou sur une règle d'expérience commune, mais sur un fait qui, ne

⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 84.

⁶ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 12.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Cass., 11 janvier 2001, *Arr. cass.*, 2001, p. 62, *Pas.*, 2001, p. 66.

¹⁰ Cass., 11 janvier 2001, *Arr. cass.*, 2001, p. 62, *Pas.*, 2001, p. 66. Voy. antérieurement : Cass., 23 septembre 1997, *Bull.*, 1997, p. 890.

ressortant d'aucune pièce à laquelle la Cour puisse avoir égard, leur était connu de science personnelle¹¹.

A contrario, «l'arrêt, qui constate que la mûre est «un véritable fléau qui peut se propager dans plusieurs habitations», qu'«il est désormais notoire que ce champignon cause des dommages irréversibles au bois et peut même mettre en danger la stabilité du logement affecté par ce champignon» et que «des mesures doivent être prises à la moindre indication que la mûre peut se propager dans une habitation» se fonde sur un fait connu et non sur un fait qui était connu de science personnelle par les juges d'appel¹².

De même, la Haute juridiction a considéré, dans un autre litige, «qu'en relevant que «la texture des parois latérales [d'un pneu] est plus tendre que celle de la bande de roulement», les juges d'appel se sont fondés sur une donnée de l'expérience commune» et, partant, ont légalement justifié leur décision¹³.

6. Quid des règles de droit? L'alinéa 3 énonce que «le droit, même étranger, ne doit pas être prouvé». L'exposé des motifs souligne que «le droit» doit s'entendre comme «toute forme de règle juridique», «quelle qu'en soit la source». Il est précisé que «la coutume, étant une règle de droit, ne doit pas être prouvée». *A contrario*, les usages conventionnels (qui ne constituent pas une règle de droit) doivent être démontrés¹⁴.

En ce qui concerne la loi étrangère, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt du 9 octobre 1980 que : «il appartient au juge [...] d'examiner et de déterminer le contenu de cette loi, après avoir obtenu, le cas échéant, les informations nécessaires et en respectant les droits de la défense»¹⁵. L'exposé des motifs rappelle l'importance de cet arrêt qui a mis fin à la nécessité pour les parties de devoir prouver le droit étranger¹⁶. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de cassation a complété sa jurisprudence en indiquant que lors de son examen, le juge doit tenir compte de l'interprétation que ce droit reçoit dans le pays d'origine¹⁷. La jurisprudence de la Cour de cassation est désormais codifiée au sein du nouveau droit de la preuve¹⁸.

¹¹ Cass., 17 octobre 2003, *Arr. cass.*, 2003, p. 1888, *Pas.*, 2003, p. 1633.

¹² Cass., 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1310, *Pas.*, 2008, p. 1576.

¹³ Cass., 14 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2175.

¹⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 12, et les références.

¹⁵ Cass., 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 159. Traduction libre («Overwegende dat bijgevolg de rechter, nu die vordering bij hem ahangig was, de draagvijsdte van die wetsbepaling moest vaststellen; dat hij ten deze, nu het juridische normen betrof die tot een vreemd recht behoren, de inhoud van dat recht moest nagaan en vaststellen, in voorkomend geval na dienaangaande de nodige inlichtingen te hebben ingewonnen en met eerbiediging van het recht van verdediging»).

¹⁶ D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 105, n° 25.

¹⁷ Cass., 18 juin 1993, *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.366, note M. FALLON. Traduction libre.

¹⁸ Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 10. Notez que cette évolution jurisprudentielle fut également prise en compte au sein de l'article 15 du Code de droit international privé, introduit par la loi du 16 juillet 2004 (D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 105, n° 25).

B. Charge de la preuve

7. Définitions : charge de la preuve et attribution du risque de la preuve. Dans son sens général, la charge de la preuve peut être définie comme « la preuve qui doit être fournie par une partie déterminée à la procédure »¹⁹. La doctrine distingue parfois la charge de la preuve subjective et la charge de la preuve objective²⁰. La charge de la preuve subjective « désigne la partie à qui il incombe la charge d'établir la preuve nécessaire d'un fait juridique *sensu lato* »²¹. La charge de la preuve objective détermine quant à elle « ce qui doit être prouvé précisément par une partie pour que le tribunal statue en faveur de cette partie à la procédure »²².

Le risque de la preuve indique la partie « qui échouera si un doute persiste »²³. Dans tout procès, le juge est en effet tenu de statuer, même en cas de doute, sous peine de commettre un déni de justice²⁴.

Dans un arrêt du 19 janvier 2001, la Cour de cassation a explicitement consacré le fait que celui qui allègue un fait supporte *tant* la charge de la preuve *que* le risque de cette preuve²⁵.

8. Justification des règles sur la répartition de la charge de la preuve. L'élaboration et le contenu des règles relatives à la charge de la preuve dépendent intrinsèquement des objectifs qu'elles poursuivent. En effet, ceux-ci sont de nature à déterminer le contenu de la norme. Faut-il formuler une règle générale claire permettant de déterminer dans tous les cas la partie qui supporte la charge et le risque de la preuve, sans avoir égard à d'autres impératifs tels que l'équité ? Ou faut-il davantage préférer un corps de règles qui laisse une large marge d'appréciation au juge et qui poursuit avant tout pour objectif l'obtention d'un résultat juste et équitable ?

Comme le soutiennent certains auteurs, il faut éviter d'opposer la sécurité juridique aux principes d'équité et de procès équitable (au sens « juste »)²⁶. En

effet, « l'art d'un bon système de répartition de la charge de la preuve est de parvenir à une interaction équilibrée entre la sécurité juridique en général et un procès équitable *in concreto* »²⁷. Sans vouloir attribuer au législateur une volonté délibérée d'équilibrer ces principes, il faut constater que le nouvel article 8.4. tend à concilier ces impératifs.

1. Maintien des principes

9. Maintien des règles actuelles sur la charge de la preuve. L'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, du nouveau livre 8 du Code civil réaffirme les règles contenues dans l'article 1315 du Code civil : « Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent. Celui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

La formulation a cependant été revue par rapport au Code civil actuel et élargie « au-delà du strict domaine du droit des obligations »²⁸. Malgré les suggestions émises en doctrine²⁹ pour l'emploi de termes plus précis au sein de l'alinéa 2, le terme « libéré » est conservé afin de ne pas exclure certains cas d'application visés par la jurisprudence de la Cour de cassation.

2. Consécration légales

a) Consécration de l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve

10. Portée. Le troisième alinéa de l'article 8.4, qui dispose que « toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve », a été inséré à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État. D'une part, il rappelle « l'obligation de toutes les parties à collaborer à l'administration de la preuve, qui est reconnue par la Cour de cassation comme un principe général de droit »³⁰. D'autre part, l'affirmation générale de ce principe met fin aux controverses sur son champ d'application. En effet, l'on se souvient que selon une partie de la doctrine, « cette obligation de collaboration des parties doit s'entendre *sensu stricto*, c'est-à-dire comme l'obligation pour les parties de collaborer à l'administration de la preuve à la demande de juge »³¹. Pour d'autres auteurs, « il existe un devoir

¹⁹ Traduction libre (« het bewijs dat door een bepaalde procespartij moet worden geleverd »).

²⁰ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, n° 597, spéc. pp. 682-683 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 353-354 ; W. VANDENBUSSCHE, « De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure », in R. Suttén et B. Vanlerberghe (éd.), *Het bewijs in het burgerlijk proces*, Bruges, die Keure, 2015, spéc. pp. 34-35, n° 6.

²¹ W. VANDENBUSSCHE, « De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure », *op. cit.*, p. 34. Traduction libre (« [...] geeft aan welke partij de last draagt om het noodzakelijke bewijs van een rechtsfeit *sensu lato* aan te brengen »).

²² *Ibid.*, pp. 34-35. Traduction libre (« [...] bepaalt wat juist door een partij bewezen moet worden opdat de rechter uitspraak zou doen ten voordele van die procespartij »).

²³ N. VERHEYDEN-JEAMART, *Le droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 43, citant H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Thèse, Lyon, 1947, n° 117.

²⁴ J.-L. MOURALIS, *La Preuve*, 2^e éd., in *Rép. dr. civil Dalloz*, 2002, n° 967.

²⁵ Cass. (1^{re} ch.), 19 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 130, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 221.

²⁶ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 3. Bewijs*, Deventer, Kluwer, 2013, p. 364, n° 276.

²⁷ *Ibid.*, p. 364, n° 276. Traduction libre (« De kunst van een goed systeem van bewijslastverdeling is dat een evenwichtig samenspel tussen rechtszekerheid in het algemeen en een fair trial *in concreto* wordt bereikt »).

²⁸ Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 13.

²⁹ Le projet cite en doctrine française : M. MEKKI, « Charge de la preuve et présomptions légales – l'art de clarifier sans innover », *Droit et patrimoine*, septembre 2015, pp. 36 et s.

³⁰ Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 13.

³¹ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », *op. cit.*, spéc. p. 225. Voy. les références citées : L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000,

général de collaboration loyale des parties au procès, et ce, même en l'absence d'injonction du juge³², en application du principe général de bonne foi³³. Les décisions des juges du fond³⁴ et les récents arrêts de la Cour de cassation plaident clairement en faveur de cette seconde solution³⁵, entérinée dans le nouveau texte légal.

Le défendeur ne peut donc refuser d'exposer sa version des faits (ce qui apparaît utile à la manifestation de la vérité) ni contester d'une manière générale et/ou non motivée le bien-fondé de la demande portée devant le juge³⁶.

En vertu de cette obligation de collaborer à l'administration de la preuve, le juge peut, s'il l'estime utile, ordonner la tenue d'une expertise judiciaire. Il faut cependant que la partie qui sollicite l'expertise fournisse « des faits qui, à défaut d'une preuve contraire concluante, immédiatement apportée, peuvent être considérés comme véridiques et pertinents et dont la preuve est permise et raisonnablement possible à l'aide de la mesure d'instruction demandée »³⁷. Une expertise judiciaire « n'a pas pour finalité de pallier la charge de la preuve défaillante [de la partie demanderesse originaire] »³⁸.

11. Devoir de collaboration, un remède efficace au « besoin de preuve » (*bewijsnood*) d'une partie ? Le principal avantage du devoir particu-

p. 214 ; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs : een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story Publishers, 2012, p. 135.

³² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 470 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 31 ; W. VANDENBUSSCHE, « Je t'aime..., moi non plus », Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., spéc. p. 94, n° 17 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2361, n° 1651. Pour une analyse plus approfondie sur le sujet, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. pp. 696-710.

³³ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », op. cit., spéc. pp. 225-226. Voy. les références citées : P. VAN OMMESSLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », R.G.D.C., 1987, pp. 101 et s., spéc. p. 108, n° 15 ; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 45.

³⁴ Bruxelles (20^e ch.), 25 mars 2014, T.B.O., 2016, p. 54 ; Bruxelles, 27 octobre 1995, J.T., 1996, p. 284 ; Civ. Malines (4^e ch.), 23 mai 2012, R.W., 2014-2015, col. 393 ; Civ. Gand (14^e ch.), 14 septembre 2010, R.D.J.P., 2011, p. 76 ; Pol. Bruxelles, 7 décembre 2001, J.J.Pol., 2012, p. 41.

³⁵ Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2014, Pas., 2014, p. 2547, R.W., 2015-2016 (somm.), col. 898 ; Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2013, Pas., 2013, p. 2216, Arr. cass., 2013, p. 2401 ; Cass., 18 janvier 2007, Res. jur. imm., 2007, p. 27 ; Cass., 10 décembre 2004, Arr. cass., 2004, p. 1998, Pas., 2004, p. 1962. Pour un commentaire de ces arrêts, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. pp. 701-707 et W. VANDENBUSSCHE, « Je t'aime..., moi non plus ». Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., spéc. pp. 96-104.

³⁶ W. VANDENBUSSCHE, « De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure », op. cit., spéc. pp. 63-65. Notez que cet auteur expose encore deux autres limites qu'il estime nécessaires face à l'attitude purement passive de l'adversaire : l'interdiction de dissimulation frauduleuse des pièces et le contrôle du juge (pp. 65-68). En jurisprudence, voy. Bruxelles, 27 octobre 2017, R.G. n° 2013/AR/658, disponible sur www.stradalex.be, qui estime que l'inertie d'une partie dans l'administration de la preuve peut justifier un renversement ou un assouplissement de la charge de la preuve.

³⁷ Traduction libre de Bruxelles, 13 février 2012, T.B.O., 2015, p. 136.

³⁸ Traduction libre de Gand, 29 septembre 2016, Bull. ass., 2017, p. 199.

lier de collaboration des parties est de venir au secours de la partie qui est face à un déficit d'information³⁹. Il se peut en effet qu'une des parties détienne « la majorité voire la totalité des éléments de preuve pertinents »⁴⁰.

Comme l'explique W. Vandenbussche, cette solution connaît cependant certaines limites⁴¹. Tout d'abord, l'usage de ce processus implique une asymétrie d'informations entre les parties. Ceci suppose qu'une partie soit face à un manque d'informations tandis que l'autre partie possède « effectivement une meilleure connaissance des faits pertinents »⁴². En effet, « le mécanisme ne peut être utilisé que si l'information est disponible auprès de l'autre partie ou si elle peut être obtenue d'une manière simple »⁴³. Ensuite, cette obligation spécifique de fournir des informations est « une garantie d'information, mais ne garantit pas que des preuves seront obtenues »⁴⁴. Ainsi, la collaboration active de l'autre partie à la preuve pourra être jugée suffisante par le juge, quand bien même cette dernière ne fournirait aucune preuve concrète : « Il lui suffira de fournir tous les renseignements auxquels elle pourrait raisonnablement avoir accès »⁴⁵.

Enfin, d'un point de vue pragmatique, ce devoir de collaboration à l'administration de la preuve ne permettra pas d'arriver à un équilibre parfait entre les parties, tant en raison de leurs positions (et faiblesses) respectives⁴⁶, que de l'absence de possibilités de contrôle de l'exhaustivité des informations communiquées⁴⁷.

12. Sanctions. La passivité et le refus de collaboration d'une des parties à une mesure d'instruction, *sans motif légitime*, ont parfois été sanctionnés par la jurisprudence sous forme d'un partage des dépens alors que la demanderesse avait été déboutée de son action⁴⁸. Comme le souligne R. Dekkers, l'adage « *nemo tenetur edere contra se* », selon lequel personne n'est tenu d'apporter une preuve contre soi, ne constitue pas un principe absolu en jurisprudence⁴⁹. La

³⁹ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 362.

⁴⁰ D. MOUGENOT, « Titre 5 : Les mesures d'instruction », in G. de Leval (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2. Manuel de procédure civile, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 476.

⁴¹ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 364.

⁴² *Ibid.*, n° 364. Traduction libre (« Aan de ene kant moet de aangesprokene effectief beschikken over een betere kennis van de relevante feiten »).

⁴³ *Ibid.*, n° 365. Traduction libre (« Het mechanisme is enkel bruikbaar wanneer de informatie zich bij de tegenpartij bevindt of zij die op eenvoudige wijze kan bemachtigen »).

⁴⁴ *Ibid.*, n° 364. Traduction libre (« De bijzondere mededelingsplicht vormt een garantie op informatie, maar waarborgt niet het verkrijgen van bewijs »).

⁴⁵ *Ibid.*, n° 366. Traduction libre (« Het zou volstaan dat zij alle informatie verschaft waarover zij in redelijkheid kan beschikken »).

⁴⁶ Voy. l'exemple cité par l'auteur et la référence à sa note 1552.

⁴⁷ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 367.

⁴⁸ Comm. Liège (réf.), 3 février 1978, J.C.B., 1980, I, pp. 387 et s., note D. DESSARD, « Medewerking van de partijen aan de bewijsvoering. Sanctionering van weigering », R.C.J.B., 1979, pp. 451 et s., note E. CEREXHE, « La condamnation aux dépens : une sanction au refus de collaboration à l'administration de la preuve ».

⁴⁹ R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », note sous Liège, 31 janvier 1956, R.C.J.B., 1959, spéc. p. 150 et les références citées. Voy. également B. ALLEMEERSCH,

condamnation de la partie récalcitrante à supporter une partie des dépens constitue une application particulière de l'article 882 du Code judiciaire qui autorise le juge à condamner « la partie ou le tiers qui s'abstiennent, sans motif légitime, de produire le document ou sa copie » à des dommages et intérêts. D'autres sanctions sont encore envisageables. Par exemple, le juge pourrait condamner la partie qui refuse de collaborer au paiement d'une amende civile (art. 780bis C. jud.) ou encore assortir d'astreinte la tenue d'une mesure d'expertise⁵⁰. En outre, l'article 972bis, § 1^{er}, du Code judiciaire permet désormais au juge de tirer « toute conséquence qu'il jugera appropriée »⁵¹ du refus de collaboration d'une partie à l'expertise. Selon nous, cette disposition n'autorise cependant pas le juge à déclarer l'action fondée en raison de ce refus⁵². Par contre, il pourrait prendre en compte ce comportement injustifié au titre de présomption de fait pour fonder sa conviction⁵³.

13. Droit comparé (Pays-Bas). Le droit néerlandais connaît aussi un certain devoir de collaboration des parties à la preuve, notamment dans les actions en responsabilité civile⁵⁴. Ainsi, en matière médicale, de Hoge Raad der Nederlanden est davantage favorable à l'application de ce mécanisme plutôt qu'à un renversement de la charge de la preuve⁵⁵. L'on retrouve ainsi l'obligation pour le médecin de fournir certaines informations au patient au stade de la procédure. La communication de ces renseignements est de nature à permettre à la partie préjudiciée de justifier ses prétentions⁵⁶. Cependant, « si des exigences élevées sont imposées à l'autre partie en matière de fourniture d'informations

Taakverdeling in het burgerlijk proces, op. cit., p. 348; D. MOUGENOT, *La preuve*, op. cit., n° 31; D. MOUGENOT, « Les incidents relatifs à la preuve », in *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Waterloo, Kluwer, 2011, VI.1-2.4; W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., p. 91; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht », op. cit., spéc. p. 696.

⁵⁰ W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., pp. 81-122, spéc. p. 115 et les références citées.

⁵¹ Inséré par l'art. 10 de la loi du 15 mai 2007 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'expertise et rétablissant l'article 509quater du Code pénal (*M.B.*, 22 août 2007).

⁵² Sur la sanction la mieux adaptée en cas de refus de collaboration d'une partie, voy. D. DESSARD, « Medewerking van de partijen aan de bewijsvoering. Sanctionering van weigering », op. cit., spéc. p. 392 et la jurisprudence citée.

⁵³ *Ibid.*, p. 394. Sur les conséquences que le juge peut tirer de l'article 972bis, § 1^{er}, voy. Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 141, n° 47. Voy. en jurisprudence, Civ. Malines (4^e ch.), 23 mai 2012, *R.W.*, 2014-2015, col. 393; Civ. Gand (14^e ch.), 14 septembre 2010, *R.D.J.P.*, 2011, p. 76. Pour un commentaire des options qui s'offrent au juge, voy. W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime..., moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », op. cit., spéc. pp. 116-119.

⁵⁴ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 363.

⁵⁵ W.D.H. ASSER, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 3. Bewijs*, op. cit., p. 399, n° 308.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 396 et s., spéc. n°s 306 et 308.

et de renseignements, la limite concernant le renversement de la charge de la preuve est proche d'être atteinte, si elle n'est pas déjà dépassée »⁵⁷.

Dans un cas où la plaignante arguait ne pas avoir été correctement informée des complications possibles de l'anesthésie péridurale subie dans le cadre d'une opération gynécologique, la Cour suprême néerlandaise a précisé les informations et renseignements que le patient est en droit d'attendre⁵⁸ : « Le médecin poursuivi pour négligence coupable peut être tenu de fournir suffisamment d'informations factuelles à l'appui des affirmations du patient pour justifier son différend. Sur cette base, dans un cas comme celui-ci, le médecin doit donner, le cas échéant, une lecture aussi précise que possible sur ce qui s'est passé pendant le traitement médical, et doit fournir les informations qui lui sont ou pourraient être disponibles en tant que médecin. Le patient peut alors fournir la preuve de l'exactitude de ses déclarations, également en démontrant ou en rendant plausible l'inexactitude des faits ou des données fournies par le médecin »⁵⁹.

La victime se plaignait du fait que le médecin n'avait pas déposé un rapport d'anesthésie complet devant le juge du fond (il ne mentionnait pas l'identité de l'assistant présent). La Haute juridiction rejette la demande, considérant que la cour d'appel de La Haye a légalement justifié sa décision. Cette dernière avait notamment relevé que le médecin avait fourni tous les renseignements en sa possession (1) et qu'il n'avait aucune obligation de mentionner dans le rapport l'identité de la personne qui l'avait assisté (2). En outre, elle juge que le caractère incomplet du rapport « peut, dans la mesure où il est imputable au [défendeur], être utilisé par [la demanderesse] pour appuyer la justesse de son point de vue »⁶⁰. Le professionnel de la santé n'a donc pas manqué à son obligation et « il n'y avait [donc] aucune raison de renverser la charge de la preuve »⁶¹. Enfin, la perte des données administratives ne semblait pas pouvoir être imputée au défendeur (3).

⁵⁷ *Ibid.*, n° 308. Traduction libre : « indien men hoge eisen stelt aan de stelplicht of informatieplicht van de wederpartij, de grens met de omkering van de bewijslast dicht nadert, als die niet al wordt overschreden ».

⁵⁸ *Ibid.*, spéc. n° 308.

⁵⁹ Hoge Raad der Nederlanden, 7 septembre 2001, *JOL*, 2001, p. 458. Traduction libre (« Van de arts die aansprakelijk wordt gesteld wegens verwijtbaar onzorgvuldig handelen, mag worden verlangd dat hij tegenover de desbetreffende stellingen van de patiënt voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting. Op grond daarvan moet, in een geval als het onderhavige, de arts zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing geven van hetgeen, voor zover relevant, tijdens de medische behandeling is voorgevallen en de gegevens verschaffen waarover hij als arts de beschikking heeft of kan hebben. De patiënt kan vervolgens bewijs leveren van de juistheid van zijn of haar stellingen mede door de onjuistheid van de door de arts gestelde feiten of gegevens aan te tonen of aannemelijk te maken »).

⁶⁰ Traduction libre (« Dat verslag kan haar aanknopingspunten geven tot bewijs, ook indien het onvolledig is. Deze onvolledigheid kan immers, voor zover zij aan [verweerder] kan worden toegerekend, door [eiseres] gebruikt worden ter ondersteuning van de juistheid van haar standpunt »).

⁶¹ Hoge Raad der Nederlanden, 7 septembre 2001, *JOL*, 2001, p. 458. Traduction libre.

b) *Validation de la théorie du risque de la preuve*

14. Jurisprudence constante. Le quatrième alinéa introduit la théorie du risque de la preuve dans le nouveau Code civil. Il est désormais établi qu'« en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès, sauf si la loi en dispose autrement ». Cette théorie était déjà admise et appliquée par la jurisprudence⁶².

3. *Nouveauté : renversement de la charge de la preuve en cas de circonstances exceptionnelles*

15. Conditions d'application. L'alinéa 5 de l'article 8.4 introduit une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »⁶³.

Il 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 ».

Cet ajout, inspiré de ce qui existe dans certains droits étrangers, notamment dans le droit néerlandais, repose sur l'idée que « les règles de la charge de la preuve ne peuvent aboutir à des conséquences iniques »⁶⁴. Le juge est désormais autorisé à inverser la charge de la preuve dans le respect des conditions fixées par cette disposition.

Dans l'avant-projet de loi du 7 décembre 2017, ce nouveau pouvoir du juge était libellé en des termes beaucoup plus concis : « Le juge peut déterminer librement qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents aboutit à un résultat manifestement déraisonnable »⁶⁵.

À la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État, il a été ajouté que le juge doit d'abord veiller « à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve » (premier critère). À l'issue de ce processus, à défaut de preuve suffisante, le juge pourra faire application de la possibilité offerte par cet alinéa. « C'est

vraiment un *ultimum remedium* »⁶⁶. Ce « remède » présente ainsi un caractère subsidiaire. « 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 »⁶⁷. L'exposé des motifs souligne ainsi que « [l]orsque le juge a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire, il n'est pas permis au juge de déterminer qui supporte la charge de la preuve »⁶⁸.

En outre, le juge ne pourra faire usage de cette règle qu'en cas de « circonstances exceptionnelles » (deuxième critère), « lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable » (troisième critère). Ce dernier critère témoigne de la volonté de donner une portée stricte, voire restrictive au texte. En effet, son application doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »⁶⁹. La faculté offerte au juge d'inverser la charge de la preuve s'exerce donc uniquement dans l'hypothèse où l'application des règles de base mènerait à une situation d'injustice flagrante.

L'on peut donc retenir que trois critères doivent être cumulativement réunis pour que le juge puisse faire application de cette disposition. En outre, le juge devra justifier sa décision « par un jugement spécialement motivé ».

16. Hypothèses visées. Plusieurs hypothèses sont envisagées dans l'exposé des motifs. La première hypothèse est celle dans laquelle « la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait »⁷⁰. La collaboration à l'administration de la preuve devient « inopérante »⁷¹ ! Cette disparition de preuve peut être – ou non – consécutive à une faute de cette partie. En cas de doute, la partie à l'origine de la disparition de la preuve en subira les conséquences négatives⁷².

L'impossibilité de collaborer à l'administration de la preuve (p. ex. : par la production d'un document) peut être liée à l'effet du temps. Le refus fautif de l'autre partie de collaborer à l'administration de la preuve est aussi envisagé. Il pourra, par exemple, s'agir pour un conseiller fiscal de refuser de restituer à son ancien client ses pièces comptables ou pour une partie au procès de ne pas vouloir communiquer l'identité d'un témoin d'accident qu'elle est seule à connaître⁷³.

⁶² Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14. Voy. p. ex. : Cass., 17 septembre 1999, *Arr. cass.*, 1999, p. 1119, *Dr. circ.*, 2000, p. 14 ; Cass. (1^{re} ch.), 19 janvier 2001, *Pas.*, 2001, p. 130, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 221 ; Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 629.

⁶³ Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁵ Avant-projet de loi portant insertion du livre VIII « Le droit de la preuve » dans le nouveau Code civil, 7 décembre 2017, article 2, alinéa 5 de la section 2, p. 5/20.

⁶⁶ Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 14.

⁶⁹ P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1907, p. 196.

⁷⁰ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 14.

⁷¹ *Ibid.*, p. 14.

⁷² *Ibid.*, p. 14.

⁷³ Exemples cités par W. Vandenbussche, s'appuyant sur le droit allemand (W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, n° 263, et les références).

L'exposé des motifs se réfère à la notion de *Beweisvereitelung*, connue en droit allemand, suisse et autrichien. Il s'agit de l'obstruction en matière de preuve. Dans le cadre de sa thèse, W. Vandenbussche a défini ce concept, inconnu dans notre droit. Il écrit ce qui suit : « En général, il s'agit d'un acte ou d'une omission du cocontractant⁷⁴ sans lequel une clarification des circonstances factuelles aurait été possible. Plus précisément, il s'agit d'un comportement intentionnel ou par négligence qui aggrave ou empêche la fourniture de preuves par la partie qui soumet l'affaire »⁷⁵. Les pièces utiles à la résolution du litige peuvent ainsi avoir été détruites, dissimulées ou non conservées, tant au stade de la procédure qu'en amont, lorsqu'une partie n'a pas respecté ses obligations⁷⁶.

Une seconde hypothèse est celle d'un « déséquilibre important dans l'aptitude de la preuve, lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties »⁷⁷. Ainsi, par exemple, un déséquilibre économique entre les parties pourra, le cas échéant, entraîner un renversement de la charge de la preuve. Cette seule circonstance ne justifie cependant pas en soi une inversion de la charge de la preuve⁷⁸. En outre, l'exposé des motifs précise que « dans ces circonstances, le juge tiendra également compte de l'allègement du degré de preuve »⁷⁹ (voy. *infra*, nos 22-24).

17. Exemples concrets (3). (1) Dans le rapport fait au nom de la commission de la Justice, l'exemple suivant est décrit : « Un client se rend à un distributeur automatique pour effectuer un retrait. Suite à un problème technique, le distributeur ne délivre pas le montant demandé, mais débite néanmoins le compte du client. L'affaire est soumise à un juge, qui demande à la banque de produire ses registres. La banque affirme que ceux-ci ont été détruits »⁸⁰. La charge de la preuve pèse en principe sur le client, en raison de sa position procédurale. Le juge pourrait cependant décider d'inverser la charge de la preuve s'il estime les trois critères vus ci-dessus réunis (voy. *supra*, n° 15).

D'autres hypothèses peuvent encore être envisagées. (2) Par exemple, on peut prendre le cas d'un éleveur qui omettrait sciemment d'informer le propriétaire (agriculteur) du décès de ses animaux, l'empêchant ainsi de pouvoir investiguer sur la cause exacte de leur mort. Dans un arrêt du 28 mars 2012, la cour d'appel de Gand décide ainsi qu'« il est manifestement déraisonnable et donc contraire à la bonne foi d'invoquer la charge de la preuve incombant au propriétaire, lorsque [l'autre partie] a rendu cette preuve impossible en raison d'une omission »⁸¹.

⁷⁴ Nous soulignons.

⁷⁵ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 263. Voy. aussi les références citées.

⁷⁶ *Ibid.*, n° 263, et les références.

⁷⁷ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, op. cit., p. 15.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁰ Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

⁸¹ Traduction libre. Gand, 28 mars 2012, *R.A.B.G.*, 2014, liv. 5, p. 294, note W. VANDENBUSSCHE.

(3) La perte du dossier médical d'un patient pourrait également constituer une autre hypothèse menant à un renversement de la charge de la preuve. Ce fut le cas dans une décision de la *Bundesgerichtshof* du 21 novembre 1995⁸². Un patient intente une action en responsabilité civile contre un hôpital au motif, notamment, que le chirurgien qui l'a opéré de calculs biliaires a laissé une pierre résiduelle, alors que celle-ci était – selon lui – reconnaissable sur les radiographies prises pendant l'opération. Par la suite, le patient doit donc être réopéré. Il estime avoir subi des dommages importants. Pour l'hôpital, le chirurgien concerné n'a commis aucune faute dans le traitement. En outre, aucune preuve de culpabilité ne peut plus être rapportée car les radiographies peropératoires ont disparu. La cour d'appel rejette la demande du plaignant. Elle estime que la responsabilité du médecin concerné ne peut être établie à défaut de preuve que la pierre apparaissait effectivement sur les radiographies litigieuses. Quant à la perte de celles-ci, la cour d'appel juge que l'hôpital ne peut pas être tenu pour responsable. L'hôpital soutenait que ces radiographies avaient été transmises à un autre établissement lors du transfert du patient, sans toutefois en rapporter la preuve.

L'affaire arrive finalement devant la Cour fédérale de justice allemande. Celle-ci ne partage pas l'analyse de la juridiction d'appel. Elle juge que « l'une des tâches organisationnelles de l'hôpital consiste à sécuriser les documents qui fournissent des informations sur le processus de traitement. S'il s'avère nécessaire de remettre les dossiers médicaux à un autre organisme, il incombe à l'hôpital de documenter quand il a transmis les documents à quel organisme et dans quel but. Si l'hôpital reçoit les documents en retour, il doit également le noter ; s'il ne les reçoit pas dans un délai raisonnable, il est alors tenu de veiller à leur restitution ; ces efforts et leur succès doivent également être documentés. Dans tous les cas, le prestataire hospitalier doit veiller à ce que les dossiers médicaux soient clairement localisés, ce que le défendeur n'a pas fait »⁸³. Eu égard à ces manquements, il s'ensuit que le patient « est exonéré de la preuve de son allégation que la pierre restante était reconnaissable sur les radiographies prises pendant l'opération [...] ; [c]ela signifie qu'il appartient maintenant [à l'hôpital] de prouver que la pierre restante n'était pas reconnaissable par le chirurgien [...] lors de l'opération [...] »⁸⁴.

18. Renversement de la charge de la preuve et article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à un procès équitable). L'exposé des motifs soulève la crainte de certains concernant le risque d'arbitraire qui pourrait découler de la possibilité pour le juge de renverser la charge de la preuve. Selon eux, il y aurait une menace de violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le législateur

⁸² BGH, 21 novembre 1995, VI ZR 341/94, *N.J.W.*, 1996, 779, 780 f.

⁸³ Traduction libre.

⁸⁴ Traduction libre.

soutient que ce même article justifierait, en certaines circonstances, qu'il soit procédé au renversement de la charge de la preuve⁸⁵.

Est-il réellement pertinent de faire intervenir l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le débat? Le principe de l'égalité des armes, élément majeur de la notion de procès équitable, a pour finalité de «maintenir un "juste équilibre" entre les parties» au procès⁸⁶. Il implique «l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire»⁸⁷. Le principe de l'égalité des armes est étroitement lié au principe du contradictoire⁸⁸. Ils constituent en effet «des éléments fondamentaux de la notion de "procès équitable" au sens de l'article 6, § 1, de la Convention»⁸⁹.

Le principe de l'égalité des armes est méconnu lorsqu'il s'avère qu'une partie était «dans une position ou une fonction qui l'a avantagée et [que] le tribunal n'a pas permis de [...] combattre sérieusement [ce déséquilibre] en refusant à l'autre partie de prendre connaissance des pièces ou d'entendre des témoins»⁹⁰.

Lorsqu'une partie fonde ses prétentions sur certains éléments de preuve, elle est tenue de communiquer ceux-ci à son adversaire – si nécessaire sous l'injonction du juge – afin qu'il puisse les contester⁹¹. Cependant, le principe de l'égalité des armes – tel qu'interprété au sens de la jurisprudence de la Cour – ne va pas jusqu'à conférer un droit à la production de preuves détenues par l'autre partie qui n'en ferait pas état⁹².

Dans son arrêt *Montovanelli c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle «que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6, paragraphe 1 (art. 6-1) est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de

⁸⁵ Projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

⁸⁶ X., *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil)*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2019, mise à jour au 31 août 2019, p. 70/104.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 70/104, citant *Regner c. République tchèque* [GC], n° 35289/11, 19 septembre 2017, § 146; *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, n° 14448/88, 27 octobre 1993, série A n° 274, § 33.

⁸⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Regner c. République tchèque* [GC], n° 35289/11, 19 septembre 2017, § 146.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ X., *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil)*, op. cit., p. 71/104, arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, n° 19983/92, 24 février 1997, §§ 54 et 58.

⁹¹ R.H. DE BOCK, *Tussen waarheid en onzekerheid : over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (BPP nr. XI), 2011, p. 67, note 110.

⁹² W.D.H. ASSER, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 3. Bewijs*, op. cit., p. 79, n° 68; R.H. DE BOCK, *Tussen waarheid en onzekerheid* (BPP nr. XI), 2011, p. 67, note 110; J. EKELMANS, *De exhibitieplicht* (BPP nr. X), 2010, § 4.3.2.

prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision»⁹³.

La Cour précise encore en des termes clairs que «la Convention ne régleme pas le régime des preuves en tant que tel»⁹⁴. La question de l'attribution de la charge de la preuve est en principe une question qui relève du droit interne des États parties⁹⁵. Néanmoins, la Cour vérifie «si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6, paragraphe 1 (art. 6-1) (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Schenk c. Suisse* du 12 juillet 1988, série A n° 140, p. 29, par. 46)»⁹⁶.

Eu égard à ces enseignements, l'on peut conclure ni plus ni moins que le droit à un procès équitable implique que les parties aient pu «participer de manière adéquate à la procédure devant le "tribunal"»⁹⁷, cette dernière devant être envisagée dans sa globalité. Dès lors, la justification avancée dans l'exposé des motifs selon laquelle «le principe de l'égalité des armes, qui découle de l'article 6 C.E.D.H., rend parfois nécessaire un renversement de la charge de la preuve», nous semble aller un pas trop loin.

À l'inverse, la faculté laissée au juge d'inverser la charge de la preuve dans le respect des conditions fixées à l'alinéa 5 ne nous semble pas de nature à méconnaître l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'on peut penser à deux hypothèses. La première hypothèse est celle de l'incertitude juridique qui découle de l'interprétation divergente du droit interne par les tribunaux nationaux. En principe, il n'appartient pas à la Cour «de se substituer aux juridictions nationales. Il revient en premier lieu aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, de résoudre les problèmes d'interprétation de la législation nationale [...]». Ainsi, la Cour ne remettra pas en cause l'interprétation du droit interne par les juridictions nationales, sauf en cas d'arbitraire manifeste [...], c'est-à-dire, lorsqu'elle constate que les juridictions nationales ont appliqué le droit dans un cas particulier de manière manifestement erronée ou d'une façon qui mène à des conclusions arbitraires et/ou à un déni de justice [...]»⁹⁸.

⁹³ Voy. aussi les arrêts cités auxquels la Cour fait référence (§ 33).

⁹⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Montovanelli c. France*, n° 21497/93, 18 mars 1997, § 34.

⁹⁵ Cour eur. D.H., *Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), n° 47457/99 et n° 47458/99, 27 avril 2000.

⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Montovanelli c. France*, n° 21497/93, 18 mars 1997, § 34.

⁹⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Montovanelli c. France*, n° 21497/93, 18 mars 1997, § 33.

⁹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Andelković c. Serbie*, n° 1401/08, 9 avril 2013, § 24. Traduction libre («The Court reiterates at the outset that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation (see, among many authorities, *Bernaldo de la Torre v. Spain*, 19 December 1997, § 31, Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII). That being so, the Court will not question the interpretation of domestic law by the national courts, save in the event of evident arbitrariness (see, *mutatis mutandis*, *Adamson v. Latvia*, no. 3669/03, § 118, 24 June 2008), in other words, when it observes that the domestic courts have applied the law in a particular case manifestly erroneously or so as to reach arbitrary conclusions and/or a denial of justice [...]).

À cet égard, même si la Cour considère que « des divergences de jurisprudence entre les tribunaux nationaux créent une insécurité juridique incompatible avec les exigences de l'État de droit »⁹⁹, elle estime également qu'elles « constituent, par nature, la conséquence inhérente à tout système judiciaire qui repose sur un ensemble de juridictions du fond ayant autorité sur leur ressort »¹⁰⁰. En conséquence, selon la Cour, il importe de vérifier si la Cour suprême nationale connaît aussi de telles divergences dans sa pratique ou, à l'inverse, si elle garantit, par sa jurisprudence, une certaine harmonisation et partant, renforce la sécurité juridique¹⁰¹. En conclusion, des différences jurisprudentielles au niveau des tribunaux inférieurs ne semblent pas pouvoir entraîner une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en l'absence de contradictions manifestes dans la jurisprudence d'une cour suprême¹⁰².

Dès lors, pour en revenir à l'alinéa 5, même à imaginer que l'on puisse constater l'existence d'interprétations distinctes du prescrit légal au sein des juridictions de fond, une méconnaissance effective de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est peu probable compte tenu du rôle joué par la Cour de cassation, quant à elle relativement immuable dans sa jurisprudence.

La seconde hypothèse est celle où il existe un élément arbitraire dans la décision judiciaire elle-même. Il s'agirait par exemple du cas dans lequel le juge du fond inverserait la charge de la preuve sans justifier de circonstances exceptionnelles. L'on peut aussi penser à l'éventualité dans laquelle le juge recourrait à l'alinéa 5 après avoir refusé de faire droit à la demande d'une partie de procéder à une mesure d'instruction sans que ce refus ne soit motivé. À cet égard, le contrôle par la Cour de cassation du respect des conditions fixées par le prescrit légal nous semble de nature à garantir une procédure équitable¹⁰³.

19. Évolution en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice. La possibilité pour le juge de prendre en compte un déséquilibre significatif entre les parties dans l'aptitude à rapporter une preuve est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice.

⁹⁹ X., *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet civil)*, op. cit., p. 67/104, voy. mutatis mutandis l'arrêt *Molla Sali c. Grèce* [GC], n° 20452/14, 19 décembre 2018, § 153.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 68/104, arrêt *Beian c. Roumanie* (n° 1), n° 30658/05, 6 décembre 2007, § 37.

¹⁰¹ Cour eur. D.H., arrêt *Beian c. Roumanie* (n° 1), n° 30658/05, 6 décembre 2007, § 37 : « le rôle d'une juridiction suprême est précisément de régler ces contradictions (*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 59, CEDH 1999-VII) ».

¹⁰² Voy. les arrêts : *Albu et autres c. Roumanie*, n° 34796/09 et 63 autres, 10 mai 2012, § 42. Comp. *Hayati Çelebi et autres c. Turquie*, n° 582/05, 9 février 2016, § 66 ; *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie* [GC], n° 76943/11, 29 novembre 2016, §§ 130-132.

¹⁰³ Pour rappel, lors de son examen, la Cour européenne des droits de l'homme envisage la procédure dans sa globalité au regard des exigences de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention (arrêt *Miroslavovs et autres c. Lettonie*, n° 798/05, 15 septembre 2009, § 103).

Le professeur Dominique Mougenot épingle à cet égard un arrêt du 18 décembre 2014, relatif au devoir d'information de l'organisme de crédit¹⁰⁴. Dans cet arrêt, la Cour décide que bien qu'il ne lui appartient pas « de se prononcer sur l'interprétation de dispositions du droit interne, [...] le respect [du principe d'effectivité] serait compromis si la charge de la preuve de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive 2008/48 reposait sur le consommateur ». En effet, selon la Cour : « ce dernier ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver que le prêteur, d'une part, ne lui a pas fourni des informations prescrites à l'article 5 de cette directive et, d'autre part, n'a pas vérifié sa solvabilité »¹⁰⁵.

Un autre exemple mérite encore d'être évoqué. Dans un arrêt du 3 octobre 2013, la Cour de justice eut à se prononcer sur des questions préjudicielles relatives à la gestion du lisier provenant de l'exploitation d'une porcherie à l'aune des exigences de la directive 75/442/CEE. Afin de respecter le principe d'efficacité du droit de l'Union, elle juge que les règles nationales afférentes à la charge de la preuve « ne peuvent conduire à rendre excessivement difficile la preuve de ce que des substances doivent, par application des critères résultant de ladite jurisprudence, être considérées comme des sous-produits »¹⁰⁶.

20. Droit comparé (Pays-Bas). Le droit néerlandais admet une répartition différente de la charge de la preuve sur la base des concepts de « redelijkheid en billijkheid ». L'article 150 du Code de procédure civile néerlandais dispose : « De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit »¹⁰⁷. Comme W. Vandebussche le relève, « la Cour suprême [néerlandaise] prêche la modération dans [l'] utilisation [de cette faculté de renverser la charge de la preuve pour des motifs d'équité] »¹⁰⁸.

Une application du renversement de la charge de la preuve peut être trouvée dans un jugement du tribunal d'Utrecht du 31 mai 2006. Une patiente, qui devait subir une chirurgie, soutenait qu'une erreur médicale avait été commise en amont de l'intervention qu'elle devait subir. Selon elle, la vidange de la vessie par cathétérisme – acte essentiel préalable à ce type d'opération – n'avait pas été

¹⁰⁴ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, spéc. p. 129.

¹⁰⁵ C.J.U.E., 18 décembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance c. Bakkans*, ECLI:EU:C:2014:2464, point 27.

¹⁰⁶ C.J.U.E., 3 octobre 2013, C-113/12, *Donal Brady c. Environmental Protection Agency*, ECLI:EU:C:2013:627, point 62.

¹⁰⁷ Traduction libre : « La partie qui invoque les conséquences juridiques des faits ou des droits qu'elle prétend supporter la charge de la preuve de ces faits ou de ces droits, sauf si une répartition différente de la charge de la preuve découle de toute règle particulière ou des exigences du caractère raisonnable et équitable ».

¹⁰⁸ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 784. Voy. aussi : R.P. WIJNE, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, La Haye, B.J.U., 2013, p. 227, n° 4.2.2.1.

réalisée. Après avoir rappelé que, par principe, la charge de la preuve repose sur le patient, le tribunal estime qu'il est justifié de renverser la charge de la preuve sur la base du caractère raisonnable et équitable. À l'appui de sa position, la juridiction relève d'une part, que la patiente n'a pas été en mesure de constater la réalisation de cet acte factuel puisqu'elle était sous anesthésie et, d'autre part, que les documents produits ne montrent pas qu'un tel acte a été effectué. Le tribunal juge que dès le moment où il « est établi pour les parties qu'il s'agit d'un acte essentiel dans une opération telle que celle en cause, il appartient à [l'hôpital] de prouver qu'un cathétérisme vésical a eu lieu [...] immédiatement avant l'opération du patient »¹⁰⁹.

C. Degré de preuve

1. Règle générale

21. Preuve certaine. La question du degré de preuve n'est pas réglée par la loi actuelle¹¹⁰. L'article 8.5 entérine le fait que le juge doit fonder sa conviction sur une certitude « raisonnable », c'est-à-dire « qui exclut tout doute raisonnable ». Comme c'est déjà le cas actuellement, une certitude absolue (à 100 %) n'est pas requise¹¹¹.

2. Preuve par vraisemblance

22. Preuve par vraisemblance pour les faits négatifs. Conformément à l'article 8.6, alinéa 1^{er}, du nouveau livre 8 : « 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 ».

À nouveau, le texte légal consacre une jurisprudence bien établie. Selon la Cour de cassation, « si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve d'un fait positif contraire »¹¹². Ce faisant, tout en réaffirmant les règles classiques en matière de charge de la

¹⁰⁹ Traduction libre. Rechtbank Utrecht, 31 mai 2006, n° 200393/HA ZA 05-1808, inédit, cité par R.P. WIJNF, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, La Haye, BJU, 2013, p. 228, n° 4.2.2.1. et repris par W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., n° 785 (« [...] terwijl het, naar tussen partijen vaststaat, een essentiële handeling betreft bij een operatie als de onderhavige, ligt het op de weg van het UMCU om te bewijzen dat direct voorafgaand aan de operatie bij patiënte op 22 december 1999 bij haar een blaaskatheterisatie heeft plaatsgevonden »).

¹¹⁰ Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

¹¹¹ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

¹¹² Cass. (1^{re} ch.), 18 novembre 2011, *Larc. cass.*, 2012/3, p. 65, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voy. aussi : Cass. (1^{re} ch.), 26 novembre 2010, *Arr. cass.*, 2010, p. 2840, *Pas.*, 2010, p. 3022 ; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004,

preuve, la Cour avait déjà, par sa jurisprudence, modéré le degré de certitude requis lorsqu'il s'agit de prouver un fait négatif.

La preuve par vraisemblance pourra par exemple être admise dans l'hypothèse où un consommateur doit prouver « qu'un professionnel tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires »¹¹³, alors que ce dernier affirme le contraire.

Le législateur a précisé dans l'exposé des motifs ce que l'on doit entendre derrière la notion de « preuve par vraisemblance » : « Si on devait parler en pourcentage de certitude, on pourrait mentionner 75 %, c'est-à-dire qu'il existe des éléments sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables »¹¹⁴. Cette notion de « preuve par vraisemblance » semble correspondre à celle de « vraisemblance prépondérante », retenue en droit suisse (voy. *infra*, n° 24), et qui traduit un taux de probabilité (théorique) d'au moins 75 %¹¹⁵.

23. Quid de la preuve par vraisemblance pour les faits positifs ? La preuve par vraisemblance est également possible « 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 » (al. 2). Tous les faits positifs ne sont donc pas concernés.

En matière d'assurance vol, par exemple, l'assuré supporte la charge de la preuve du vol¹¹⁶. Il ne devra cependant pas apporter une preuve certaine¹¹⁷. La difficulté pour l'assuré consiste évidemment à prouver la réalité du vol dont il se prétend victime. Les juges du fond admettent depuis longtemps la preuve

Arr. cass., 2004, p. 2081, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Pas.*, 2004, p. 2022, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161 ; Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. KIRKPATRICK.

¹¹³ Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

¹¹⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 17.

¹¹⁵ I. JUVET, « Degré de preuve en droit de la responsabilité civile, plus particulièrement sous l'angle de la causalité », in S. Fuhrer et C. Chappuis (dir.), *Liber amicorum Roland Brehm*, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2012, pp. 205-217, spéc. p. 206, et les références. Voy. toutefois sur le seuil de décision effectivement retenu en pratique (comparaison droit suisse/common law) : M. SCHWEIZER, « The civil standard of proof – what is it, actually? », Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn, 2013/12.

¹¹⁶ *A contrario*, si une action en remboursement d'indemnité est introduite par l'assureur qui estime qu'il s'agissait en réalité d'un vol simulé, il revient à ce dernier d'en rapporter la preuve (Mons, 13 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2013, p. 925).

¹¹⁷ Cette hypothèse est expressément visée dans le rapport fait au nom de la Commission de la Justice (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 37).

par vraisemblance¹¹⁸. Afin de se forger une opinion, le juge aura égard aux circonstances de fait : une déclaration de vol qui apparaît sincère et vraisemblable et l'absence d'indices susceptibles de légitimer quelque suspicion vis-à-vis de l'assuré peuvent suffire à emporter sa conviction¹¹⁹. Dans un arrêt du 22 janvier 2009¹²⁰, la Cour de cassation valide la décision de la cour d'appel de Liège fondée sur de tels motifs¹²¹.

Exiger une preuve certaine mènerait *de facto* à empêcher l'assuré d'obtenir la couverture du sinistre par l'assureur. Un allègement du fardeau de la preuve en faveur de l'assuré se justifie donc pleinement. De son côté, l'assureur pourra démontrer que « la réalité du vol allégué est douteuse, à l'aide d'indices tendant à mettre en doute la crédibilité de l'assuré et à souligner les imprécisions et autres contradictions de ses déclarations »¹²². Le juge appréciera ensuite les éléments de fait qui lui sont soumis et décidera, selon son intime conviction, si la vraisemblance (et donc la réalité) du vol est suffisamment établie¹²³.

24. L'inspiration du droit suisse. L'exposé des motifs ne s'en cache pas : « la formulation du texte est inspirée de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral suisse »¹²⁴. Plusieurs décisions rendues par cette juridiction sont citées. Nous les analysons ci-dessous.

La première décision est un arrêt du 15 mars 2010¹²⁵, rendu en matière médicale. La partie préjudiciée se plaignait d'avoir contracté l'hépatite B à la suite de l'une des deux gastroscopies qu'elle avait subies. Elle assigne l'hôpital en responsabilité. Le tribunal de première instance du canton de Genève, après avoir ordonné une expertise, retient la responsabilité de l'établissement hospitalier. En degré d'appel, le jugement de première instance est confirmé, considérant qu'il existe bien « un lien de causalité naturelle entre l'une ou l'autre des gastroscopies subies [à l'hôpital] et l'hépatite B dont est atteint [le patient] ».

¹¹⁸ Mons (18^e ch.), 5 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1184; Bruxelles (4^e ch.), 28 mai 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.770; Gand (12^e ch.), 10 avril 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13.660; Comm. Mons (3^e ch. temp.), 13 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1233; Civ. Bruxelles (8^e ch.), 19 janvier 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1227.

¹¹⁹ Notez que certaines décisions soulignent la relation de confiance qui doit exister entre l'assureur et l'assuré.

¹²⁰ Voy. précédemment : Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 2003, *R.G.A.R.*, 2004/8, n° 13.917 (le juge ne peut intervenir la charge de la preuve).

¹²¹ Cass., 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1182. Voy. également : Liège (3^e ch.), 27 avril 2015, *J.T.*, 2016, n° 6629, p. 12.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Pour des cas d'application : Liège, 13 novembre 2017, *R.D.J.P.*, 2018, p. 131; Mons, 15 juin 2017, *J.T.*, 2017, p. 699; Mons, 16 février 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.428; Mons, 30 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.328; Mons, 18 février 2016, *Bull. ass.*, 2017, p. 441; Liège, 4 janvier 2016, *J.T.*, 2016, p. 336; Liège, 27 avril 2015, *J.T.*, 2016, p. 12; Liège, 9 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.718; Liège, 23 novembre 2009, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.764; Mons, 11 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1189, note N. SCHMITZ.

¹²⁴ Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

¹²⁵ Trib. féd. (CH), 15 mars 2010, 4D_151/2009.

L'hôpital intente alors un « recours constitutionnel subsidiaire »¹²⁶ devant le Tribunal fédéral afin que celui-ci annule l'arrêt cantonal et constate toute absence de responsabilité dans son chef.

Selon l'hôpital, la Cour de justice du canton de Genève a fait une appréciation arbitraire des preuves. À l'appui de son argumentation devant le Tribunal fédéral, l'hôpital invoque que « l'inflammation du foie préexistante, la probabilité nulle ou purement théorique d'une contamination du virus de l'hépatite B par endoscopie et l'existence d'autres modes de transmission bien plus probables auraient dû conduire les juges à conclure que l'intimé n'avait pas démontré avec un degré de vraisemblance prépondérante le lien de causalité naturelle entre les gastroscopies incriminées et sa contamination par le virus de l'hépatite B »¹²⁷.

Le rapport d'expertise indiquait que la transmission du virus de l'hépatite B pouvait avoir lieu par cinq modes de transmission : transmission horizontale (à partir d'objets usuels), transmission parentérale (sang et matériel souillé de sang), transmission sexuelle, transmission prénatale, et, enfin, transmission materno-fœtale. Après avoir exclu les deux derniers modes de transmission (la contamination étant postérieure à la naissance), la juridiction d'appel avait exclu la transmission parentérale en l'absence de transfusion sanguine dans les mois précédents l'apparition de la maladie, ainsi que la transmission sexuelle, compte tenu du fait que l'épouse n'était pas porteuse du virus, pourtant très contagieux. Sans s'attarder sur le risque de transmission horizontale, la juridiction d'appel retient la transmission nosocomiale, qui, aux termes du rapport d'expertise, ne peut être exclue compte tenu que 30% des contaminations non élucidées pourraient ainsi être expliquées.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral rappelle d'abord qu'« en principe, un fait est établi si le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. Lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée ("état de nécessité en matière de preuve") », le degré de preuve requis se limite alors à la *vraisemblance prépondérante* »¹²⁸.

Après avoir constaté la recevabilité du recours et avoir examiné le raisonnement de la juridiction cantonale, le Tribunal fédéral conclut à l'appréciation arbitraire des preuves. Il relève d'abord que la contre-preuve apportée par l'hôpital, qui se basait sur les examens sanguins préalables à l'intervention pour affirmer que le patient pouvait déjà être porteur du virus de l'hépatite B à ce

¹²⁶ Cette voie de recours extraordinaire constitue « une sorte de *ultima ratio*, destinée à assurer une protection juridique minimale au niveau fédéral pour tous les cas dans lesquels aucune des voies de recours ordinaires au Tribunal fédéral [...] n'est ouverte » (P. MAHON, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel, 2014, N. 354 ss). Elle présente un caractère subsidiaire. Les griefs que le plaignant peut invoquer se limitent ici exclusivement à la violation des droits constitutionnels. Pour plus d'informations à ce sujet, voy. l'étude du Service de recherche du Parlement européen, *Recours des particuliers devant les plus hautes juridictions, une perspective de droit comparé*. Suisse, Unité Bibliothèque de droit comparé, octobre 2017, spéc. pp. 32-34.

¹²⁷ Trib. féd. (CH), 15 mars 2010, 4D_151/2009, 2.2.

¹²⁸ Nous soulignons.

moment-là, est de nature à remettre en cause l'origine de la contamination invoquée. Ensuite, il apparaît que le risque de contamination par endoscope mal désinfecté, estimé à 1 pour 100.000 examens par la juridiction d'appel, a été largement surestimé par rapport aux données de l'expertise et que le taux est en réalité extrêmement faible. Enfin, selon le Tribunal fédéral, la juridiction d'appel ne pouvait exclure catégoriquement les modes de transmissions horizontale et sexuelle sur la base des faits constatés. Le Tribunal fédéral considère donc que la thèse de la contamination par gastroscopie, retenue par la cour cantonale, ne pouvait être considérée comme celle qui est la *plus vraisemblable*. La partie préjudiciée n'étant pas parvenue à démontrer « avec un degré de vraisemblance prépondérante avoir été infecté[e] par le virus de l'hépatite B au cours de l'une ou l'autre des deux gastroscopies [...], il s'ensuit que l'une des conditions de la responsabilité [...] fait défaut ». L'arrêt attaqué est en conséquence réformé.

Le deuxième arrêt auquel fait référence l'exposé des motifs est « l'affaire de la cafetière »¹²⁹. À la suite de l'explosion d'une cafetière bouillante, la victime introduit une action en responsabilité contre le « producteur »¹³⁰ du produit afin d'obtenir des dommages et intérêts pour les blessures subies et les douleurs ressenties lors de l'usage de sa main gauche. Selon les déclarations de la victime, cette dernière avait posé la carafe en verre contenant le café chaud sur le plan de travail et y avait placé le couvercle lorsque la carafe a explosé. La victime avait subi, dans l'urgence, une intervention chirurgicale et les convives, présents ce soir-là, avaient nettoyé et jeté les morceaux de verre. La victime soutenait que la cafetière était affectée d'un défaut. L'assureur du « producteur » défendait, pour sa part, que la cafetière n'était affectée d'aucun défaut et que le dommage était survenu à la suite d'une mauvaise utilisation du produit.

En première instance et en degré d'appel, la victime est déboutée de ses prétentions. Selon l'arrêt attaqué, la preuve du défaut du produit (au niveau de la fabrication, de la conception ou de la présentation) n'est pas suffisamment rapportée. Il existe un doute sur les causes de l'explosion de la cafetière. En outre, une expertise s'avère impossible dès lors que les morceaux de la carafe ont été éliminés.

La victime saisit ensuite le Tribunal fédéral. Après avoir examiné la recevabilité du recours et avoir rappelé les limites de sa compétence, le Tribunal fédéral insiste sur la preuve qui doit être démontrée, c'est-à-dire celle selon laquelle le produit ne satisfait pas à « l'attente de sécurité légitime du consommateur moyen », compte tenu des circonstances¹³¹. La victime ne doit donc pas

¹²⁹ Trib. féd. (CH), 19 décembre 2006, 133 III 81. Pour un commentaire, C. CHAPPUIS et F. WERRO, « La preuve en droit de la responsabilité civile : panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies », in *La preuve en droit de la responsabilité civile : journée de la responsabilité civile 2010*, Genève, Schulthess, 2011, spéc. pp. 17-18.

¹³⁰ Au sens de la loi fédérale suisse sur la responsabilité du fait des produits.

¹³¹ La loi fédérale suisse sur la responsabilité du fait des produits est largement inspirée de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

nécessairement établir l'existence d'un défaut de fabrication ou de conception, comme jugé erronément par la cour cantonale.

Après avoir noté que l'appareil était récent et avait été utilisé conformément à sa destination, le Tribunal fédéral énonce qu'il appartient à la victime, partie demanderesse, de démontrer les circonstances de l'accident. Selon le Tribunal, un allègement de la preuve peut être justifié par « un état de nécessité en matière de preuve », comme c'est le cas dans la présente affaire où le consommateur « ne disposera souvent au mieux que de ses propres déclarations ». Le degré de preuve exigé est alors celui de la « vraisemblance prépondérante » des faits allégués. Du fait que la cour cantonale n'a pas tenu compte de cet allègement du degré de preuve dans sa décision, le Tribunal fédéral annule l'arrêt attaqué et renvoie l'affaire à la cour cantonale afin qu'il soit procédé à une nouvelle décision. Le Tribunal fédéral ajoute que dans le cadre de son appréciation des preuves sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, la cour cantonale disposera des déclarations de la victime et des témoignages des invités présents lors de l'accident. Comme dans la précédente affaire (*voy. supra*, l'arrêt 15 mars 2010), la contre-preuve éventuelle pourra être apportée par la partie défenderesse.

Le troisième cas, qui a donné lieu à un arrêt du 29 janvier 2004¹³², concerne un litige en matière d'assurance vol. À la suite d'un vol à main armée, un marchand de bijoux et de pierres précieuses sollicite une indemnisation auprès de son assureur pour le vol des marchandises dérobées. Ce dernier refuse son intervention et le plaignant décide d'aller en justice. Les tribunaux cantonaux rejettent l'action au motif que le demandeur ne rapporte pas la preuve des faits à l'origine de sa demande. Les juges doutent de la crédibilité du plaignant. Ils relèvent – entre autres – l'existence de « contradictions et incohérences évidentes entre les premières déclarations faites aux autorités chargées de l'enquête et les déclarations factuelles ultérieures dans la procédure judiciaire »¹³³. L'affaire arrive finalement devant le Tribunal fédéral devant lequel le plaignant allègue une violation des règles de preuve.

Le Tribunal fédéral rappelle d'abord les règles applicables. En vertu de celles-ci, la charge de la preuve du vol pèse sur l'assuré. Un allègement du fardeau de la preuve peut cependant être justifié en cas de « manque de preuve », c'est-à-dire lorsqu'une « preuve stricte n'est pas possible ou déraisonnable en raison de la nature de l'affaire »¹³⁴. Le Tribunal précise cependant que : « de pures difficultés de preuve dans un cas individuel concret ne peuvent conduire à un allègement de la charge de la preuve »¹³⁵. Dans le type de contentieux en cause, un abaissement du degré de preuve est admis, si bien que le juge peut se contenter d'une « vraisemblance prépondérante ». Celle-ci doit être distinguée

¹³² Trib. féd. (CH), 29 janvier 2004, 130 III 321.

¹³³ Traduction libre.

¹³⁴ Traduction libre.

¹³⁵ Traduction libre.

de la « simple vraisemblance », qui est acquise lorsque « certains éléments parlent [en faveur de l'existence d'un fait], même si le tribunal estime toujours qu'il est possible qu'il ne se soit pas réalisé »¹³⁶. Enfin, « si l'assureur parvient, dans le cadre de la contre-preuve à laquelle il a droit, à susciter de sérieux doutes quant à la déclaration du demandeur, la preuve principale du demandeur [échoue] »¹³⁷.

Constatant que la juridiction d'appel a correctement fait application de ces principes, le Tribunal fédéral rejette la demande fondée sur une violation des règles de preuve. Comme nous l'avons vu (*supra*, n° 23), cette solution est assez proche de la jurisprudence belge applicable en la matière.

Section 2

Application – Obligation d'information des professionnels, en particulier en matière de santé

25. Enjeu du débat. Quatre ans plus tard, l'on se souvient encore de l'arrêt du 25 juin 2015 de la Cour de cassation qui concerne la charge de la preuve du devoir d'information de l'avocat envers son client. Cette affaire a fait couler beaucoup d'encre¹³⁸. La Cour avait jugé qu'il incombe à l'avocat d'aviser son client de son droit à l'aide juridique et à rapporter la preuve de la délivrance de cette information¹³⁹. Devait-on y déceler un revirement de jurisprudence de la Haute juridiction en matière de charge de la preuve du devoir d'information des professionnels (médecins, avocats, notaires, etc.)¹⁴⁰?

26. Application en matière médicale – Théories proposées. Traditionnellement, la jurisprudence considère que le manquement à l'obligation d'information, à l'origine d'un dommage, doit être établi par le patient¹⁴¹.

¹³⁶ Traduction libre.

¹³⁷ Traduction libre.

¹³⁸ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, pp. 115-147; D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive? », *R.D.C.-I.B.H.*, 2016, pp. 655-661; 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, pp. 7-38; Fr. GLANSDORFF, note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren », *R.W.*, 2015-2016, p. 1665.

¹³⁹ Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 368, note C. LEMMENS, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219, note Fr. GLANSDORFF, *R.W.*, 2015-2016, p. 1664, note W. VANDENBUSSCHE, *R.D.C.*, 2016, p. 653, note D. MOUGENOT.

¹⁴⁰ En ce sens, voy. Fr. GLANSDORFF, note sous Cass. (1^{re} ch.), 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219; I. REUSENS, « Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient: plaidoyer pour un dialogue thérapeutique », *Consilio*, 2016/2, pp. 97-121. *Contra*: M.-A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374.

¹⁴¹ Cass., 16 décembre 2004, *R.G.* n° C.03.0273.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *R.G.* n° C.03.0407.N, *Arr. cass.*, 2004, p. 2081, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *Pas.*,

Les auteurs de doctrine apparaissent divisés lorsqu'il s'agit de déterminer la partie sur laquelle doit (ou devrait) reposer la charge de la preuve du devoir d'information. Pour certains, la charge de la preuve incombe toujours au créancier de l'information. Pour d'autres, c'est au débiteur de l'information de démontrer qu'il a satisfait à son obligation d'information¹⁴².

Pour justifier la position selon laquelle la charge de la preuve incombe au patient, les partisans de cette doctrine se basent tantôt sur la théorie des dispenses de preuves développée par Motulsky¹⁴³, tantôt sur l'incidence de la qualification pénale du manquement allégué¹⁴⁴. À l'inverse, les auteurs qui défendent la théorie selon laquelle cette preuve repose sur le médecin estiment que l'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil impose que le professionnel établisse qu'il a satisfait à son devoir d'information, le patient devant se limiter en vertu de l'alinéa 1^{er} à établir la réalité de son droit^{145 146}.

À la suite de l'arrêt de 2015 et au terme d'une analyse de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, nous soutenions pour notre part que « la question d'un manquement au devoir d'information ne peut trouver une réponse univoque » en matière de charge de la preuve¹⁴⁷. En effet, partant du postulat que la répartition de la charge de la preuve est dépendante de la nature de l'obligation en cause – qui peut être *déterminée* ou *indéterminée* –, il nous

2004, p. 2022, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN.

¹⁴² Estimant que la charge de la preuve incombe au créancier de l'information: J.-L. FAGNART, « La charge de la preuve en matière d'information », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 339-340; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 décembre 2004, *R.C.J.B.*, 2005, p. 680; P. HENRY et B. COCQUEAU, « Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 51. *Contra* (estimant que charge de la preuve incombant au débiteur de l'information): R.O. DALCQ, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve (à propos des arrêts de la Cour de cassation de France du 25 février et du 29 avril 1997 et de l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 5 janvier 1995) », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53-70; Fr. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, coll. CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 287-291.

¹⁴³ J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *op. cit.*, p. 705, n° 23.

¹⁴⁴ J.-L. FAGNART, « La charge de la preuve en matière d'information », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 339-340 (le demandeur doit apporter la preuve des éléments constitutifs de l'infraction); V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », *op. cit.*, pp. 7-38.

¹⁴⁵ Voy., p. ex., Fr. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », *op. cit.*, pp. 287-291.

¹⁴⁶ Sur ces différentes positions et pour une analyse, voy. V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », *op. cit.*, pp. 7-38. Dans le passé, d'autres théories ont encore été proposées pour justifier la diversité des solutions adoptées en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Le droit de la preuve*, *op. cit.*, pp. 69-80).

¹⁴⁷ V. RONNEAU, « La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in B. Dubuisson et N. Simar (dir.), *Responsabilité, indemnisation et recours*, coll. CUP, vol. 174, Liège, Anthemis, 2017, spéc. pp. 32-37.

semble que la charge de la preuve ne peut être attribuée systématiquement au créancier de l'information ou au débiteur de celle-ci¹⁴⁸.

À notre estime, les articles 7, § 1^{er}, et 8, § 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient doivent s'interpréter comme imposant une obligation d'information spécifique mais *non* déterminée à charge du prestataire de soins. En conséquence, la charge de la preuve du défaut d'information pèse sur le patient.

27. Thèse défendue par W. Vandenbussche. W. Vandenbussche préfère le concept de « preuve inconditionnelle ». Selon cet auteur, le juge doit vérifier, *dans chaque cas particulier*¹⁴⁹, « si le professionnel est en mesure de fournir une preuve inconditionnelle »¹⁵⁰ : « Lorsqu'il n'a qu'à fournir des informations ou des renseignements, [le professionnel] ne sera pas en mesure de fournir des preuves inconditionnelles. Si, en revanche, il a l'obligation d'obtenir des informations, il est concevable qu'il y ait encore des traces du respect de son obligation [et il lui revient donc d'établir avoir respecté celle-ci] »¹⁵¹. Ainsi, là où nous voyons une obligation *déterminée* (c'est-à-dire parfaitement circonscrite) dans le chef de l'avocat d'informer son client de son droit à l'aide juridique, notre collègue y voit « une sorte de devoir d'enquête »¹⁵², permettant au juge de « considérer inconditionnellement l'avocat comme étant apte à la preuve »¹⁵³.

28. Où en sommes-nous aujourd'hui ? S'inspirant de l'arrêt de 2015, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles dans trois jugements du 29 février¹⁵⁴, 5 avril¹⁵⁵ et 19 décembre 2016¹⁵⁶ et la cour d'appel d'Anvers dans deux arrêts du 21 novembre¹⁵⁷ et 12 décembre 2016¹⁵⁸ ont jugé qu'il appartient au médecin de prouver qu'il a rempli son obligation d'information envers son patient. Mais l'histoire ne s'arrête pas là...

¹⁴⁸ Voy. dans le même sens, selon la distinction traditionnelle entre obligations de moyens et de résultat, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Le droit de la preuve*, op. cit., pp. 77-80.

¹⁴⁹ Nous soulignons.

¹⁵⁰ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., p. 719, n° 841. Traduction libre : « [...] of de professioneel onvoorwaardelijk bewijsgeschied is ».

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 719, n° 841. Traduction libre : « Wanneer deze louter informatie of inlichtingen moet verstrekken, zal hij niet onvoorwaardelijk bewijsgeschied zijn. Wanneer er daarentegen een informatie-inwinningsverplichting op hem rust, is het denkbaar dat er nog sporen van het voldoen aan zijn verplichting te vinden zijn ».

¹⁵² *Ibid.*, p. 719, n° 841. Traduction libre.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 719, n° 841. Traduction libre.

¹⁵⁴ Civ. Bruxelles (11^e ch. fr.), 29 février 2016, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370.

¹⁵⁵ Civ. Bruxelles (77^e ch.), 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, note Fr. GLANSDORFF.

¹⁵⁶ Civ. Bruxelles (11^e ch. fr.), 19 décembre 2016, *Consilio*, 2017/4, p. 188.

¹⁵⁷ Anvers, 21 novembre 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 32, note C. LEMMENS.

¹⁵⁸ Anvers, 12 décembre 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 34, note C. LEMMENS.

Un arrêt du 11 janvier 2019 de la Cour de cassation¹⁵⁹ semble réaffirmer la position adoptée par la Cour dans ses arrêts du 16 décembre 2004¹⁶⁰. Les faits sont simples : une patiente subit un scanner à l'hôpital et chute de la table d'examen alors qu'elle tente de se relever. Elle souffre d'une fracture de la cheville. La plaignante soutient qu'elle n'a pas été informée par l'infirmier qu'elle devait attendre que la table soit complètement abaissée pour se relever, tandis que l'infirmier avance de son côté avoir donné cette information.

La cour d'appel d'Anvers considère que la charge de la preuve incombe au prestataire de soins. Ce dernier, mécontent de cette issue, saisit la Cour de cassation qui censure l'arrêt attaqué. Après avoir rappelé le prescrit des articles 870 du Code judiciaire et 1315 du Code civil, elle décide : « Si la partie lésée fait valoir que le préjudice qu'elle a subi est imputable à un manquement à l'obligation générale de diligence découlant du fait que le défendeur ne lui a pas fourni certaines informations, elle doit prouver non seulement que le défendeur aurait dû lui fournir ces informations, mais également qu'il ne l'a pas fait »¹⁶¹.

Cet arrêt met-il définitivement fin à toute controverse ? Pas sûr...¹⁶². Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général insiste sur le fait que le recours a été introduit sur la base de la responsabilité extracontractuelle. Selon l'avocat général Madame Ria Mortier, il s'agit d'examiner la violation d'une obligation d'information dans le cadre du devoir général de prudence. Elle considère ainsi que la violation d'une obligation d'information non contractuelle ne doit pas être traitée différemment d'une autre obligation extracontractuelle et qu'il n'est donc pas justifié de faire peser la charge de la preuve sur l'infirmier. Elle ajoute cependant qu'« il en va différemment dans le cas d'une action en responsabilité contractuelle, où l'on pourrait faire valoir que la partie lésée exige l'exécution par équivalent de l'obligation d'information de son cocontractant, de sorte que l'article 1315, paragraphe 2, du Code civil pourrait, dans cette hypothèse, être appliqué »¹⁶³. Voilà de quoi alimenter de nouvelles discussions sur la charge de la preuve en cas de recours fondé sur la méconnaissance d'une obligation d'information contractuelle¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Cass. (1^{re} ch.), 11 janvier 2019, R.G. n° C.18.0210.N.

¹⁶⁰ Cass., 16 décembre 2004, R.G. n° C.03.0273.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298, note S. LIERMAN ; Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, R.G. n° C.03.0407.N, *Arr. cass.*, 2004, p. 2081 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168 ; *Pas.*, 2004, p. 2022 ; *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN.

¹⁶¹ Traduction libre. « Wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan ».

¹⁶² J.-B. HUBIN et Fl. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve », in Fl. George, B. Havet et A. Pütz (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2019, spéc. pp. 184-185.

¹⁶³ Traduction libre. Concl. sous Cass. (1^{re} ch.), 11 janvier 2019, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, pp. 315-317.

¹⁶⁴ En faveur de la position soutenue par l'avocat général, E. GLANSDORFF, obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 11 janvier 2019, R.G.A.R., 2019, n° 15.596. *Contra* : C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting : het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, pp. 318-322.

29. Les nouvelles dispositions en matière de preuve sont-elles de nature à modifier la jurisprudence actuelle? Une question que l'on peut légitimement se poser est de savoir si l'alinéa 5 de l'article 8.4 permettra automatiquement de faire peser la charge de la preuve du devoir d'information sur le professionnel?

Nous ne sommes pas convaincue de la possibilité pour le juge d'y recourir automatiquement. Plusieurs raisons justifient notre position. Premièrement, seules des « circonstances exceptionnelles » peuvent justifier une inversion de la charge de la preuve. Ces circonstances doivent pouvoir être déduites du cas d'espèce. Il n'est donc pas possible de tirer de cette disposition une règle de principe.

Deuxièmement, l'intention du législateur n'était pas de régler cette question à travers l'article 8.4. La répartition de la charge de la preuve du devoir d'information était initialement organisée par l'article 20, alinéa 2, de l'avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil. Ce dernier prévoyait : « La partie qui prétend que l'information lui était due doit prouver l'existence du devoir d'information. L'autre partie doit prouver avoir fourni l'information due ». Cet alinéa 2 a ensuite été abandonné à la suite de la consultation populaire qui a été réalisée fin 2017. Dans un article paru à la *Revue critique de jurisprudence belge* en juillet 2018, D. Mougenot, qui présidait déjà la commission ministérielle du droit de la preuve, notait qu'eu égard à la suppression de cet alinéa 2, « la jurisprudence de la Cour de cassation conserve [...] toute son actualité... avec toutes les questions qu'elle suscite »¹⁶⁵.

Troisièmement, et cet argument rejoint le précédent, l'allègement de la preuve du devoir d'information du professionnel semble avoir été envisagé sous l'angle du degré de preuve (voy. *supra*, n° 22). S'agissant de la preuve d'un fait négatif, une preuve vraisemblable suffit. Ainsi, par exemple, un faisceau d'indices pourrait amener le juge à considérer dans un cas particulier qu'il est vraisemblable que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information. Imaginons l'hypothèse suivante : un patient doit subir une gastroscopie. Il rencontre le gastro-entérologue qui propose de réaliser l'examen sous anesthésie générale pour plus de confort. Le patient accepte. Le jour de l'intervention, en salle d'examen, le patient entrevoit l'anesthésiste qui prend connaissance du formulaire complété par le patient. L'anesthésiste n'a toutefois pas reçu le patient avant l'intervention et n'a donc pas pu répondre à ses questions. Malheureusement, durant l'examen, le patient réagit mal à l'anesthésie générale. Dans ce cas d'espèce, il nous apparaît que le juge pourrait estimer que l'anesthésiste n'a pas satisfait à son devoir d'information. Si en vertu des règles sur la charge de la preuve, il peut être estimé que la preuve repose sur le patient, il apparaît *vraisemblable* que, compte tenu de l'absence d'entrevue préalable avec l'anesthésiste, le patient n'a pas pu être valablement informé.

¹⁶⁵ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, p. 147.

Conclusion

Nul doute que les réflexions qui ont précédé la rédaction des articles 8.4 et 8.6 du livre 8 ont dû faire l'objet de beaux débats. C'est avec un œil critique que le législateur a tenté d'apporter des solutions en phase avec les questions pratiques actuelles. On ne peut que souligner le souci d'offrir une meilleure harmonisation du droit et saluer la prise de risque assumée à travers la consécration de la possibilité pour le juge de renverser la charge de la preuve lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient. Un tel pouvoir devra toutefois, comme c'est d'ailleurs le cas à l'étranger, être mobilisé avec parcimonie. Grâce aux conditions strictes dont cette faculté est assortie, la Cour de cassation pourra utilement sanctionner les éventuels abus.

Le nouveau droit de la preuve ne mettra pas fin à toute discussion en jurisprudence. Et on peut s'en réjouir. Le droit ne doit pas exclusivement se réduire à la loi. L'on pense, par exemple, à l'appréciation de la preuve par vraisemblance qui pourrait diverger d'un magistrat à l'autre.

Plus globalement, l'on regrette de ne pas disposer d'un nouveau Code civil complet et abouti. L'on attend avec impatience l'adoption des livres 3 et 5. À cet égard, le législateur veillera à assurer la cohérence entre les règles consacrées au sein du livre 8 et celles des autres branches du droit.