

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information

George, Florence

Published in:
Responsabilités professionnelles

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2020, La responsabilité des médecins sous l'angle de l'obligation d'information. dans *Responsabilités professionnelles*. Commission Université-Palais, numéro 196, Anthemis, Limal, pp. 47-103.
<<http://www.crid.be/pdf/crid5978-/8585.pdf>>

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

LA RESPONSABILITÉ DES MÉDECINS SOUS L'ANGLE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

Florence GEORGE

chargée de cours à l'UNamur
avocate au barreau de Liège

Sommaire

Introduction	48
Section 1	
L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient	49
Section 2	
La preuve du (non-)respect de l'obligation d'information	76
Conclusion	103

Introduction

1. Introduction. Le contentieux médical regorge de situations aussi diverses que variées. Les angles d'attaque pour examiner la responsabilité professionnelle des médecins sont multiples. Parmi les nombreuses possibilités, nous avons fait le choix de ne traiter que de l'obligation d'information du médecin. Celle-ci constitue souvent la pierre d'achoppement des litiges en droit médical. Ce choix spécifique s'autorise d'autant plus qu'il est en parfaite adéquation avec la jurisprudence toute récente de la Cour de cassation. Dans un arrêt retentissant du 11 janvier 2019¹, la Cour est en effet venue relancer la controverse relative à la charge de la preuve de l'obligation d'information.

L'objectif poursuivi consiste à mettre en lumière les grands principes applicables en matière d'obligation d'information du médecin à l'aune de la jurisprudence de ces dernières années sans prétendre à l'exhaustivité². Par ailleurs, l'occasion nous sera donnée de mettre en exergue les apports des réformes adoptées et en cours.

2. Plan. Nous examinerons, dans un premier temps, les deux faces d'une même pièce³, à savoir l'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient (section 1).

Nous reviendrons tout d'abord sur les concepts d'obligation d'information (A) et de consentement éclairé du patient (B). Le contenu de l'obligation de l'information sera ensuite détaillé (C). Nous poursuivrons par une analyse des exceptions aux principes précités (D). Enfin, de nombreuses illustrations jurisprudentielles viendront clôturer cette première section (E).

Dans un second temps, nous aborderons la question de l'obligation d'information du médecin sous l'angle du droit de la preuve (section 2). Nous nous intéresserons à la charge de la preuve (A), aux modes de preuve (B), à l'objet de la preuve (C) ainsi qu'au degré de preuve (D).

¹ Cass., 11 janvier 2019, *J.T.*, 2019, p. 724, note R. JAFFERALI, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596, concl. R. MORTIER, note Fr. GLANSORFF, *R.W.*, 2019-2020, p. 263, note S. GUILLIAMS, *R.D.S.*, 2018-2019, p. 314, concl. R. MORTIER, note C. LEMMENS.

² Voy. d'ailleurs, sur cette question, la thèse d'E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Anvers, Intersentia, 2019.

³ Sylvie Tack et Tom Balthazar parlent d'une double composante (S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », *C.A.B.G.*, 2007, p. 2). Ce n'est en effet que si le médecin a bien informé le patient que ce dernier pourra consentir de manière éclairée à l'intervention. Voy., sur le lien d'interdépendance entre les deux notions, E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 19-20.

Section 1

L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient

A. L'obligation d'information du médecin

3. Fondement. La loi du 22 août 2002⁴ relative aux droits du patient consacre, en son article 7, le droit du patient d'obtenir « toutes les informations qui le concernent et peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable »⁵.

L'article 8 ajoute, en son paragraphe 1^{er}, que « le patient a le droit de consentir librement à toute intervention du praticien professionnel moyennant information préalable »⁶.

Cette loi s'applique, en vertu de l'article 3, « aux rapports juridiques (contractuels et extracontractuels) de droit privé et de droit public dans le domaine des soins de santé dispensés par un praticien professionnel à un patient »⁷.

4. Obligation ou devoir? On peut d'emblée s'interroger sur la qualification exacte du comportement imposé au professionnel. S'agit-il d'une obligation ou d'un devoir?

Conformément à la définition de l'obligation en droit privé, celle-ci constitue le lien de droit de nature patrimoniale, entre (au moins) deux personnes juridiques en vertu duquel une ou plusieurs personnes (le(s) créancier(s)) sont en droit d'exiger une prestation ou une abstention d'une ou plusieurs personnes (le(s) débiteur(s)), au besoin en s'adressant aux cours et tribunaux pour faire exécuter l'engagement pris ou sanctionner la violation de celui-ci⁸. Le créancier de l'obligation dispose donc du droit de solliciter l'exécution en nature de l'obligation⁹.

⁴ Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, err. *M.B.*, 20 décembre 2002. Voy., sur cette loi, H. NYS, « De toepassing van de wet op de rechten van de patiënt », *D.C.C.R.*, 2008, pp. 3-26. Pour l'évolution antérieure à l'adoption de la loi, voy. E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 29 et s.

⁵ On parle de « gezondheids(toestands)informatie » (E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *R.D.S.*, 2019-2020, p. 7, n° 6).

⁶ On parle de « toestemmingsinformatie ». L'information dont doit bénéficier le patient pour consentir à l'acte médical ne se limite toutefois pas aux informations précisées à l'article 8, raison pour laquelle, pour éviter toute confusion, on utilise les termes « toestemmingsinformatie *sensu stricto* » et « toestemmingsinformatie *sensu lato* » (E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *R.D.S.*, 2019-2020, p. 7, n° 6).

⁷ Voy. Civ. Gand, 10 septembre 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 10.

⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 35;

R. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *La théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 5.

⁹ R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *J.T.*, 2019, p. 719.

La notion de devoir¹⁰ diffère en termes d'intensité : le pouvoir de contrainte qui lui est attaché est moindre¹¹. Ce concept de devoir « ne crée pas une obligation immédiate et primaire ; il suscite une attente ; cela signifie que pour que le sujet de droit qui en est tenu encourt une véritable obligation vis-à-vis de la personne en situation d'attente légitime, le premier devra engager sa responsabilité¹² en prouvant qu'il ne s'est pas comporté comme toute personne prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Partant, « l'obligation d'information est source d'un véritable droit subjectif tandis que la méconnaissance du devoir d'information n'est sanctionnée que par une obligation de réparation »¹³. Par ailleurs, il existe « une série de devoirs juridiques d'où est absent tout rapport de créancier à débiteur »¹⁴. On retrouve l'idée d'incombance (*obliegenheit*)¹⁵ qui, contrairement à l'obligation, « ne renferme pas de réel commandement juridique » et qui, par voie de conséquence, n'est « pas susceptible de contrainte en cas de violation mais entraîne des inconvénients juridiques déterminés »¹⁶.

Distinguer le devoir légal de la véritable obligation n'est pas une tâche aisée. Il suffit de se plonger au cœur des articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 pour en être convaincu.

D'un côté, il faut bien admettre que l'obligation d'information telle que prescrite par les articles 7 et 8 de la loi de 2002 dépend, dans une très large partie, des circonstances de l'espèce. Elle demeure indéterminée¹⁷. L'information à fournir est tributaire de nombreux facteurs. En témoigne l'article 8, § 2, alinéa 2, selon lequel le patient doit être informé de toutes les « autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, [...] ». Dès lors qu'on apprécie cette obligation en tant qu'« algemene zorgvuldigheidsplicht »¹⁸, elle se rapproche plutôt du devoir.

¹⁰ Le devoir peut être général ou spécifique.

¹¹ P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, op. cit., n° 7, pp. 35 et s.; R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », op. cit., p. 717. Voy. aussi X. THUNIS, « Le régime général de l'obligation : de la tutelle à l'émancipation », in Fl. George, B. Havet et A. Pütz (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 381, n° 6.

¹² J.-Fr. ROMAIN, *Actualités en droit général des contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 243.

¹³ R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », op. cit., p. 713.

¹⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *La théorie générale du contrat*, op. cit., n° 7.

¹⁵ Voy. sur l'incombance, M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance? », in *Liber amicorum Hubert Claassens. Assurance : théorie et pratique*, Anvers, Maklu, 1998, pp. 151-163; M. HOUBBEN, « Le devoir de modération du dommage : expression particulière de l'exigence de loyauté entre partenaires contractuels », *A.D.L.*, 2015, pp. 35-68.

¹⁶ M. HOUBBEN, « Le devoir pour la victime de minimiser son dommage », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 531.

¹⁷ V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 42.

¹⁸ E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnotie », note sous Cass., 11 janvier 2019, *R.G.D.C.*, 2019, p. 565.

De l'autre côté, il n'est pas incongru de soutenir que les articles 7 et 8 instaurent une obligation d'information spécifique qui crée un droit subjectif dans le chef de personnes déterminées à savoir les patients¹⁹. L'on a donc affaire à une véritable obligation. Par ailleurs, même si l'exécution en nature reste souvent théorique, rien n'exclut qu'une partie puisse solliciter l'exécution en nature de l'obligation. Les parties au contrat bénéficient en l'occurrence d'un véritable droit subjectif²⁰. L'on pourrait également objecter aux partisans de la thèse du devoir que l'obligation d'information qui trouve à s'appliquer au contrat de soins s'écarte de l'obligation générale de prudence du droit de la responsabilité extracontractuelle. Même si le contenu de l'obligation demeure vague, il pourra être précisé au regard des circonstances de l'espèce et des critères fixés par le législateur.

5. Distinction entre information, renseignement, mise en garde et conseil. L'expression « obligation d'information » est souvent galvaudée ou utilisée dans un « sens générique »²¹. Il nous a donc paru opportun d'en redéfinir les contours.

Les classifications opérées par Annick De Boeck²² dans sa thèse de doctorat sont aujourd'hui reprises par les nombreux auteurs qui s'intéressent à la question²³.

On distingue en effet l'obligation de renseignement, l'obligation de mise en garde et l'obligation de conseil²⁴. L'appellation diffère selon l'intensité (le degré) que l'on attribue à l'obligation d'information. Aux côtés de l'obligation de renseignement (ou obligation au sens strict) qui se limite à communiquer des informations objectives et neutres sans prendre parti²⁵ et de l'obligation de conseil qui consiste à formuler des suggestions spécifiques eu égard à la situa-

¹⁹ Voy. sur les différentes catégories et le recours à la notion de droit subjectif, R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », op. cit., p. 720.

²⁰ Voy. sur la notion de droit subjectif, R. JAFFERALI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », op. cit., p. 720.

²¹ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten. Grondslagen, draagwijdte en sancties*, Anvers, Intersentia, 2002, p. 9.

²² Ibid.

²³ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 3-4; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *La théorie générale du contrat*, op. cit., n° 126.

²⁴ Voy. aussi, Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7-50.

²⁵ Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, op. cit., p. 25; E. MONTERO, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 312; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *La théorie générale du contrat*, op. cit., n° 126; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten. Grondslagen, draagwijdte en sancties*, op. cit., p. 76, n° 170.

tion de la personne concernée par l'information²⁶, on retrouve l'obligation de mise en garde qui vise à avertir l'interlocuteur des risques qu'il encourt, et ce, par exemple, dans le cadre d'une intervention médicale²⁷.

Nous verrons que l'information dont doit bénéficier le patient en vertu de la loi du 22 mars 2002 dépasse la simple obligation d'information au sens strict²⁸. On retrouve au sein des obligations prescrites par les articles 7 et 8 de la loi des obligations de conseil et de mise en garde.

6. Débiteur de l'obligation d'information. C'est au médecin qui accomplit l'acte médical litigieux qu'incombe l'obligation de recueillir le consentement du patient²⁹. L'obligation d'information du patient est en effet personnelle au médecin³⁰.

En ce qui concerne l'obligation d'information qui pèse respectivement sur le médecin instrumentant et sur le médecin prescripteur, on se bornera à rappeler que, comme le souligne le professeur Thierry Vansweevelt, «l'obligation d'information repose (en réalité) à la fois sur le médecin prescripteur et sur le médecin exécutant car les deux médecins assument des obligations indépendantes à l'égard du patient et participent tous les deux au traitement»³¹.

La nécessité d'informer le patient et d'obtenir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer l'intervention médicale s'applique également en cas de substitution de médecin. D'une part, le médecin qui se fait substituer par un autre médecin sans recueillir le consentement de sa patiente manque à ses obligations. La qualité équivalente des soins prodigués est sans incidence³². D'autre part, le médecin remplaçant qui réalise l'intervention à la demande du médecin ayant contracté avec la patiente est tenu de recueillir son consentement libre et éclairé sous peine d'engager sa responsabilité extracontractuelle³³.

²⁶ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*. Grondslagen, draagwijdte en sancties, op. cit., p. 84, n° 187. Pour Étienne Montero, le conseil «consiste à formuler une appréciation de nature à orienter le choix du partenaire, à lui indiquer la voie la meilleure, voire à l'inciter à adopter une solution bien précise» (E. MONTERO, «Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels», op. cit., p. 313).

²⁷ A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*. Grondslagen, draagwijdte en sancties, op. cit., p. 77, n° 171; Fr. GLANSDORFF, «Introduction générale», in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, op. cit., p. 25.

²⁸ À l'instar d'Elisabeth Verjans, on notera que la distinction entre ces trois types d'obligations n'est pas toujours très claire en pratique (E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., p. 4). Voy. aussi Fr. GLANSDORFF, «Introduction générale», in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, op. cit., p. 26.

²⁹ S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 10.

³⁰ Voy. Bruxelles, 8 janvier 2007, R.G.A.R., 2007, n° 14.286; V. CALLEWAERT, «L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge», in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 102.

³¹ Th. VANSWEEVELT, «Le débiteur de l'information, le lien de causalité et le consentement éclairé», note sous Mons (1^{re} ch.), 11 janvier 1999, R.D.S., 1999-2000, p. 281.

³² Comm. Bruxelles, 18 janvier 2007, R.D.S., 2009-2010, p. 293, note N. C.-B.

³³ *Ibid.*

Si plusieurs médecins sont concernés par l'intervention ou le traitement, chacun devra fournir l'information qui a trait à son domaine³⁴. Cette coexistence d'obligations d'information n'est pas inhabituelle³⁵. Tel est le cas lorsqu'un médecin renvoie le patient vers un confrère spécialiste. Une faute fut notamment retenue à la fois dans le chef d'un gynécologue et dans celui d'un chirurgien qui avaient, tous deux, fait preuve d'un certain laxisme dans l'information d'une patiente à la suite d'une mammographie qui s'était révélée alarmante³⁶.

7. Moment de la délivrance de l'information. Le moment où l'information doit être délivrée au patient n'est pas toujours aisé à déterminer. L'article 8, § 3, de la loi du 22 août 2002 se borne à indiquer que «Les informations visées au § 1^{er} sont fournies préalablement et en temps opportun [...]»³⁷. Le patient doit, en réalité, bénéficier de suffisamment de temps pour adopter une décision éclairée³⁸. Le tribunal de première instance de Namur fut saisi de la question dans une affaire où une patiente présentait des accès de tachycardie paroxystique qui engendrèrent un traitement ablatif par radiofréquence. Vu la dégradation de la conduction auriculo-ventriculaire, un pacemaker définitif dut finalement être implanté. La patiente fut sujette à des malaises qu'elle imputait au placement du pacemaker. Elle assigna en justice le cardiologue ayant diagnostiqué le problème et le cardiologue ayant procédé à l'opération. Pour la patiente, l'information sur les risques liés à la thérapie ablative avait été fournie trop tard. Le risque de placement d'un pacemaker aurait dû lui être signalé dès la première consultation. De part adverse, les médecins alléguèrent qu'il fallait au contraire d'abord identifier l'origine des palpitations avant de choisir l'option thérapeutique et d'en détailler les risques. Cette dernière thèse fut suivie par le tribunal³⁹.

L'information doit être donnée au patient de telle façon qu'il puisse valablement la percevoir et la comprendre⁴⁰. Ne fut, par exemple, pas considérée comme adéquate l'information fournie au patient (nécessité d'un spermogramme) par le gynécologue ayant procédé à une vasectomie lorsque cette information est procurée le jour même de l'intervention après une anesthésie générale. En l'espèce, le patient n'avait, par ailleurs, pas reçu la moindre prescription médicale ordonnant l'examen postopératoire à réaliser. La décision

³⁴ S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 10.

³⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 191. Voy., sur les différentes hypothèses de renvoi de patients vers des collègues, S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 10.

³⁶ Bruxelles, 1^{er} juin 2010, R.G.A.R., 2011, n° 14.735.

³⁷ Voy. aussi l'article 8, § 1^{er}, qui mentionne que le patient doit consentir «moyennant information préalable».

³⁸ S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 12.

³⁹ Civ. Namur, 25 janvier 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.530.

⁴⁰ Mons, 28 octobre 2011, R.D.S., 2012-2013, p. 234, note Th. VANSWEEVELT, J.L.M.B., 2012, p. 1091, note G. GENICOT.

souligne l'importance d'une communication adéquate entre le médecin spécialiste et le médecin généraliste lorsque le premier n'est pas en mesure d'informer directement le patient^{41 42}.

B. Le consentement du patient

8. Information et consentement. L'obligation d'information qui pèse sur le médecin est un préalable indispensable à l'exercice par le patient de son droit de consentir⁴³. Sous peine d'engager sa responsabilité, le médecin est tenu non seulement d'informer son patient sur la portée de l'acte médical qu'il va poser, mais aussi d'obtenir le consentement de son patient quant à cet acte⁴⁴.

Le tribunal de première instance de Namur précise à cet égard qu'alors que le droit à l'information existe indépendamment de tout traitement, le droit au consentement éclairé vise les informations préalables qui portent spécifiquement sur le traitement envisagé^{45 46}.

9. Consentement libre et éclairé. La jurisprudence ne se satisfait pas d'un simple consentement du patient. Elle exige que ce consentement soit libre et éclairé. En d'autres termes, «le patient doit avoir donné son consentement sans contrainte et après avoir été clairement renseigné sur les éléments nécessaires pour effectuer son choix»^{47 48}.

Pour recueillir ce consentement éclairé, il incombe dès lors au praticien de «fournir au patient, dans un langage aisément compréhensible, toutes les informations relatives au diagnostic (compréhension de son état de santé) et

⁴¹ Mons, 28 octobre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 234, note Th. VANSWEEVELT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT.

⁴² Voy. G. GENICOT, «Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie», note sous Mons, 28 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1097-1100; Th. VANSWEEVELT, «Het belang van de adequate informatie over nazorg en de beperking tot morele schade wegens de geboorte van een ongewenst, gezond kind (de zaak *Chloé*)», note sous Mons, 28 octobre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, pp. 239 et s.

⁴³ Civ. Bruxelles, 21 mars 2006, *R.D.S.*, 2009-2010, p. 137; Anvers, 14 avril 2008, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 312.

⁴⁴ Comme le souligne Gilles Genicot, «le consentement donné par le patient dans le domaine médical est double. D'une part, il y a le consentement proprement dit, permettant la conclusion du contrat de soins [...]. D'autre part, il y a l'assentiment au traitement pratiqué, envisagé comme le corollaire du droit du patient à faire respecter son intégrité physique et à en disposer» (G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 160). Seul le second retiendra notre attention. Sur la conclusion du contrat, voy. T. GOFFIN, «Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem», *R.W.*, 2007-2008, pp. 1306-1309.

⁴⁵ Civ. Namur, 25 janvier 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.530.

⁴⁶ En ce sens, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., p. 187.

⁴⁷ V. CALLEWAERT, «L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge», op. cit., p. 110. Voy. sur le consentement du patient, T. GOFFIN, «Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem», op. cit., pp. 1310 et s.

⁴⁸ Notons que l'exigence d'un «informed consent» du patient à l'intervention médicale est présentée comme une application du droit à l'autodétermination (S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 2).

au pronostic (évolution de son état de santé), en envisageant par exemple son comportement souhaitable dans le futur»⁴⁹. Il convient que «le patient soit parfaitement informé et puisse mettre en balance l'amélioration espérée au niveau du confort de vie avec l'ensemble des risques de complication de traitement»⁵⁰.

On retrouve une interprétation très souple de cette exigence d'un consentement libre et éclairé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans sa décision du 7 octobre 2008⁵¹, la Cour fut amenée à examiner à l'aune des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme la plainte formulée par une personne privée de liberté ayant subi une intervention chirurgicale destinée à enlever le sachet de cocaïne qu'elle avait avalé. Même si la Cour souligne l'absence d'éléments suffisants permettant de démontrer l'existence d'un consentement éclairé et explicite du requérant, elle décide que l'intervention chirurgicale n'est pas de nature à constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention. Pour ce faire, la Cour se fonde notamment sur la nécessité thérapeutique de l'opération, l'absence d'utilisation de la force, l'intervention d'un personnel médical compétent dans un hôpital civil et la surveillance médicale adéquate⁵².

10. Forme du consentement. L'article 8, § 1^{er}, de la loi du 22 août 2002 précise que le consentement du patient doit être exprès⁵³. Le principe souffre toutefois une exception, prévue à l'alinéa 2, «lorsque le praticien professionnel, après avoir informé suffisamment le patient, peut raisonnablement inférer du comportement de celui-ci qu'il consent à l'intervention».

Un consentement tacite peut ainsi être reconnu dans le chef du patient ayant fait choix d'un médecin qui lui prescrit des examens biologiques et l'insolite de la facturation des services et soins. Ainsi, en se soumettant à l'hospitalisation, le patient savait que ces examens seraient nécessaires^{54 55}.

Il n'est pas nécessaire que le consentement soit enfermé dans un écrit⁵⁶. Un consentement oral peut parfaitement suffire à l'exception de certains cas

⁴⁹ Civ. Namur, 25 janvier 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.530 qui cite Y.-H. LELEU, «La loi du 22 août 2002 relative au droit du patient», in *Droit médical*, coll. CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 23.

⁵⁰ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, *Bull. ass.*, 2011, p. 459.

⁵¹ Voy. pour une critique de cet arrêt, T. GOFFIN, «Het einde van geïnformeerde toestemming? Als medische noodzakelijkheid de regels bepaalt», note sous Cour eur. D.H., 7 octobre 2008, *R.D.S.*, 2010-2011, pp. 41-47. L'auteur souligne que le droit au consentement éclairé est en l'espèce détaché de l'article 8 alors qu'il tombe pourtant, selon la jurisprudence de la Cour, sous sa protection.

⁵² Cour eur. D.H., 7 octobre 2008, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 32, note T. GOFFIN.

⁵³ Voy. aussi S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 26.

⁵⁴ Cass., 19 décembre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 381, note Th. VANSWEEVELT.

⁵⁵ Voy. pour une critique de cet arrêt, notamment au sujet de l'interprétation très souple de la notion de consentement tacite, G. GENICOT, «L'information du patient quant à l'aspect financier d'une intervention médicale», *J.J.P.*, 2012, p. 242.

⁵⁶ S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., p. 26.

spécifiques réglés par la loi (par exemple, en matière d'expérimentation, de prélèvements d'organes...) ⁵⁷.

Pour apprécier l'existence d'un consentement, de nombreux éléments peuvent être pris en considération. La cour d'appel d'Anvers, dans son arrêt du 10 novembre 2008, tient notamment compte de l'intervalle de temps écoulé entre les premières plaintes de la patiente d'une part et l'intervention chirurgicale d'autre part, des différents contacts téléphoniques entre le médecin et sa patiente dans la langue maternelle de celle-ci ainsi que de la consultation d'autres médecins au préalable. Les autres médecins consultés ayant refusé d'intervenir, la cour en déduit que la patiente était parfaitement informée sur les risques de l'opération envisagée et qu'elle y a donc consenti de manière libre et éclairée ⁵⁸.

Dans sa décision du 13 décembre 2011, le tribunal de première instance de Gand est également amené à se prononcer sur l'accord intervenu entre un médecin et un patient mineur relativement à une ablation des amygdales. À la suite d'un abcès à l'amygdale gauche, il avait été décidé de pratiquer une tonsillectomie (opération des amygdales). Les parents prétendaient que le consentement n'avait porté que sur le retrait de l'amygdale gauche, affirmation vivement contestée par le médecin qui avait procédé à une ablation des deux amygdales. Le tribunal reconnaît qu'aucune des pièces du dossier ne donne à penser qu'une tonsillectomie bilatérale est contraire à la science médicale et aux règles de l'art. Pour le tribunal, il s'agit au contraire d'une pratique courante et il n'existe aucune preuve que le médecin ayant pratiqué l'intervention ne s'est pas comporté comme un O.R.L. normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances ⁵⁹.

11. Débiteur et récipiendaire du consentement. Le pouvoir de consentir à l'acte médical litigieux appartient naturellement au patient amené à s'y soumettre ⁶⁰. Ce dernier doit disposer du temps nécessaire pour décider de subir ou non l'intervention médicale (voy. *supra*, n° 7) ⁶¹. Il incombe en principe au médecin qui effectuera l'opération (ou à son assistant ⁶²) de recueillir personnellement le consentement éclairé du patient ⁶³.

Un mécanisme de représentation qui ménage une certaine autonomie au mineur ⁶⁴ est organisé à l'article 12 de la loi de 2002 au terme duquel « § 1^{er}. Si le

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Anvers, 10 novembre 2008, *R.D.S.*, 2011-2012, p. 29.

⁵⁹ Civ. Gand, 13 décembre 2011, *Bull. ass.*, 2012, p. 537.

⁶⁰ V. CALLEWAERT, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge », *op. cit.*, p. 111.

⁶¹ *Ibid.*, p. 112.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Civ. Namur, 25 janvier 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.530.

⁶⁴ Voy., sur le mineur en droit médical, A. NOTTET, « Mineurs et droits personnels », *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 26 et s.; A. NOTTET, « Le consentement du mineur », *Responsabilités autour et alentour du mineur*, Limal,

patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur.

§ 2. Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ».

La cour d'appel de Bruxelles fut amenée à se prononcer sur l'existence d'un contrat valable en présence d'une patiente mineure. Malgré la minorité de la patiente, la cour décide que l'existence d'un contrat valable n'est pas exclue « dès lors qu'elle était assistée et représentée par sa mère et a agi, à tout le moins, avec l'accord de celle-ci » ⁶⁵ ⁶⁶.

12. Extensions opératoires (« extended operation »). Conformément à l'article 8, § 2, de la loi du 22 août 2002, le médecin « est tenu de communiquer au patient les extensions opératoires raisonnablement prévisibles, puisque le patient doit être averti des différents diagnostics et traitements possibles » et de recueillir son consentement ⁶⁷.

Le médecin qui a obtenu le consentement libre et éclairé de son patient pour une intervention déterminée ne peut en principe considérer comme acquis le consentement du patient pour une autre intervention dont la réalisation peut être envisagée à l'occasion de la première ⁶⁸. Le médecin n'a pas à « substituer son appréciation personnelle à celle de son patient quant à l'opportunité d'une intervention médicale » ⁶⁹. On enseigne toutefois que, dans certaines circonstances, le médecin peut procéder à une intervention complémentaire sur la base du consentement implicite du patient ⁷⁰. L'intervention ne sera toutefois légitimée qu'en présence d'une menace d'un dommage imminent et grave dans le chef du patient ⁷¹.

N'est toutefois pas prohibé le fait pour le médecin ayant obtenu le consentement d'une patiente pour une intervention curative de se limiter à une intervention diagnostique au vu des difficultés rencontrées. Dans l'affaire ayant donné

Anthemis, 2011, pp. 41-101; A. NOTTET, « Le mineur en droit médical », in G. Genicot, *Nouveaux dialogues en droit médical*, coll. CUP, vol. 136, Liège, Anthemis, 2012, pp. 149-213.

⁶⁵ Bruxelles, 20 septembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14.876.

⁶⁶ Voy., sur la capacité naturelle du mineur en matière de relation de soins, G. GENICOT (dir.), *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 238 et s.

⁶⁷ G. GENICOT, « Choix du traitement, exécution de celui-ci et extension du plan opératoire », note sous Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1111.

⁶⁸ Voy. notamment sur cette question, G. GENICOT, « Choix du traitement, exécution de celui-ci et extension du plan opératoire », note sous Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *op. cit.*, pp. 1110-1112; S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ V. CALLEWAERT, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge », *op. cit.*, p. 113.

⁷⁰ G. GENICOT, « Choix du traitement, exécution de celui-ci et extension du plan opératoire », note sous Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *op. cit.*, p. 1111.

⁷¹ *Ibid.*, p. 1111.

lieu au jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 17 octobre 2011, un urologue consulté par une patiente qui présentait des kystes à l'ovaire procéda avec son accord à une laparoscopie. Lors de cette intervention, des adhérences furent mises en évidence et l'exérèse de l'ovaire ne fut pas possible « sans un geste chirurgical lourd et une laparotomie ». Comme le relève le tribunal, « en l'absence d'urgence médicale et tenant compte du fait que [la patiente] n'avait pas été avertie d'une autre voie d'abord et n'était pas préparée à une laparotomie, le docteur [...] a préféré s'abstenir de toute intervention chirurgicale ». Seule une laparoscopie diagnostique fut effectuée en lieu et place de la laparoscopie interventionnelle initialement prévue. Outre une faute dans l'indication opératoire et dans la technique opératoire, la patiente reprochait au médecin de ne pas avoir obtenu son consentement pour l'intervention exécutée (consentement donné pour une intervention curative). À juste titre, l'argument fut balayé d'un revers de la main par le tribunal⁷². La problématique des extensions opératoires n'est en réalité que très peu abordée en jurisprudence. On la voit ressurgir lorsque le tribunal de première instance de Bruxelles énonce que l'expert ne se prononce pas sur la question de savoir si le médecin aurait dû, dans le cadre des discussions préopératoires, envisager avec la patiente la possibilité de convertir la laparoscopie en laparotomie. À cet égard, le tribunal estime que cette question n'est pas déterminante vu que le dommage subi par la patiente résulte de la laparoscopie et non du fait que la conversion n'a pas été opérée^{73 74}. Cette décision est l'occasion pour Gilles Genicot de rappeler que « lorsque le médecin n'est pas absolument certain de l'ampleur de l'affection à traiter ou de l'intervention qui sera requise, il convient qu'avant d'entamer toute opération, il informe le patient qu'une modification ou une extension du plan opératoire est possible »⁷⁵.

13. Devoir d'information pesant sur le patient. Il incombe également au patient un certain devoir d'information à l'égard de son médecin⁷⁶. Ce devoir d'information s'apprécie notamment en tenant compte de l'âge du patient, de son état de santé, de son éducation⁷⁷...

Fut ainsi jugée fautive la patiente qui omet d'aviser sciemment le gynécologue lors de son arrivée à l'hôpital de la surveillance dont elle avait fait l'objet au préalable et s'abstient de remettre la fiche de liaison dès lors que cette réten-

tion d'information a retardé la décision de césarienne et aggravé la souffrance fœtale⁷⁸.

C. Le contenu de l'information⁷⁹

14. Principes généraux. L'objet de l'information préalable à toute intervention médicale en vue de recueillir le consentement éclairé du patient est déterminé par la loi⁸⁰. L'article 8, § 2, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient dispose que « les informations fournies au patient, en vue de la manifestation de son consentement visé au § 1^{er}, concernent l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications, effets secondaires et risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient, les soins de suivi, les alternatives possibles et les répercussions financières. Elles concernent en outre les conséquences possibles en cas de refus ou de retrait du consentement⁸¹, et les autres précisions jugées souhaitables par le patient ou le praticien professionnel, le cas échéant en ce compris les dispositions légales devant être respectées en ce qui concerne une intervention »⁸².

Les renseignements que le médecin doit fournir au patient sont également énoncés dans un arrêt du 26 juin 2009 de la Cour de cassation. La Cour rappelle que ces renseignements « ont trait à l'objectif, la nature, le degré d'urgence, la durée, la fréquence, les contre-indications pertinentes pour le patient, les effets secondaires⁸³ et les risques liés à l'intervention, la postcure, les possibilités de substitution et les conséquences financières. Ils ont, en outre, trait aux consé-

⁷⁸ Liège, 10 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 779.

⁷⁹ Voy. S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patientenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », *op. cit.*, pp. 4 et s.

⁸⁰ Tandis que l'article 7 traite de l'information générale inhérente à toute relation de soins, l'article 8 est consacré à l'information ponctuelle à chaque étape du traitement en vue de l'obtention du consentement du patient (G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, pp. 194 et s.).

⁸¹ Le refus anticipé du patient à une intervention est réglé à l'article 8, § 4, alinéa 4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Cet article porte que « si, lorsqu'il était encore à même d'exercer les droits tels que fixés dans cette loi, le patient a fait savoir par écrit qu'il refuse son consentement à une intervention déterminée du praticien professionnel, ce refus doit être respecté aussi longtemps que le patient ne l'a pas révoqué à un moment où il est lui-même en mesure d'exercer ses droits lui-même ».

L'article 8, § 5, ajoute que « lorsque, dans un cas d'urgence, il y a incertitude quant à l'existence ou non d'une volonté exprimée au préalable par le patient ou son représentant visé au chapitre IV, toute intervention nécessaire est pratiquée immédiatement par le praticien professionnel dans l'intérêt du patient. Le praticien professionnel en fait mention dans le dossier du patient visé à l'article 9 et agit, dès que possible, conformément aux dispositions des paragraphes précédents ». Voy., sur le refus de consentir du patient et son obligation de limiter le dommage, E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », *op. cit.*, pp. 16 et s., n^o 26 et s.

⁸² Voy. aussi les articles 8/1 et 8/2 de la loi du 22 août 2002 qui énoncent respectivement que « Le praticien professionnel informe le patient s'il dispose ou non d'une couverture d'assurance ou d'une autre forme individuelle ou collective de protection concernant la responsabilité professionnelle » et que « Le praticien professionnel informe le patient de son statut d'autorisation à exercer ou d'enregistrement ».

⁸³ Voy., sur l'obligation d'information des contre-indications pertinentes, des risques et des effets secondaires, S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patientenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », *op. cit.*, pp. 5 et s.

⁷² Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1101, note G. GENICOT.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voy., pour un examen critique de ce raisonnement, G. GENICOT, « Choix du traitement, exécution de celui-ci et extension du plan opératoire », note sous Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *op. cit.*, pp. 1111-1112.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 1111.

⁷⁶ V. CALLEWAERT, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge », *op. cit.*, p. 103. Voy. aussi Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁷⁷ Voy. Civ. Anvers, 12 mai 2004, *R.D.S.*, 2005-2006, p. 221.

quences potentielles en cas de refus ou de retrait du consentement et aux autres clarifications considérées comme pertinentes par le patient ou le praticien^{84 85}. Partant, «il appartient au médecin d'informer son patient des alternatives au traitement ou à l'intervention envisagés, des modalités de ceux-ci et des conséquences ou risques de complications ou d'accident qui en découlent. Ce devoir d'information concerne les risques sérieux, connus et susceptibles de se présenter avec une certaine fréquence»⁸⁶.

Dans la même lignée, il fut décidé par la cour d'appel de Liège que le médecin doit informer le patient des différentes possibilités thérapeutiques ainsi que des risques liés à chacune d'elles⁸⁷. Le tribunal civil de Bruxelles va même un pas plus loin lorsqu'il affirme que «Le médecin doit également informer le patient des alternatives de traitement raisonnables et, s'il peut écarter des traitements raisonnablement envisageables pour proposer au patient un traitement expérimental ou discuté d'un point de vue médical, il doit clairement en informer le patient et justifier sa proposition»⁸⁸.

Le devoir d'information vise, de surcroît, la posture et les examens post-opératoires. On songe notamment à la nécessité de procéder à un spermogramme après une vasectomie⁸⁹. Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Mons (voy. *supra*, n° 7), le patient n'avait pas reçu la moindre prescription médicale ordonnant l'examen à réaliser⁹⁰.

Sont encore couverts par le devoir d'information, les risques et effets secondaires liés à la prise de médicaments, le dosage de ceux-ci et les conditions d'utilisation⁹¹. Une obligation de «*patient recall*» est également imposée au médecin en cas de découverte de nouveaux risques et dangers y afférents^{92 93}.

15. Risques à signaler: les risques pertinents pour le patient. La question de savoir quels sont les risques qui doivent faire l'objet d'une information de la part du médecin est déterminante en matière de responsabilité médi-

⁸⁴ Cass., 26 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1681, *R.G.D.C.*, 2012, p. 309, note R. D'HAESE.

⁸⁵ Voy. également Civ. Namur, 25 janvier 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14.530; Gand, 2 avril 2009, *Bull. ass.*, 2011, p. 85.

⁸⁶ Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654 qui cite Civ. Nivelles, 5 septembre 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 298.

⁸⁷ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, *Bull. ass.*, 2011, p. 459. Voy. S. TACK et T. BALTHAZAR, «*Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties*», *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸⁸ Civ. Bruxelles, 21 mars 2006, *R.D.S.*, 2009-2010, p. 137.

⁸⁹ Mons, 28 octobre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 234, note Th. VANSWEEVELT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ D. VERHOEVEN, «*De DES-slachtoffers en het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Een confrontatie met verjaring, het foutbegrip, onzekere toekomstige schade en alternatieve causaliteit*», note sous Civ. Bruxelles, 5 octobre 2010, *R.D.S.*, 2013-2014, p. 156.

⁹² Voy. sur cette question, D. VERHOEVEN, «*De DES-slachtoffers en het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Een confrontatie met verjaring, het foutbegrip, onzekere toekomstige schade en alternatieve causaliteit*», note sous Civ. Bruxelles, 5 octobre 2010, *op. cit.*, pp. 156 et s.

⁹³ Sur les informations liées au professionnel de la santé (expérience, qualifications...), voy. E. VERJANS, «*Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken*», *op. cit.*, pp. 11 et s.

cale. L'article 8 de la loi du 22 août 2002 fait mention des «risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient».

Le concept de «risque pertinent» employé par le législateur supplante celui de «risque significatif»⁹⁴ déjà adopté en jurisprudence. La portée que l'on attribue au premier qualificatif demeure, semble-t-il, identique à celle du second. Ainsi, lit-on désormais que le devoir d'information qui pèse sur le médecin concerne les risques pertinents liés à l'intervention projetée⁹⁵. Le patient doit être informé par le médecin de l'ensemble des risques dont le médecin sait ou doit savoir qu'ils sont significatifs pour une personne normale, placée dans les mêmes circonstances que le patient⁹⁶.

Les références au concept de risques significatifs n'ont toutefois pas totalement disparu: «L'information relative aux risques implique que le médecin informe non seulement des risques normaux et prévisibles, mais également des risques dont le médecin sait ou doit savoir qu'ils sont significatifs pour une personne normale, placée dans les mêmes circonstances que le patient»⁹⁷.

16. Critères d'identification des risques pertinents. La pertinence du risque s'apprécie à l'aune de plusieurs critères. On épinge notamment la fréquence du risque, la gravité du risque, la personne du patient, la nature et l'objectif de l'intervention^{98 99}.

Ces critères sont entérinés et appliqués par les juges du fond.

Ainsi, dans sa décision du 15 avril 2010, le tribunal de première instance d'Hasselt affirme clairement que la circonstance selon laquelle un risque moyen et important connu du médecin ne se produit que dans des cas exceptionnels, ne décharge pas le médecin prudent de l'obligation de porter ce risque à la connaissance du patient. La fréquence du risque et sa gravité s'apprécient en principe conjointement¹⁰⁰. Même si la survenance du risque est rare, sa gravité peut justifier l'obligation du médecin de communiquer l'information au patient¹⁰¹. Suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2009, on a cependant laissé entendre

⁹⁴ Voy. V. CALLEWAERT, «*L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge*», *op. cit.*, p. 105.

⁹⁵ Anvers, 14 avril 2008, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 312.

⁹⁶ Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28. Voy. aussi C. LEMMENS, «*De invulling van het begrip "relevant risico" aan de hand van de frequentie en de ernst van het risico*», note sous Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 156.

⁹⁷ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, *Bull. ass.*, 2011, p. 459.

⁹⁸ Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28; Gand, 2 avril 2009, *Bull. ass.*, 2011, p. 85; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654; Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, *Bull. ass.*, 2011, p. 459. Voy. aussi E. VERJANS, «*Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken*», *op. cit.*, pp. 7-8, n° 9.

⁹⁹ C. LEMMENS, «*De invulling van het begrip "relevant risico" aan de hand van de frequentie en de ernst van het risico*», note sous Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *op. cit.*, p. 156. Voy. également, R. D'HAESE, note sous Cass., 26 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1681, *R.G.D.C.*, 2012, p. 315.

¹⁰⁰ Voy. C. LEMMENS, «*De invulling van het begrip "relevant risico" aan de hand van de frequentie en de ernst van het risico*», note sous Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰¹ Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 154, note C. LEMMENS.

que le critère de la gravité du risque pourrait être appréhendé de manière autonome¹⁰² (voy. *infra*, n° 17). Une telle position n'est toutefois pas partagée par tous les auteurs. La gravité du risque ne devrait, selon eux, pas entraîner d'obligation de révélation si la fréquence du risque est faible¹⁰³.

Le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles du 4 janvier 2010 met également en balance la fréquence du risque et sa gravité. Aux termes de ce jugement, «le médecin doit informer le patient des risques moyennement lourds qui surviennent dans plus de 1 % des cas et des risques dont la fréquence est plus faible lorsque ceux-ci ont de lourdes conséquences comme le décès et une invalidité sérieuse et permanente»¹⁰⁴.

Un autre critère, celui de l'utilité thérapeutique¹⁰⁵ de l'intervention, est encore employé par la cour d'appel de Liège dans son arrêt du 9 septembre 2010 : «Lorsqu'un traitement ne s'impose pas de manière impérative, tous les risques même minimes, doivent être communiqués au patient»¹⁰⁶. En l'espèce, une sclérothérapie avait été décidée entre un patient et son médecin. Cette intervention comportait deux complications connues (phénomènes inflammatoires et nécrosants superficiels résultant d'injections ainsi que nécroses majeures) et ne constituait pas la seule option thérapeutique. La faute du médecin est retenue «pour n'avoir pas laissé au patient, dans les circonstances propres à la cause où l'indication d'une intervention de sclérothérapie ne s'imposait pas et était controversée, le choix du traitement après une information précise des risques liés à ce traitement»¹⁰⁷.

On retrouve également le critère précité à l'occasion du jugement du 4 janvier 2010 du tribunal de première instance de Bruxelles. Après avoir rappelé que le médecin «ne doit pas révéler à son patient les dangers les plus rares et les plus hypothétiques, ni les risques les plus exceptionnels», le tribunal reconnaît un manquement du médecin dans son devoir d'information. En l'espèce, une patiente avait subi une reconstruction mammaire par technique du TRAM suite à l'ablation partielle de son sein droit. Le médecin n'avait pas suffisamment attiré l'attention de la patiente sur les risques de faiblesse de la paroi abdominale après l'intervention. Suite à de nombreuses complications, la patiente arguait que si elle avait été correctement informée des risques qu'elle encourait en procédant à la reconstruction mammaire, elle n'aurait pas subi

¹⁰² Cass., 26 juin 2009, *N.J.W.*, 2009, p. 812, note I. BOONE, *R.W.*, 2009-2010, p. 1522, note H. NYS. La Cour casse l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui, dans une affaire où le risque pour un radiologue de toucher la moelle épinière du patient en lui injectant avec une aiguille un liquide de contraste était extrêmement rare, ne tient compte que de la fréquence et non de la gravité du risque.

¹⁰³ Voy., sur cette controverse, Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht*, vol. II, *Rechten van patiënten : van embryo tot lijk*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 362-363, n° 753-755.

¹⁰⁴ Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654, qui cite Civ. Anvers, 5 novembre 1999, *R.D.S.*, 1999-2000, p. 282.

¹⁰⁵ Voy., sur ce critère, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 203 et s.

¹⁰⁶ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076, *Bull. ass.*, 2011, p. 459.

¹⁰⁷ *Ibid.*

d'opération. L'expert releva que le risque d'événement et les problèmes vasculaires constituaient un risque majeur. Le tribunal jugea la mauvaise exécution de l'obligation d'information fautive mais considéra qu'elle n'était en lien qu'avec une perte de chance évaluée à 75 %. Il souligna que l'obligation d'information du médecin se devait d'être d'autant plus complète que la patiente «n'était pas absolument demandeuse d'une intervention et que celle-ci n'était pas médicalement indispensable»¹⁰⁸.

Le critère de l'utilité thérapeutique reste toutefois contesté en doctrine et en jurisprudence¹⁰⁹. Il rejaillit parfois au stade de l'appréciation du lien de causalité comme en témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Gand du 2 avril 2009. En l'espèce, un patient qui avait fait l'objet d'une médiastinoscopie (endoscopie du médiastin) sans y avoir expressément consenti et présentant, suite à cette intervention, une paralysie des cordes vocales cita en justice les médecins impliqués dans l'opération. La cour d'appel de Gand refuse toutefois de faire droit à la demande d'indemnisation de la victime. Tout d'abord, la cour, contrairement à l'expert, considère que les médecins ont manqué à leur devoir d'information. Elle relève ensuite qu'aucun lien causal n'est toutefois établi entre le manquement des médecins traitants à leur devoir d'information à l'égard du patient et le dommage subi. La cour souligne que le risque de paralysie était à ce point minime qu'il ne pouvait peser face à la nécessité d'établir un diagnostic, diagnostic qui n'était possible qu'en recourant à la médiastinoscopie. Même si l'intervention n'était pas vitale, la cour estime qu'il s'agissait de la seule possibilité d'obtenir un diagnostic correct pour commencer un traitement¹¹⁰.

La question est partiellement réglée dans la loi du 23 mai 2013¹¹¹. L'information préalable à tout acte de chirurgie esthétique ou de médecine esthétique non chirurgicale est régie à l'article 18 de cette loi¹¹². En vertu de cet article,

¹⁰⁸ Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654.

¹⁰⁹ Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 154, note C. LEMMENS.

¹¹⁰ Gand, 2 avril 2009, *Bull. ass.*, 2011, p. 85.

¹¹¹ Loi du 23 mai 2013 réglementant les qualifications requises pour poser des actes de médecine esthétique non chirurgicale et de chirurgie esthétique et réglementant la publicité et l'information relative à ces actes, *M.B.*, 2 juillet 2013.

¹¹² L'article 18 dispose : « § 1^{er}. Préalablement à tout acte de chirurgie esthétique ou de médecine esthétique non chirurgicale, le praticien responsable fournit les informations suivantes au patient et, le cas échéant, à son représentant légal ou à ses représentants légaux :

- 1° les techniques et les conditions de réalisation de l'acte;
- 2° les risques majeurs potentiels et les éventuelles conséquences et complications majeures;
- 3° le type de matériel implanté ou de produit injecté, en ce compris sa dénomination et ses caractéristiques (volume, mesures, quantité);
- 4° les coordonnées du producteur et, le cas échéant, de l'importateur du matériel implanté ou du produit injecté;
- 5° l'identité et le titre professionnel dont sont titulaires le praticien ou les praticiens réalisant l'acte projeté;
- 6° une évaluation détaillée des frais lorsque le montant des frais liés à l'acte projeté est évalué à plus de 1.000 euros. Ce montant est indexé au 1^{er} janvier de chaque année suivant la formule d'indexation suivante : montant de base x nouvel indice santé / indice santé de base. L'indice santé de base est celui

le praticien responsable de l'acte de chirurgie esthétique (ou de médecine esthétique non chirurgicale) devra fournir à son patient, préalablement à l'acte, toute une série d'informations dont notamment celles liées aux risques. Seuls les risques majeurs potentiels et les éventuelles conséquences et complications majeures sont toutefois visés.

17. Risques à signaler: *quid* des risques rares? On le constate d'emblée (voy. *supra*, n° 16), la question de savoir si le médecin est tenu d'informer son patient des risques dont la fréquence de réalisation est faible, voire rarissime, n'appelle pas toujours de réponse évidente¹¹³.

Une tendance marquée se dégage en faveur d'une communication de tous les risques même exceptionnels.

Pour la cour d'appel de Liège, le risque significatif doit être dénoncé même s'il ne se réalise qu'exceptionnellement. Partant, «un risque d'ulcération chronique et même de cancérisation dans 25% des cas de radiodermite aiguë est une information pertinente même si le risque est exceptionnel». Le radiothérapeute qui procède à des irradiations par rayons X pour traiter les verrues d'une patiente commet une faute en ne l'avertissant pas des «conséquences possibles de radiodermite chronique et de radionécrose postérieure comme conséquence des irradiations»^{114 115}.

La cour d'appel d'Anvers fut également saisie de cette délicate question. Une patiente qui présentait des douleurs à la nuque causant des troubles de la sensation eut recours, sur les conseils du médecin, à une myélographie (examen impliquant une piqûre à la nuque). Lors de cette intervention, elle fut blessée à la moelle épinière par l'aiguille. Des troubles sensitifs permanents et sévères s'ensuivirent. La cour d'appel considéra qu'il ne pouvait être reproché aux médecins de ne pas avoir informé la patiente de ce risque extrêmement

en vigueur au 31 décembre 2012. Le nouvel indice est celui qui interviendra successivement au 31 décembre de chaque année.

§ 2. Pour tout acte de chirurgie esthétique, le praticien responsable fournit les informations visées au paragraphe 1^{er} au patient au cours d'une consultation préalable.

§ 3. Les informations visées au paragraphe 1^{er} font l'objet d'un compte rendu écrit, daté et signé par le patient ou, le cas échéant, son représentant légal ou ses représentants légaux et les praticiens concernés. Ce compte rendu fait partie intégrante du dossier médical du patient.

Lorsque plusieurs actes identiques, au niveau de la technique et du produit utilisés, sont réalisés dans le cadre d'un même traitement, les informations visées au paragraphe 1^{er} font l'objet d'un unique compte rendu tel que visé à l'alinéa précédent.

§ 4. Le texte du présent article est reproduit sur le compte rendu visé au paragraphe 3.

§ 5. Les informations visées au paragraphe 1^{er} sont fournies au patient, et, le cas échéant, à son représentant légal ou à ses représentants légaux, sans préjudice d'autres informations à fournir en vertu d'autres dispositions, ou de modalités selon lesquelles ces informations doivent être communiquées ou conservées.

¹¹³ Voy., sur l'évolution en Belgique de la jurisprudence, V. CALLEWAERT, «L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge», *op. cit.*, p. 105.

¹¹⁴ Liège, 27 septembre 2006, R.G.A.R., 2009, n° 14.479.

¹¹⁵ Notons que, dans son analyse, l'expert était d'avis que l'information relative à la radionécrose ne devait pas être donnée vu qu'elle constituait une conséquence rarissime.

rare, et ce, vu l'importance des symptômes et le fait que les autres techniques alternatives n'avaient pas permis d'obtenir le résultat souhaité. La décision de la cour d'appel du 25 juin 2007 fut toutefois censurée par la Cour de cassation aux motifs que «La circonstance qu'un risque important et connu par un médecin normalement prudent et diligent lié à l'intervention ne se réalise que dans des cas exceptionnels ne dispense pas le médecin diligent du devoir de porter ce risque à la connaissance du patient. Ni l'importance des symptômes du patient ni la circonstance que d'autres interventions effectuées antérieurement n'avaient pas engendré de résultat ne dispensent le médecin diligent de son devoir d'information»¹¹⁶.

Les décisions rendues ultérieurement par la cour d'appel de Liège le 11 octobre 2007¹¹⁷ et celle d'Anvers du 4 juin 2012¹¹⁸ sont néanmoins venues freiner cette tendance¹¹⁹. Dans la première affaire, le chirurgien esthétique qui n'avait pas informé le patient qui allait subir une intervention au niveau des paupières (retrait de poches graisseuses) des risques extrêmement minimes encourus (occlusion rétinienne du nerf optique) fut jugé non fautif. Dans la seconde, il fut décidé que le médecin qui avait prescrit du *Plaquenil* dans le traitement de polyarthrite rhumatoïde en n'avertissant pas le patient d'effets secondaires qui ont été rapportés seulement dix fois dans le monde et que l'on ne retrouve ni dans l'apprentissage, ni dans la pratique et la formation des rhumatologues n'avait pas manqué à son devoir d'information.

18. Risques à signaler: les risques connus au moment de l'intervention. Les risques dont doivent être informés les patients ne visent – et c'est fort heureux – que les risques connus au moment de l'intervention¹²⁰. Ainsi, dans sa décision du 26 septembre 2012, la Cour de cassation française censure l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré qu'avait manqué à son devoir d'information le médecin qui n'avait pas averti la patiente de la neurotoxicité de la marcaine. La toxicité de ce produit utilisé pour la rachianesthésie de la patiente était en effet inconnue à la date de l'intervention¹²¹.

19. Conséquences financières de l'intervention. Le médecin doit-il avertir le patient des conséquences financières de l'intervention? La réponse est affirmative. Les conséquences financières de l'intervention sont, en effet, cou-

¹¹⁶ Cass., 26 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1681, R.G.D.C., 2012, p. 309, note R. D'HAESSE.

¹¹⁷ Liège, 11 octobre 2007, J.L.M.B., 2010, p. 734, R.R.D., 2008, p. 28.

¹¹⁸ Anvers, 4 juin 2012, *Bull. ass.*, 2012, p. 520.

¹¹⁹ Voy. *infra*, n° 27.

¹²⁰ Voy. toutefois sur l'obligation de «patient recall», D. VERHOEVEN, «De DES-slachtoffers en het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Een confrontatie met verjaring, het foutbegrip, onzekere toekomstige schade en alternatieve causaliteit», note sous Civ. Bruxelles, 5 octobre 2010, *op. cit.*, pp. 156 et s.

¹²¹ Cass. fr., 26 septembre 2012, R.G.A.R., 2013, n° 15.010.

vertes par le devoir d'information^{122 123} et peuvent être différentes selon que le traitement est pris en charge par un médecin conventionné ou non¹²⁴.

Comme le rappelle à juste titre le tribunal de première instance de Bruxelles, «Le médecin doit informer le patient de l'utilité du traitement envisagé et de son degré d'urgence, de son efficacité, des inconvénients liés au traitement (durée de l'hospitalisation, effets secondaires, nécessité d'une rééducation ou de soins après traitement...) et du coût financier¹²⁵ engendré par le traitement»¹²⁶.

Le coût financier renvoie, tout d'abord, à la sempiternelle question de l'opposabilité des conditions générales. Dans son arrêt du 19 décembre 2011, la Cour de cassation censure la décision qui avait condamné le patient au paiement d'une clause pénale et d'intérêts de retard sans constater la connaissance ou la possibilité de prendre connaissance préalablement à l'hospitalisation des conditions générales prévoyant une indemnité forfaitaire et un intérêt conventionnel¹²⁷.

Le défaut d'information sur l'absence de prise en charge du traitement par l'assurance-maladie obligatoire a également fait débat.

La décision de la justice de paix de Gand du 14 juillet 2008¹²⁸ se montre à cet égard plutôt favorable au patient. Le litige concernait la réclamation d'un hôpital à une patiente d'une facture relative à deux consultations de médecins en vue de subir une double mammoplastie. L'opération avait finalement été pratiquée sans attendre que le médecin-conseil ait rendu un avis écrit favorable. Aucun remboursement n'avait donc été possible. La patiente se retranchait derrière le défaut d'information et fut suivie par le tribunal. L'hôpital fut débouté de sa demande aux motifs que la patiente n'avait pas été informée de la procédure à suivre¹²⁹.

À rebours de cette décision, on épingle la décision du juge de paix de Bastogne du 11 juin 2010¹³⁰. En l'espèce, une patiente bénéficiant du statut VIPO contestait être redevable des sommes réclamées par l'hôpital et notam-

ment des honoraires mis à sa charge pour des prestations de biologie clinique non couvertes par l'assurance maladie obligatoire. La patiente se prévalait du défaut d'information de l'hôpital sur le caractère non remboursable de ces prestations en se fondant sur l'article 8 de la loi du 22 août 2002. Elle invoquait, subsidiairement, l'opposabilité des conditions de facturation. Le juge de paix refusa d'épouser la thèse de la patiente aux motifs que «la loi n'impose pas au praticien professionnel l'établissement d'un "devis de soins et prestations techniques" avec remise de prix». En outre, dès lors que la patiente «a fait choix auprès [de l'hôpital] d'un médecin prescripteur, en vue de son hospitalisation, la nécessité d'une analyse biologique s'est imposée en faisant choix d'une hospitalisation et en se soumettant à celle-ci, la [patient] ne pouvait ignorer qu'une analyse biologique serait nécessaire, elle a consenti librement à cette intervention et si elle n'a pas donné expressément son consentement et éventuellement confirmé son consentement par écrit, c'est le principe de la dérogation au consentement exprès qui s'applique [...] la dérogation au consentement donné expressément qui a lieu après l'information préalable est ici remplacée par un consentement tacite inféré du comportement du patient pour lequel le praticien professionnel qu'elle a consulté [à l'hôpital] l'a informée suffisamment». Le tribunal en conclut que la patiente qui «bénéficie de prestations en milieu hospitalier ne peut ignorer son obligation de paiement et le principe de la facturation des services de soins, qu'il apparaît inconcevable et techniquement malaisé que pour chaque prestation ou service, le patient négocie avec le dispensateur de soins les modalités de paiement et l'application de clauses, que la facturation appelle d'être honorée à bref délai, que les services et soins en milieu hospitalier sont indispensables dans une société et représentent par leur coût une charge sociale, que leur choix par le patient entraîne l'acceptation tacite des conditions et modalités de paiement par adhésion et qu'il n'appartient pas à la société de supporter le coût des impayés et la défaillance des patients défaillants»^{131 132}.

20. Contenu de l'information – Possibilité d'une IVG. Pour rappel, l'interruption volontaire de grossesse (IVG) est autorisée jusqu'à 12 semaines. Passé ce délai, l'interruption volontaire de grossesse est soumise à des conditions médicales strictes reprises ci-après. On parle alors plutôt d'interruption médicale de grossesse (IMG).

Le respect du devoir d'information va-t-il jusqu'à imposer aux médecins d'informer leur patiente de la possibilité d'une interruption de grossesse ? Cette

¹²² Cass., 19 décembre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 381, note Th. VANSWEEVELT. Voy. aussi S. TACK et T. BALTAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», *op. cit.*, pp. 8-9.

¹²³ Voy. sur l'obligation d'information des conséquences financières d'une intervention à charge respectivement des établissements de soins et des professionnels, Th. VANSWEEVELT, «Het recht van de patiënt op informatie over de financiële gevolgen van een medische tussenkomst», note sous Cass., 19 décembre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, pp. 387 et s.

¹²⁴ Voy. F.D., note sous C.C., 15 mai 2008, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 225.

¹²⁵ Nous soulignons.

¹²⁶ Civ. Bruxelles, 21 mars 2006, *R.D.S.*, 2009-2010, p. 137.

¹²⁷ Cass., 19 décembre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 381, note Th. VANSWEEVELT.

¹²⁸ Voy. aussi G. GENICOT, «L'information du patient quant à l'aspect financier d'une intervention médicale», *op. cit.*, pp. 235 et s.

¹²⁹ J.P. Gand, 14 juillet 2008, *J.J.P.*, 2012, p. 248.

¹³⁰ J.P. Bastogne-Neufchâteau, 11 juin 2010, *J.J.P.*, 2012, p. 250.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Voy. également, pour une lecture critique de cette décision, G. GENICOT, «L'information du patient quant à l'aspect financier d'une intervention médicale», *op. cit.*, pp. 235 et s.

question s'est considérablement amplifiée avec le développement des actions en « *wrongful pregnancy* »¹³³, « *wrongful birth* » et « *wrongful life* »^{134 135}.

Trancher la controverse relative à l'autorisation en droit belge d'un avortement tardif constitue un préalable indispensable. Si l'interruption de grossesse n'est plus autorisée après un certain stade, l'on ne pourrait reprocher au médecin, consulté postérieurement à cette date charnière, un manquement à son obligation d'information.

L'ancien article 350 du Code pénal était en effet sujet à diverses interprétations¹³⁶. Ce dernier disposait, en son point 4, que, « Au-delà du délai de douze semaines, sous les conditions prévues aux 1^o, b), 2^o et 3^o, l'interruption volontaire de grossesse ne pourra être pratiquée que lorsque la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou lorsqu'il est certain que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Dans ce cas, le médecin sollicité s'assurera le concours d'un deuxième médecin, dont l'avis sera joint au dossier ». Même si la loi du 15 octobre 2018¹³⁷ a abrogé l'article 350 du Code pénal, des sanctions pénales identiques sont prévues à l'article 3 de la loi précitée¹³⁸.

¹³³ Dans cette hypothèse et contrairement aux deux situations suivantes, l'enfant est normalement constitué, en bonne santé.

¹³⁴ L'action en *wrongful pregnancy* concerne l'action visant à obtenir l'indemnisation du dommage « résultant [...] du caractère non souhaité d'une nouvelle grossesse ». L'action en *wrongful birth* est l'action diligentée par les parents en leur nom et qui vise à obtenir l'indemnisation du dommage qui résulte de la naissance de l'enfant handicapé. L'action en *wrongful life* caractérise l'action qui vise à obtenir l'indemnisation du préjudice propre subi par l'enfant né handicapé à la suite d'un manquement dans le suivi de la grossesse (par exemple, un défaut d'information quant au handicap de l'enfant ou la non-détection d'une anomalie) (G. GENICOT, « Dommage moral en cas de naissance d'un enfant non désiré après l'échec d'une vasectomie », note sous Mons, 28 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1097-1098. Voy. aussi G. GENICOT, « Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé », *R.G.D.C.*, 2002, p. 82; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *J.T.*, 2002, p. 660).

¹³⁵ Voy. sur ces notions, M. DILLEN et F. DEWALLENS, « *Wrongful life made in Belgium*: geboren worden kan uw gezondheid schaden », note sous Bruxelles, 21 septembre 2010, *R.D.S.*, 2011-2012, pp. 190-197 et spéc. p. 191. Voy. aussi B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, pp. 209-219; E. DE SAINT MOULIN, « Les actions en grossesse et vie préjudiciables : état des lieux critique au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation (2019) », *J.T.*, 2019, pp. 81-93; Y.-H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge ? », *op. cit.*, pp. 657-666.

¹³⁶ Voy. sur cette question, A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », note sous Gand, 3 novembre 2011 et Civ. Courtrai, 18 février 2010, *R.D.S.*, 2011-2012, pp. 212-229.

¹³⁷ Loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, *M.B.*, 29 octobre 2018.

¹³⁸ Article 3 : « Celui qui aura fait avorter une femme qui y a consenti en dehors des conditions prévues à l'article 2 sera condamné à un emprisonnement de trois mois à un an et à une amende de cent euros à cinq cents euros.

La question de savoir si l'interruption de grossesse (IMG) peut encore avoir lieu jusqu'à l'accouchement divise donc toujours la doctrine. Tandis que certains estiment que l'interruption de grossesse est proscrite dès le moment où le fœtus devient viable (après vingt-quatre semaines)¹³⁹, d'autres soutiennent que l'interruption de grossesse reste autorisée au-delà de ce moment¹⁴⁰. Même si la première thèse semble davantage emporter la conviction des juridictions de fond¹⁴¹, il semble que la réalité de terrain soit tout autre¹⁴².

Dans sa décision du 16 octobre 2006, le tribunal de première instance de Hasselt retient la date charnière de viabilité du fœtus. Il considère *in casu* que

Celui qui tente d'empêcher une femme d'accéder librement à un établissement de soins pratiquant des interruptions volontaires de grossesse sera condamné à un emprisonnement de trois mois à un an et à une amende de cent euros à cinq cents euros.

La femme qui, volontairement, aura fait pratiquer un avortement en dehors des conditions prévues à l'article 2 sera punie d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à deux cents euros.

Lorsque les moyens employés dans le but de faire avorter la femme auront causé la mort, celui qui les aura administrés ou indiqués dans ce but sera condamné à la réclusion de cinq ans à dix ans, si la femme a consenti à l'avortement, mais que l'intervention a été pratiquée en dehors des conditions prévues à l'article 2.

Les dispositions du livre I^{er}, y compris celles du chapitre VII et l'article 85 du Code pénal sont d'application aux infractions visées par la présente loi ».

¹³⁹ Voy., en faveur du critère de la viabilité du fœtus comme limite à l'IVG, A. DE NAUW, « Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en de openbare zedelijkheid », in *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Malines, Kluwer, 2010, p. 132.

Nathalie Colette-Basecq précise que les travaux préparatoires de la loi ont affirmé qu'« une fois que l'enfant est viable, le terme d'avortement est dépassé ». L'auteure nuance toutefois ses propos dès lors qu'« [u]n intervenant a objecté, à raison selon nous, que cette nuance ne ressortait pas expressément du texte même de la proposition de loi. De plus, on peut remarquer qu'au fur et à mesure des avancées de la médecine, le moment à partir duquel l'enfant peut vivre en milieu extra-utérin ne cesse de se rapprocher un peu plus de la conception, ce qui est de nature à accentuer le vide juridique par rapport au fœtus considéré comme viable » (N. COLETTE-BASECQZ, « L'avortement », in *Les infractions*, vol. 3, *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 44 et s. et spéc. p. 47).

¹⁴⁰ Voy., en faveur d'une autorisation d'avorter jusqu'à l'imminence de la naissance, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, *op. cit.*, p. 655; A. HUYGENS, « Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan », *R.D.S.*, 2011-2012, pp. 215-217; Th. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht*, vol. II, *Reduten van patiënten : van embryo tot lijk*, *op. cit.*, pp. 263-268, n^{os} 579-586; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Malines, Wolters Kluwer, 2016, p. 233.

¹⁴¹ À cet égard, on peut citer la décision du tribunal de première instance de Courtrai du 18 février 2010. Pour le tribunal, le fait que la loi ne prévoit pas de délai maximal endéans lequel une interruption de grossesse (IMG) est autorisée n'implique pas automatiquement que les médecins doivent estimer que celle-ci est encore possible à tout moment (Civ. Courtrai, 18 février 2010, *R.D.S.*, 2011-2012, p. 198, note A. HUYGENS, *T.G.R.*, 2012, p. 29). Les travaux préparatoires donnent en effet à penser que l'avortement ne vise que l'expulsion de fœtus non viables (*Doc. parl.*, Sénat, 1988, n^o 247/2, p. 148 et n^o 950/9, pp. 133-134). Il ne peut donc être reproché aux médecins consultés tardivement d'avoir refusé de pratiquer une IVG. Voy., *contra*, Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 716 (« Qu'enfin, le législateur n'a prévu aucun délai ultime pour l'avortement thérapeutique, lequel peut donc intervenir jusqu'à la fin de la grossesse, et donc même si le fœtus est viable hors du corps de la mère »).

¹⁴² Voy., en ce sens, Nathalie Colette-Basecq qui souligne que, « cela étant, dans la pratique, cette condition de viabilité ne semble pas s'imposer, puisque l'on admet que des interruptions volontaires de grossesse aient lieu jusqu'au début du travail d'accouchement » (N. COLETTE-BASECQZ, « L'avortement », in *Les infractions*, vol. 3, *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, *op. cit.*, p. 30).

le gynécologue qui ne décèle pas de handicap chez l'enfant lors d'une échographie (dix-neuf semaines) commet une erreur de diagnostic fautive. Il a, par ailleurs, l'obligation, même dans le cadre d'une grossesse avancée, d'informer la femme enceinte de la possibilité d'un avortement (IMG). Le tribunal s'appuyant sur les travaux préparatoires de l'article 350 du Code pénal estime que l'ultime limite pour un avortement est la viabilité du fœtus et non l'imminence de la naissance de l'enfant¹⁴³.

Dans sa décision du 6 mars 2013, le tribunal de première instance de Louvain estime qu'au regard de la controverse existante sur la licéité d'une interruption tardive de grossesse, il ne peut être reproché aux médecins d'avoir omis d'informer une femme enceinte de 33 semaines des possibilités de pratiquer un avortement. Pour le tribunal, il n'existe aucune obligation d'information qui repose sur les médecins tant que la femme n'a pas, elle-même, indiqué vouloir interrompre sa grossesse. Par ailleurs, il reste loisible aux médecins de refuser, pour des raisons de conscience, de répondre au souhait d'une femme enceinte qui revendique le bénéfice d'une interruption de grossesse^{144 145}.

On notera que la proposition de loi déposée à la Chambre le 16 juillet 2019¹⁴⁶ dépénalise l'interruption volontaire de grossesse. Cette dernière, au-delà d'un délai qui passe de douze à dix-huit semaines, n'est plus conditionnée qu'à l'«existence d'un risque élevé, selon l'état actuel de la science, que l'enfant à naître sera atteint d'une affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic». La question de la condition de viabilité du fœtus n'est toutefois pas éclaircie.

21. Contenu de l'information – Possibilité d'une IVG (suite). La loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse¹⁴⁷ est venue apporter une nouvelle pierre à l'édifice. En vertu de l'article 2, 2°, «Le médecin sollicité par une femme en vue d'interrompre sa grossesse doit :

- a) informer celle-ci des risques médicaux actuels ou futurs qu'elle encourt à raison de l'interruption de grossesse ;
- b) rappeler les diverses possibilités d'accueil de l'enfant à naître et faire appel, le cas échéant, au personnel du service d'information visé au 1°, b), pour accorder l'assistance et donner les conseils qui y sont visés ;
- c) s'assurer de la détermination de la femme à faire pratiquer une interruption de grossesse. L'appréciation de la détermination de la femme enceinte

¹⁴³ Civ. Hasselt, 16 octobre 2006, R.D.S., 2012-2013, p. 49.

¹⁴⁴ Civ. Louvain, 6 mars 2013, R.D.S., 2017-2018, p. 108, note K. VAN ASSCHE.

¹⁴⁵ Voy. pour une appréciation très critique de la décision, K. VAN ASSCHE, «Geoorlooftheid van informatieplicht over late zwangerschapsafbreking», note sous Civ. Louvain, 6 mars 2013, R.D.S., 2017-2018, pp. 114-121.

¹⁴⁶ Proposition de loi visant à assouplir les conditions pour recourir à l'interruption volontaire de grossesse, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0158/009.

¹⁴⁷ Loi du 15 octobre 2018 relative à l'interruption volontaire de grossesse, abrogeant les articles 350 et 351 du Code pénal et modifiant les articles 352 et 383 du même Code et modifiant diverses dispositions législatives, M.B., 29 octobre 2018.

qui conduit le médecin à accepter d'intervenir est souveraine lorsque les conditions prévues au présent article sont respectées».

L'article 2, 7° de la loi prévoit également qu'«Aucun médecin, aucun infirmier ou infirmière, aucun auxiliaire médical n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention¹⁴⁸. Il indique dans ce cas les coordonnées d'un autre médecin, d'un centre d'interruption de grossesse ou d'un service hospitalier qu'elle peut solliciter pour une nouvelle demande d'interruption de grossesse. Le médecin qui refuse l'interruption volontaire transmet le dossier médical au nouveau médecin consulté par la femme». On notera toutefois que l'obligation d'information ne porte que sur le refus d'intervention et l'indication des coordonnées d'un autre médecin. Par ailleurs, l'obligation ne pèse que sur le médecin sollicité pour une IVG.

La proposition de loi déposée à la Chambre le 16 juillet 2019 visant à assouplir les conditions pour recourir à l'interruption volontaire de grossesse¹⁴⁹ reprend également ces obligations d'information¹⁵⁰.

22. Contenu de l'information – Risques d'infections nosocomiales. La jurisprudence sur les infections nosocomiales se densifie ces dernières années. De nouvelles questions se font jour. Faut-il notamment considérer que le risque d'infections nosocomiales fait partie englobante du devoir d'information? Pour Bertrand De Coninck, le risque d'infections nosocomiales tombe sous le champ de l'article 8 de la loi du 22 août 2002 qui prévoit que l'information porte notamment «sur les risques inhérents à l'intervention et pertinents pour le patient»¹⁵¹.

¹⁴⁸ On retrouvait déjà cette obligation à l'article 350, 6°, alinéa 2, du Code pénal.

¹⁴⁹ Proposition de loi visant à assouplir les conditions pour recourir à l'interruption volontaire de grossesse, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0158/009.

¹⁵⁰ L'article 2, 2°, de la proposition de loi modifie l'article 2 de la loi du 15 octobre 2018 comme suit : «Le médecin sollicité par une femme en vue d'interrompre sa grossesse doit :

- a) informer celle-ci des risques médicaux actuels ou futurs qu'elle encourt à raison de l'interruption de grossesse ;
- b) s'assurer de la détermination de la femme à faire pratiquer une interruption de grossesse. L'appréciation de la détermination de la femme enceinte qui conduit le médecin à accepter d'intervenir, est souveraine lorsque les conditions prévues au présent article sont respectées».

L'article 3 de la proposition de loi insère un article 2/1 rédigé en ces termes : «Aucun médecin, aucune sage-femme, aucun infirmier, aucun praticien d'une profession paramédicale ou autre professionnel des soins de santé n'est tenu de concourir à une interruption de grossesse. Le médecin sollicité est tenu d'informer l'intéressée, dès la première visite, de son refus d'intervention. Il indique dans ce cas les coordonnées d'un autre médecin et d'un centre d'interruption de grossesse ou d'un service hospitalier spécialisé qu'elle peut solliciter pour une nouvelle demande d'interruption de grossesse. Le médecin qui refuse de pratiquer l'interruption volontaire de grossesse transmet le dossier médical au nouveau médecin consulté par la femme».

¹⁵¹ B. DE CONINCK, «Infections nosocomiales : obligations de moyens ou de résultat?», note sous Liège, 18 septembre 2014, R.G.A.R., 2015, n° 15.169-7.

D. Les exceptions à l'obligation d'information du médecin et à l'obtention du consentement éclairé du patient

1. Les exceptions à l'obligation d'information du médecin

23. Urgence, impossibilité d'être informé ou refus d'être informé.

Les exceptions à l'obligation d'information qui pèse sur le médecin sont de plusieurs ordres. Elles sont précisées par le tribunal de première instance d'Hasselt qui rappelle que tout médecin prudent fournit au patient, préalablement et de façon claire, les renseignements requis afin que ce dernier puisse marquer son accord concernant l'intervention médicale en toute connaissance de cause sauf en cas d'urgence, d'impossibilité d'informer ou de refus d'être informé^{152 153}.

24. Exception thérapeutique. Il peut, par ailleurs, être dérogé à l'obligation d'information en présence de l'exception dite thérapeutique¹⁵⁴. Cette exception est érigée à l'article 7, § 4, de la loi relative aux droits du patient en ces termes : « Le praticien professionnel peut, à titre exceptionnel, ne pas divulguer les informations visées au § 1^{er} au patient si la communication de celles-ci risque de causer manifestement un préjudice grave à la santé du patient et à condition que le praticien professionnel ait consulté un autre praticien professionnel ». Dans cette hypothèse, l'information est tue dans l'intérêt du patient¹⁵⁵.

Dans son arrêt du 8 janvier 2007, la cour d'appel de Bruxelles refuse de faire droit à l'exception thérapeutique soulevée par le médecin qui invoquait « qu'il ne fallait pas stresser davantage la patiente, en lui donnant des informations alarmantes, alors qu'elle insistait pour qu'un traitement d'urgence soit apporté » aux motifs que « cette exception ne pourrait être admise que si elle

¹⁵² Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 154, note C. LEMMENS. Voy. art. 7, § 3, de la loi du 22 août 2002 qui précise que « Les informations ne sont pas fournies au patient si celui-ci en formule expressément la demande à moins que la non-communication de ces informations ne cause manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers et à condition que le praticien professionnel ait consulté préalablement un autre praticien professionnel à ce sujet et entendu la personne de confiance éventuellement désignée dont question au § 2, alinéa 3.

La demande du patient est consignée ou ajoutée dans le dossier du patient ».

¹⁵³ Voy. aussi, sur ces exceptions, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 207 et s.

¹⁵⁴ Voy., sur l'exception thérapeutique, V. VANDERHULST, « De therapeutische exceptie en het recht van de patiënt op informatie met bijzondere aandacht voor de zorg rond het levenseinde », *R.D.S.*, 2015-2016, pp. 326-351 ; V. CALLEWAERT, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge », op. cit., p. 108 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 210 et s. ; S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », op. cit., pp. 16-17.

¹⁵⁵ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », in G. Schamps (dir.), *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2008, pp. 32-33. En vertu de l'article 7, § 4, alinéas 3 et 4, « Dans ce cas, le praticien professionnel ajoute une motivation écrite dans le dossier du patient et en informe l'éventuelle personne de confiance désignée dont question au § 2, alinéa 3. Dès que la communication des informations ne cause plus le préjudice visé à l'alinéa 1^{er}, le praticien professionnel doit les communiquer ».

était de nature à perturber J. S. au point qu'elle n'aurait plus été en état de prendre une décision ou, à la rigueur, si l'information risquait de la déprimer ou de créer dans son chef une confusion susceptible d'entraîner des dommages »¹⁵⁶.

2. Les exceptions à l'obtention du consentement

25. De l'urgence à l'absence de discernement. L'obligation d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient suscite parfois de sérieuses difficultés dans la pratique. On songe notamment aux situations d'urgence, ainsi qu'à celles dans lesquelles le patient n'est pas en état physique de consentir (inconscience, coma) ou est privé de discernement (mineur, malade mental)^{157 158}.

Cette délicate question est partiellement réglée par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient qui institue un régime légal de représentation¹⁵⁹ des patients incapables¹⁶⁰.

26. Dérogations légales. Plusieurs dispositions légales spécifiques imposent un traitement sans que le patient doive y consentir au préalable¹⁶¹. L'intérêt général prime alors sur l'exigence de consentement du patient¹⁶². On songe notamment à l'obligation du conducteur de subir un prélèvement sanguin en cas de suspicion d'ivresse, à une inspection corporelle d'un suspect dans le cadre d'une enquête pénale¹⁶³...

E. Illustrations du respect de l'obligation d'information

Ces dernières années, les cours et tribunaux furent amenés à apprécier le respect du devoir d'information qui incombe aux médecins. Nous épinglons ci-après quelques décisions favorables ou non aux professionnels de la santé en renvoyant, le cas échéant, vers d'autres développements tirés de ces mêmes décisions.

¹⁵⁶ Bruxelles, 8 janvier 2007, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14.286.

¹⁵⁷ P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », op. cit., p. 31.

¹⁵⁸ Voy. également sur le refus de consentir ou la renonciation au droit de consentir, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 167 et s. ; E. VERJANS, « Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken », op. cit., pp. 16 et s., n° 26 et s.

¹⁵⁹ Voy. S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », op. cit., pp. 20 et s.

¹⁶⁰ L'article 12 dispose que « § 1^{er}. Si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur.

§ 2. Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ».

¹⁶¹ S. TACK et T. BALTHAZAR, « Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties », op. cit., p. 18.

¹⁶² *Ibid.*, p. 18.

¹⁶³ Voy., pour d'autres illustrations, *ibid.*, p. 19.

27. Respect de l'obligation d'information – Illustrations (oui).

N'ont ainsi pas violé leur obligation d'information :

- le chirurgien esthétique qui n'informe pas le patient qui va subir une intervention au niveau des paupières (retrait de poches graisseuses) des risques extrêmement minimes (occlusion rétinienne du nerf optique)¹⁶⁴. La cour considère que « tout au plus peut-il être reproché à l'intimée d'avoir banalisé l'acte qui allait être posé, en ne fournissant notamment pas de précisions suffisantes quant aux conséquences des différents gestes chirurgicaux et quant à leur durée ». Elle estime à tout le moins que le lien causal entre cette information limitée et le dommage n'est pas établi (voy. *supra*, n° 17) ;
- le chirurgien esthétique ayant pratiqué une mastopexie qui avait fait signer un formulaire de consentement d'intervention à la patiente et adressé un courrier au médecin généraliste. En l'espèce, la patiente estimant que sa poitrine était trop petite fut contrainte, à la suite de complications, de subir quatre interventions. Elle se plaignait d'un manquement du chirurgien à son devoir d'information. La cour décida que le médecin chirurgien n'avait pas manqué à son devoir d'information en se fondant, d'une part, sur le fait que la patiente avait signé un formulaire (voy. *infra*, n° 46) dans lequel elle acceptait l'intervention et, d'autre part, sur le courrier adressé par le chirurgien au médecin généraliste où il était fait mention explicite de la nature de l'intervention ainsi que des discussions intervenues avec la patiente au sujet des possibilités et risques de complications¹⁶⁵ ;
- le médecin qui prescrit du *Plaquenil* dans le traitement de polyarthrite rhumatoïde en n'avertissant pas le patient d'effets secondaires qui ont été rapportés seulement dix fois dans le monde et que l'on ne retrouve ni dans l'apprentissage, ni dans la pratique et la formation des rhumatologues¹⁶⁶ (voy. *supra*, n° 17).

28. Respect de l'obligation d'information – Illustrations (non).

Ont, en revanche, été considérés comme fautifs :

- le médecin qui recourt à une technique expérimentale auprès d'une patiente atteinte d'un lymphoedème « sans informer correctement et honnêtement la patiente des avantages et inconvénients de l'acte chirurgical proposé ». Celui-ci manque à son devoir d'information^{167 168} ;

¹⁶⁴ Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28.

¹⁶⁵ Gand, 9 février 2012, *R.D.S.*, 2013-2014, p. 26, note I. VRANCKEN.

¹⁶⁶ Anvers, 4 juin 2012, *Bull. ass.*, 2012, p. 520.

¹⁶⁷ Civ. Bruxelles, 21 mars 2006, *R.D.S.*, 2009-2010, p. 137.

¹⁶⁸ Voy., sur les expérimentations sur les humains, K. WOUTERS, « De foutloze aansprakelijkheid in de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 156 et s.

- l'anesthésiste qui pratique une anesthésie péridurale sans recueillir le consentement libre et éclairé de la patiente, cette dernière ayant d'ailleurs marqué sa préférence pour une anesthésie générale^{169 170} ;
- le gynécologue qui, malgré le risque de dystocie des épaules, n'informe pas les parents de l'opportunité d'une césarienne primaire¹⁷¹ ;
- le médecin qui n'informe pas le patient des conséquences d'une ostéotomie d'ouverture du genou sur la longueur de ses membres inférieurs (voy. aussi *infra*, n° 33)¹⁷² ;
- le médecin qui n'informe pas le patient de la complication la plus courante de l'opération (saignement du moignon) et de celle plus exceptionnelle qui consiste en un déchirement de la vessie (voy. aussi *infra*, n° 33)¹⁷³ ;
- le médecin qui n'informe pas la patiente souffrant d'une appendicite (avec abcès du cul-de-sac de Douglas) des risques de perforation rectovaginale liés à une ponction sans échoguidage (voy. aussi *infra*, n° 33)¹⁷⁴.

Comme l'indique François Glansdorff, « dans le domaine médical comme ailleurs [...], la sanction consistera en l'allocation de dommages et intérêts qui seront destinés à rétablir l'équilibre entre les cocontractants, tel qu'il aurait été maintenu si le créancier de l'obligation avait été convenablement informé, conseillé ou mis en garde. On précise à ce sujet que les exemples de réparation en nature sont peu fréquents, bien que théoriquement concevables »¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Cass., 11 juin 2009, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 27, note Q. VAN ENIS, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967.

¹⁷⁰ La responsabilité de l'anesthésiste ne fut toutefois pas retenue à défaut de preuve de lien causal entre cette faute et le dommage subi.

¹⁷¹ Bruxelles, 4 février 2014, *R.D.S.*, 2015-2016, p. 74, note M. EGGERMONT. Voy., sur cette décision et l'importance de la tenue correcte et l'archivage du dossier médical, M. EGGERMONT, note sous Bruxelles 4 février 2014, *op. cit.*, pp. 78-81.

¹⁷² Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, obs., *R.G.D.C.*, 2017, p. 424.

¹⁷³ Anvers, 21 novembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 32, note C. LEMMENS. La responsabilité du médecin n'est toutefois pas retenue à défaut de preuve du lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage.

¹⁷⁴ Anvers, 21 décembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 36. La responsabilité du médecin n'est toutefois pas retenue à défaut de preuve du lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage.

¹⁷⁵ Fr. GLANSDORFF, « Introduction générale », in Fr. Glansdorff (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, *op. cit.*, pp. 43-44.

Section 2

La preuve du (non-)respect de l'obligation d'information

A. La charge de la preuve

1. Les arrêts de la Cour de cassation¹⁷⁶

29. Contextualisation. La sempiternelle et lancinante question de la charge de la preuve de l'obligation d'information n'a pas encore trouvé son épilogue en Belgique.

Le récent arrêt du 11 janvier 2019 n'a fait que raviver une controverse qui avait déjà fait couler beaucoup d'encre.

Les arrêts rendus par notre Cour suprême ne se comptent d'ailleurs plus sur les doigts de la main. La jurisprudence déborde largement le droit médical.

Nous reviendrons rapidement sur les différentes étapes de cette saga judiciaire en insistant sur les arrêts qui traitent de l'obligation d'information qui pèse sur les professionnels de la santé.

30. Évolution de la jurisprudence. Dès les années 1960, la Cour de cassation est saisie de la question de la charge de la preuve de l'obligation d'information. Dans son arrêt du 26 janvier 1968¹⁷⁷, la Cour estime qu'il incombe à la commune de prouver qu'elle s'est conformée à l'obligation d'informer la caisse nationale des pensions relativement aux droits à la pension des bénéficiaires. La charge de la preuve est dès lors mise sur le débiteur de l'obligation d'information.

La même question se pose en droit médical dans une affaire qui donne lieu à l'arrêt du 14 décembre 2001¹⁷⁸. L'affaire concerne une patiente qui subit, à l'occasion d'un avortement thérapeutique, une stérilisation tubaire chirurgicale. Celle-ci estime ne pas avoir reçu les informations nécessaires à la compréhension de la portée de son engagement. Les juges d'appel considèrent que la charge de la preuve de la fourniture des informations repose sur le médecin. Le chirurgien se pourvoit en cassation. L'arrêt est cassé.

¹⁷⁶ Voy., sur ces arrêts, D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *R.C.J.B.*, 2018, p. 120. Voy. aussi V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 10-23.

¹⁷⁷ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 662.

¹⁷⁸ Cass., 14 décembre 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494. Voy. aussi, dans le même sens, Cass., 18 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1212; Cass., 23 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 890.

La configuration de cette affaire est toutefois particulière. L'action étant fondée sur une infraction, les règles diffèrent sensiblement¹⁷⁹. En droit pénal, la preuve des éléments constitutifs de l'infraction ainsi que l'absence de cause de justification (pour autant que la cause de justification ne soit pas dénuée de crédit) repose sur le demandeur¹⁸⁰. Partant, il incombe au patient (le créancier) de démontrer la violation dont il se prévaut à l'égard du médecin.

On épingle aussi généralement la décision de la Haute juridiction du 28 février 2002¹⁸¹. Une patiente qui se plaint de douleurs au genou gauche subit une intervention qui aboutit à une ablation de la rotule. La patiente invoque la violation par le médecin de son obligation d'information. Le moyen selon lequel le médecin prétendait avoir, à tort, supporté la charge de la preuve est rejeté par la Cour. On ne peut toutefois en tirer de grands enseignements. La preuve de l'inexécution de l'obligation d'information était en effet rapportée par le patient aux moyens de présomptions de fait.

L'arrêt subséquent du 10 décembre 2004¹⁸² concerne les obligations d'information applicables en matière de crédit. La Cour fait reposer la charge de la preuve de la violation de l'obligation qui incombe à l'organisme de crédit sur le consommateur (le créancier de l'obligation d'information)¹⁸³.

¹⁷⁹ Le non-respect de l'obligation d'information qui entraîne un dommage corporel est constitutif d'une infraction (D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?», *R.D.C.*, 2016, p. 657; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 118).

¹⁸⁰ S. LIERMAN, «Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts», *R.D.S.*, 2004-2005, p. 308; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?», *op. cit.*, p. 657; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 118.

¹⁸¹ Cass., 28 février 2002, *R.D.S.*, 2002-2003, p. 14.

¹⁸² Cass., 10 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1962.

¹⁸³ Notons que l'arrêt de la C.J.U.E. du 18 décembre 2014, *CA Consumer Finance SA*, aff. C-449/13, s'inscrit dans la tendance opposée:

«27. Il y a toutefois lieu de préciser que le respect de ce dernier principe 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, 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.

28. En revanche, l'effectivité de l'exercice des droits conférés par la directive 2008/48 est assurée par une règle nationale selon laquelle le prêteur est, en principe, tenu de justifier devant le juge la bonne exécution de ces obligations précontractuelles. Une telle règle vise à garantir, ainsi qu'il a été rappelé au point 21 du présent arrêt, la protection du consommateur, sans porter une atteinte démesurée au droit du prêteur à un procès équitable. En effet, ainsi que l'a relevé l'avocat général au point 35 de ses conclusions, un prêteur diligent doit avoir conscience de la nécessité de collecter et de conserver des preuves de l'exécution des obligations d'information et d'explication lui incombant. [...]

32. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux première et deuxième questions que les dispositions de la directive 2008/48 doivent être interprétées en ce sens que: – d'une part, elles s'opposent à une réglementation nationale selon laquelle la charge de la preuve de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive 2008/48 repose sur le consommateur et

31. Arrêts du 16 décembre 2004. L'épineuse question de la charge de la preuve du (non-)respect de l'obligation d'information est à nouveau soumise à la Cour de cassation à l'occasion de deux affaires où il était reproché à un médecin d'avoir manqué à son obligation d'information.

La première affaire concerne un gynécologue qui avait oublié de retirer des tampons dans le corps d'une patiente lors d'une première intervention. Une deuxième opération avait dû être effectuée pour les retirer¹⁸⁴. À la suite de ces opérations, la patiente se plaignait de ne plus pouvoir avoir de relations sexuelles. L'expertise démontra toutefois l'absence de lien entre le retrait tardif des tampons et les difficultés d'ordre sexuel. La patiente invoqua le manquement du médecin à son obligation d'information, et notamment des risques de difficultés dans les rapports sexuels ultérieurs à l'opération. La patiente fut déboutée. Elle introduisit un pourvoi en cassation en faisant grief à la cour d'appel d'avoir interverti la charge de la preuve dès lors qu'il incombait au médecin de prouver qu'il avait satisfait à son obligation d'information, laquelle constituait une obligation de résultat.

La seconde affaire concernait une patiente qui reprochait à son chirurgien de ne pas l'avoir informée des risques qu'emportait un départ prématuré de l'hôpital (plaies humides lors de la sortie). La cour d'appel de Gand saisie du litige estima que la charge de la preuve de la bonne exécution du devoir d'information incombait au médecin en vertu de l'article 1315, alinéa 2. Un pourvoi en cassation fut introduit à l'encontre de cette décision.

Les deux arrêts du 16 décembre 2004¹⁸⁵ semblaient mettre fin aux incertitudes. La Cour décide, d'une part, qu'«un patient qui invoque que le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information doit en fournir la preuve»¹⁸⁶ et, d'autre part, que «lors d'une contestation civile portant sur un dommage à indemniser, la charge de la preuve relative à la faute, au dommage et au lien de causalité incombe à celui qui demande l'indemnisation du dommage qu'il a subi» sans que le juge ne puisse «dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire»¹⁸⁷. Cette

— d'autre part, elles s'opposent à ce que, en raison d'une clause type, le juge doive considérer que le consommateur a reconnu la pleine et correcte exécution des obligations précontractuelles incombant au prêteur, cette clause entraînant ainsi un renversement de la charge de la preuve de l'exécution desdites obligations de nature à compromettre l'effectivité des droits reconnus par la directive 2008/48.

¹⁸⁴ On notera que la patiente fut indemnisée du dommage subi vu l'absence de retrait des tampons.

¹⁸⁵ Voy. également, sur ces deux arrêts, J. KIRKPATRICK, «Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens», note sous Cass., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 525 et s.; S. PANIS, «De resultaatsverbintenissen van de arts bij sterilisatie: de impliciete wil van de partijen», note sous Cass., 15 janvier 2010, *R.D.S.*, 2011-2012, pp. 232-237; G. GENICOT, «Obligation de moyens ou de résultat en matière de stérilisation: une occasion manquée de clarification?», obs. sous Cass., 15 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 731-734.

¹⁸⁶ Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *R.G. n° C.03.0407.N*, *Pas.*, 2004, n° 616, *R.D.S.*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. Nys, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161.

¹⁸⁷ Cass., 16 décembre 2004, *R.G. n° C.03.0273.N*, *R.D.S.*, 2004-2005, p. 298.

jurisprudence qui fait reposer la charge de la preuve sur le créancier de l'obligation d'information a ensuite été majoritairement suivie par les juridictions de fond¹⁸⁸.

Un autre arrêt étranger au droit médical est encore prononcé le 20 mars 2006¹⁸⁹ par notre Cour suprême. Cette dernière décide que la preuve de (l'extinction de) l'obligation légale de l'assureur-loi de transmettre au Fonds des accidents du travail la copie de l'accord homologué afférent aux allocations pour cause d'accident du travail repose sur les épaules du débiteur de l'obligation d'information.

32. Influence du droit français et arrêt du 25 juin 2015. Les discussions ne furent pas totalement apaisées. La solution adoptée par notre Haute juridiction se situe en effet aux antipodes de celle retenue en France dans l'arrêt *Hédreul*¹⁹⁰. Chez nos voisins, la charge de la preuve incombe en effet non pas au patient, mais au médecin débiteur de l'information¹⁹¹.

La position adoptée de l'autre côté de la frontière a sans aucun doute eu une incidence sur la jurisprudence de notre Cour. La relative harmonie au sein des juridictions belges n'allait en effet pas perdurer très longtemps. L'arrêt du 25 juin 2015, rendu dans des circonstances tout à fait étrangères au droit médical, jeta un nouveau pavé dans la mare. Il raviva le débat de la charge de la preuve du devoir d'information du médecin.

Dans cet arrêt retentissant du 25 juin 2015, la Cour décide qu'«il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat [débiteur de l'obligation] qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui pas été donnée»¹⁹².

Deux courants doctrinaux s'opposèrent à la suite de cet arrêt. Les uns¹⁹³ considérant qu'il s'agissait d'un véritable revirement de jurisprudence transpo-

¹⁸⁸ Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28; Anvers, 14 avril 2008, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 312; Liège, 16 octobre 2008, *Bull. ass.*, 2010, p. 341; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654; Mons, 28 octobre 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 234, note Th. VANSWEEVELT, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT; Civ. Turnhout, division de Turnhout, 19 janvier 2015, *Bull. ass.*, 2016, p. 89.

¹⁸⁹ Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 629.

¹⁹⁰ Voy. sur cette évolution et les divergences avec le droit belge, E. VERJANS, «Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het informed-consent-vereiste», note sous Cass. fr., 23 janvier 2014, *R.D.S.*, 2014-2015, pp. 242-248.

¹⁹¹ Cass. (1^{re} ch.), 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.858, *R.D.S.*, 1997-1998, p. 337, note J.-L. FAGNART.

¹⁹² Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219, note Fr. GLANSORFF, *R.C.J.B.*, 2018, p. 113, note D. MOUGENOT, *R.D.C.*, 2016, p. 653. Voy. sur cet arrêt et l'évolution de la jurisprudence, D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», note sous Cass., 25 juin 2015, *op. cit.*, pp. 115-147; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?», *op. cit.*, pp. 655-661.

¹⁹³ Fr. GLANSORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219; Fr. GLANSORFF, «L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve», in *Droit de la responsabilité – Questions choisies*, coll.

sable en droit médical, les autres refusant de se rallier à cette lecture de l'arrêt¹⁹⁴. Les remous causés par ce nouvel arrêt se firent ressentir au niveau de la jurisprudence des juges du fond.

33. Jurisprudence des juges du fond après l'arrêt du 25 juin 2015.

Le moins que l'on puisse affirmer est que les décisions postérieures à l'arrêt du 25 juin 2015 ne convergent guère.

D'une part, on constate une tendance dans le chef de certaines juridictions à se conformer aux enseignements de la Cour de cassation.

Le tribunal de première instance de Bruxelles dans son jugement du 29 février 2016 fait ainsi grâce aux principes dégagés par la Cour en ces termes : «le tribunal estime que le raisonnement tenu par la Cour dans cet arrêt est parfaitement transposable au devoir d'information qui s'impose au médecin et qu'il s'agit en réalité d'un retour salutaire au droit commun de la preuve comme le souligne F. Glansdorff dans son commentaire»¹⁹⁵.

Le jugement du 5 avril 2016 de ce même tribunal, bien qu'il écorne au passage la jurisprudence de la Cour de cassation, aboutit à la même solution au terme d'un raisonnement fondé sur la qualification de l'obligation d'information en obligation de résultat. Pour le tribunal, «en raison de l'absence totale d'aléa quant au fait matériel de communiquer une telle information, il doit être considéré qu'une telle obligation relève bien des obligations de résultat, seule l'obligation du médecin de connaître l'information exacte pouvant être qualifiée d'obligation de moyens». Par conséquent, «l'existence d'un devoir d'information et de conseil n'étant pas contestée, il incombe au médecin d'établir qu'il a exécuté son obligation. Dans ce cas, le patient doit soit démontrer que le résultat n'a pas été atteint (par exemple, parce que l'information lui a été envoyée à une mauvaise adresse), soit que l'information et le conseil donnés ne correspondent pas à ce qu'aurait dû communiquer un médecin normalement prudent et diligent»¹⁹⁶ 197.

CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 267-293; I. REUSENS, «Du devoir d'information du médecin ou devoir de collaboration du patient: plaidoyer pour un dialogue thérapeutique», *Consilio*, 2016, pp. 97-121. Voy. aussi G. GENICOT, note sous Civ. Bruxelles (fr.), 29 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1968.

¹⁹⁴ V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, pp. 37-38; C. CORNELIS, «The story continues: de bewijslast inzake *informed consent* van de patient», note sous Civ. Flandre occidentale, division de Bruges, 7 juin 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, pp. 57-62; 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.

¹⁹⁵ Civ. Bruxelles (fr.), 29 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note G. GENICOT.

¹⁹⁶ Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, obs., *R.G.D.C.*, 2017, p. 424. L'affaire concernait un patient qui faisait grief à son médecin de ne pas l'avoir informé des conséquences prévisibles d'une opération chirurgicale. Notons qu'en l'espèce la responsabilité du médecin ne fut pas retenue, à défaut pour la victime de rapporter la preuve d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage.

¹⁹⁷ Voy. également, dans la même lignée, Civ. Bruxelles (fr.), 20 mars 2017, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 122, note W. BUELENS. Le tribunal précise toutefois que la transposition de l'arrêt de la Cour de cassation «doit se faire en tenant compte des particularités de la relation médecin-patient».

La cour d'appel d'Anvers se range également aux côtés des partisans de la thèse d'un revirement de jurisprudence. Dans son arrêt du 21 novembre 2016, la cour d'appel considère qu'il ressort des règles relatives à la charge de la preuve que le médecin (spécialiste) doit prouver qu'il a rempli l'obligation d'informer son patient, et non à ce dernier de prouver le fait négatif de n'avoir pas reçu les informations exigées¹⁹⁸. La formulation adoptée est réitérée par la cour d'appel dans son arrêt subséquent du 21 décembre 2016¹⁹⁹ 200.

D'autre part, il n'est pas rare de trouver des décisions qui s'écartent volontairement des principes susmentionnés retenus en matière de responsabilité de l'avocat. Ainsi, le tribunal de première instance de Flandre occidentale (division de Bruges) allègue qu'aucune portée générale ne peut être accordée à l'arrêt du 25 juin 2015 dès lors que les obligations d'information qui figurent dans le livre III du Code de droit économique ne s'appliquent pas aux soins de santé²⁰¹ 202.

Dans sa décision du 6 novembre 2015, le tribunal de première instance de Liège fait également fi de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015. Il fait reposer la charge de la preuve du défaut d'information sur les épaules du patient en se référant explicitement à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2004²⁰³.

34. Arrêt du 11 janvier 2019. Vu la versatilité de la jurisprudence des juridictions de fond, on attendait avec impatience un nouvel arrêt de la Cour sur la question. Le couperet tombe le 11 janvier 2019 sans toutefois régler définitivement la question.

Une patiente qui était tombée de la table d'examen et s'était fracturé la cheville reprochait à un infirmier d'avoir manqué à son obligation d'information. L'infirmier prétendait qu'il avait demandé à la patiente de rester assise jusqu'à ce qu'il revienne mettre la table dans sa position initiale, ce que la patiente contestait.

¹⁹⁸ Anvers, 21 novembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 32, note C. LEMMENS.

¹⁹⁹ Anvers, 21 décembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 36, note C. LEMMENS.

²⁰⁰ Dans les deux arrêts de la cour d'appel d'Anvers, le médecin ne fut toutefois pas jugé responsable à défaut de preuve d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le dommage. Voy. pour une lecture critique de ces arrêts, C. LEMMENS, «De omkering van de bewijslast van *informed consent* nu onontkombaar?», *R.D.S.*, 2017-2018, pp. 42-44.

²⁰¹ Civ. Flandre occidentale, division de Bruges, 7 juin 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 54, note C. CORNELIS.

²⁰² Voy., sur l'application du Code de droit économique, C. CORNELIS, «The story continues: de bewijslast inzake *informed consent* van de patient», note sous Civ. Flandre occidentale, division de Bruges, 7 juin 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, pp. 57-62. L'auteur estime que l'article III.74 du C.D.E. est bien applicable aux médecins. L'information à fournir en vertu de cet article est toutefois limitée de sorte que pour les éléments non repris, il convient d'en revenir au droit commun. Quant aux informations reprises dans les livres VI et XIV, il n'existe pas de disposition spécifique relative à la charge de la preuve de telle sorte que le droit commun trouve également à s'appliquer.

²⁰³ Civ. Liège, division de Liège, 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.279.

La cour d'appel d'Anvers considère qu'il incombe à l'infirmier de tenir compte des besoins individuels du patient, et de son âge. Selon elle, il appartient à l'infirmier et à l'assureur de l'hôpital de prouver que le premier a parfaitement exécuté son obligation d'information en avertissant la patiente des risques. Un pourvoi est introduit par l'assureur qui invoque le principe selon lequel la charge de la preuve repose sur la victime.

La Cour de cassation casse l'arrêt déféré à sa censure et met à charge du patient la preuve du non-respect de l'obligation d'information (le créancier de l'obligation d'information).

Elle décide que :

« Uit deze bepalingen volgt dat bij een vordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid de bewijslast van de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide in de regel op de benadeelde rust.

Wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan »²⁰⁴.

La paix judiciaire est toutefois loin d'être rétablie. La référence à la matière extracontractuelle dans l'arrêt de la Cour invite à la prudence. La lecture des conclusions de l'avocat général semble corroborer la portée restrictive qu'il convient de conférer à l'arrêt.

Ainsi, aux termes de ces dernières :

« Mijns inziens en in aansluiting op deze visie rust bij een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering de bewijslast van de fout, de schade et het causaal verband ingevolge artikel 1315, lid 1 BW op de benadeelde, met name "hij die de uitvoering van de verbintenis (tot schadevergoeding) vordert". Het tweede lid van dit artikel, krachtens hetwelk hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs moet leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht kan mijns inziens te dezen geen toepassing vinden, nu bij een verweer dat onder de toepassing van artikel 1315, lid 2 BW valt, de tegenpartij in beginsel erkent dat het recht van de aanvoerde partij bestaan heeft, maar hij een grond van bevrijding inroept dit het ingaan van het rechtsgevolg belemmert, wat bij buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen niet het geval is. De benadeelde vordert van de potentieel aanspreke-

²⁰⁴ Traduction libre : « conformément à ces articles [articles 870 du Code judiciaire et 1315 du Code civil], en cas d'action sur la base de la responsabilité extracontractuelle, la preuve du fait générateur de la responsabilité, du dommage et du lien de causalité est, en règle, à charge du préjudicié. Lorsque le préjudicié soutient que le dommage subi a été causé par le non-respect d'une obligation générale de prudence, dans la mesure où la partie citée ne lui a pas délivré des informations déterminées, il doit démontrer non seulement que la partie citée était tenue de lui délivrer ces informations, mais aussi qu'elle ne l'a pas fait ».

lijke de uitvoering van een verbintenis tot schadevergoeding. Laastgenoemde verweert zich door te stellen dat de toepassingsvoorwaarden voor deze verbintenis niet vervuld zijn. Anders is het bij een contractuele aansprakelijkheidsvordering, waar zou kunnen worden geargumentéerd dat de benadeelde de uitvoering vordert van de informatieplichting van zijn contractpartij bij equivalent (gezien de onmogelijkheid/nutteloosheid om deze verbintenis nog in natura uit te voeren), zodat in die visie artikel 1315, lid 2 BW wel toepassing zou kunnen vinden »²⁰⁵.

On notera également les réserves formulées par Elisabeth Verjans²⁰⁶. Pour l'auteure, la prudence reste de mise dès lors que l'obligation en cause consistait en une norme générale de prudence²⁰⁷. Seul l'article 1382 était en cause. L'on ne pourrait en inférer aucune conséquence au sujet de la violation d'une obligation d'information spécifique²⁰⁸.

2. Les thèses doctrinales

35. Contextualisation. Les points de vue défendus en doctrine ne permettent pas davantage de trancher ce nœud gordien²⁰⁹.

Les tentatives de conciliation de la jurisprudence de la Cour s'avèrent souvent peu fructueuses²¹⁰ ou, à tout le moins, d'une complexité « qui peut effrayer »²¹¹.

²⁰⁵ Traduction libre : « À mon avis et conformément à ce point de vue, en présence d'une action en responsabilité extracontractuelle, la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité en vertu de l'article 1315, al. 1^{er}, du Code civil incombe à la partie lésée, à savoir "celui qui réclame l'exécution de l'obligation d'indemnisation". Le deuxième paragraphe de cet article, selon lequel celui qui se prétend être libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation, ne peut, à mon avis, trouver à s'appliquer ; en invoquant que le cas tombe sous l'application de l'article 1315, al. 2, du Code civil, la partie adverse reconnaît en principe que le droit de la partie qui alléguait a existé, mais elle invoque un motif de libération qui en entrave l'effet juridique, ce qui n'est pas le cas des créances en responsabilité extracontractuelle. La partie lésée exige du responsable potentiel l'exécution d'une obligation d'indemnisation. Ce dernier se défend en faisant valoir que les conditions d'application de cette obligation ne sont pas remplies. Il en va différemment dans le cas d'une action en responsabilité contractuelle, où l'on pourrait argumenter que la partie lésée réclame l'exécution de l'obligation de fournir des informations au cocontractant par équivalent (compte tenu de l'impossibilité/de l'inutilité d'exécuter en nature cette obligation), de sorte que, dans cette approche, l'article 1315, al. 2, du Code civil pourrait bien trouver à s'appliquer ».

²⁰⁶ E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », note sous Cass., 11 janvier 2019, *op. cit.*, p. 566.

²⁰⁷ Les articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 ne trouvaient par ailleurs pas à s'appliquer.

²⁰⁸ E. VERJANS, « Bewijslast bij informatieplichten voortvloeiend uit de algemene zorgvuldigheidsnorm », note sous Cass., 11 janvier 2019, *op. cit.*, p. 566.

²⁰⁹ W. VANDENBUSSCHIE, « Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren ? », *R. W.*, 2015-2016, p. 1665.

²¹⁰ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *op. cit.*, p. 147.

²¹¹ R. JAFFERAI, « La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019 », *op. cit.*, p. 722.

36. Arguments avancés. On note, à l'origine de ces divergences d'opinions, une interprétation opposée de l'article 1315 du Code civil²¹².

D'un côté, certains avancent que l'exécution de l'obligation qu'il convient de prouver en vertu de l'article 1315, alinéa 1^{er}, consiste en l'existence de l'obligation d'information. Le créancier de l'obligation se trouve dans une situation assez confortable puisqu'il lui suffit de rapporter l'existence de l'obligation tandis que, conformément à l'alinéa 2, le débiteur devra, pour être libéré, prouver la bonne exécution de cette obligation. Parmi les fervents défenseurs de cette thèse, on retrouve François Glansdorff²¹³.

De l'autre, d'aucuns estiment que la preuve à rapporter, en vertu de l'article 1315, alinéa 1^{er}, vise l'inexécution de l'obligation, son caractère fautif²¹⁴.

La Cour adoptant tantôt la première interprétation, tantôt la seconde, des expédients ont été recherchés ailleurs que dans l'article 1315 du Code civil.

L'on a ainsi fait appel à la preuve de faits négatifs et au fléchissement des règles que cette preuve spécifique entraîne. Force fut toutefois d'admettre que la Cour a toujours maintenu sa jurisprudence selon laquelle la preuve d'un fait négatif ne peut entraîner de renversement de la charge de la preuve²¹⁵.

La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat fut également mise en exergue^{216 217}. Dominique Mougenot la juge toutefois sans

pertinence dès lors que la distinction ne joue pas au stade de la preuve de l'absence d'exécution. Elle n'a d'importance qu'à un stade ultérieur à savoir lorsqu'il s'agit de déterminer si l'inexécution résulte d'une faute du cocontractant et est en lien causal avec le dommage subi²¹⁸. Pour Vincent Callewaert, elle n'a d'incidence que sur l'étendue de la preuve à rapporter et non sur l'attribution de la charge de la preuve²¹⁹.

Certains se sont posé la question d'une généralisation des règles applicables en matière répressive^{220 221}. Ce point de vue n'est toutefois pas en phase avec les arrêts rendus par la Cour. Une telle approche n'est envisageable que si elle est expressément soulevée dans le cadre du débat devant le juge du fond²²². Elle aboutirait par ailleurs à des solutions discriminatoires selon le professionnel soumis à l'obligation²²³.

D'autres ont encore préconisé d'arbitrer différemment la charge de la preuve selon que l'obligation était totalement ou partiellement inexécutée²²⁴. Dans le premier cas, la preuve incombe au débiteur, dans le second au créancier. Une telle distinction s'accommode toutefois mal à l'obligation d'information du médecin²²⁵.

Une distinction fondée sur la nature de l'obligation en cause a également fait surface. Pour Virginie Ronneau²²⁶, si l'obligation est déterminée (contenu

²¹² Certains auteurs vont même jusqu'à créer un troisième tour dans le cadre de l'application de l'article 1315 du Code civil. Voy. 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, avec la critique de D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 124.

²¹³ Fr. GLANSDORFF, «L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve», *op. cit.*, pp. 267-293; Fr. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219; Fr. GLANSDORFF, «La charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation de conseil et d'information», obs. sous Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 408; Fr. GLANSDORFF, note sous Cass., 11 janvier 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.596.

²¹⁴ J.-P. BUYLE, «Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations», *R.C.J.B.*, 2005, p. 683.

²¹⁵ D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?», *op. cit.*, p. 658; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, pp. 128 et s.

²¹⁶ R.-O. DALCQ, «À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001», *R.G.A.R.*, 2002, n° 12.488; J. KIRKPATRICK, «Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens», note sous Cass., 15 janvier 2010, *R.C.J.B.*, 2010, p. 529. Voy. pour une critique, D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 133.

²¹⁷ Pour John Kirkpatrick, il incombe au débiteur assigné en dommages et intérêts, sur la base de l'article 1315, alinéa 2, de prouver qu'il a bien exécuté son obligation. Un renversement de la charge de la preuve s'opère dès lors en présence d'obligations de résultat. L'auteur se fonde principalement sur l'arrêt du 15 janvier 2010 (*R.C.J.B.*, 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK). L'affaire qui remonta jusqu'à la Cour de cassation concernait une patiente ayant subi une ligature des trompes. Six mois après cette opération de stérilisation, une grossesse fut détectée chez la patiente. Les parents du nouveau-né assignèrent le médecin et invoquèrent l'existence d'une obligation de résultat dans le chef du médecin. L'argument fut accueilli par la cour d'appel de Liège qui se fonda sur la volonté implicite des parties qu'elle déduisit de plusieurs constatations. Le pourvoi introduit à l'encontre de cette décision fut rejeté aux motifs sui-

vants: «l'arrêt relève que le demandeur, d'une part, admet qu'avant l'intervention qu'il a pratiquée sur la personne de la défenderesse, il n'avait personnellement éprouvé ni eu connaissance d'échecs et d'autre part, ne conteste pas qu'il n'a préconisé aucune autre forme de contraception pendant la période post-opératoire, eu égard au caractère efficace de la méthode utilisée et au faible taux d'échec renseigné par la littérature spécialisée.

De ces constatations, l'arrêt a pu déduire que le demandeur avait accepté "de contracter une obligation de résultat à laquelle s'attendaient [les défendeurs]".

²¹⁸ Voy. D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 134.

²¹⁹ V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, p. 27. Voy., en ce sens, S. LIERMAN, «Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts», *R.D.S.*, 2004-2005, p. 306.

²²⁰ V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, pp. 30-31.

²²¹ Voy. pour un avis critique, D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 130.

²²² D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 131, qui cite les conclusions du Procureur du Jardin précédant l'arrêt du 14 décembre 2001.

²²³ Voy. V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, p. 31; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 131.

²²⁴ D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?», *op. cit.*, p. 660; D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 137 qui cite notamment P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 15, p. 51.

²²⁵ D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 138.

²²⁶ V. RONNEAU, «Objet, charge et degré de preuve: une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce», in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 41.

clair), la preuve de l'exécution de cette obligation repose sur le médecin (débit-
 teur), si l'obligation est indéterminée (contenu soumis à une appréciation en
 fait), la charge de la preuve de la violation de l'obligation repose sur le patient
 (créancier). Cette distinction est accueillie de plus en plus favorablement par la
 doctrine²²⁷.

La même idée émaille la thèse de Wannes Vandenbussche²²⁸. Le concept de
 «onvoorwaardelijk bewijsgeschikt» est prédominant²²⁹. Autrement dit se pose
 la question de savoir si le professionnel est en mesure de fournir une preuve
 inconditionnelle. Dans l'affirmative, la charge de la preuve repose sur ses épaules.
 À l'inverse, si le professionnel ne doit pas recueillir des informations et qu'il ne
 lui est donc pas possible de garder des traces du respect de son obligation, la
 preuve repose sur le créancier²³⁰.

37. Conciliation possible? Une tentative de conciliation des arrêts de la
 Cour fut récemment proposée par Rafaël Jafferali. Même si la cohérence est *in*
fine retrouvée, elle ne l'est qu'au détriment de la simplicité et du pragmatisme.
 Pour aboutir à un résultat cohérent, l'auteur doit composer avec de multiples
 distinguos. Sont ainsi articulées les distinctions entre responsabilité contrac-
 tuelle et extracontractuelle, devoirs légaux et obligations légales en matière
 extracontractuelle, devoirs légaux et obligations légales en matière contractuelle,
 inexécution totale et exécution défectueuse²³¹. L'auteur concède d'ailleurs que
 son analyse conceptuelle pêche par ses «difficultés d'application dans les cas
 complexes»²³².

On en vient finalement à se demander, à l'instar de Pierre Van Renter-
 ghem, si l'incohérence des solutions adoptées ne résulte pas tout simplement
 d'une divergence entre sections française et néerlandaise de la Cour²³³.

38. Chantier inachevé. Le proverbe employé par Dominique Mougenot
 à l'occasion de son commentaire de l'arrêt du 25 juin 2015, «une hirondelle ne
 fait pas le printemps», demeure à notre estime d'actualité.

²²⁷ Voy. D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle
 ne fait pas le printemps», *op. cit.*, p. 147; S. GUILLIAMS, «De bewijslast van de miskenning van een niet-
 specifieke informatieplicht in het kader van een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering», note
 sous Cass., 11 janvier 2019, *R.W.*, 2019, pp. 264-267. Notons que la distinction entre la preuve de
 l'exécution de l'obligation et la preuve de son caractère satisfaisant a également les faveurs de Domi-
 nique Mougenot (D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel:
 procession d'Echternach ou clarification définitive?», *op. cit.*, p. 661).

²²⁸ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017.

²²⁹ *Ibid.*, pp. 718 et s., spéc. n° 841.

²³⁰ *Ibid.*, p. 719, n° 841.

²³¹ R. JAFFERALI, «La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts
 de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019», *op. cit.*, pp. 718 et s.

²³² *Ibid.*, p. 723.

²³³ P. VAN RENTERGHEM, «La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information», *R.D.C.*, 2019,
 p. 696. Voy. aussi C. LEMMENS, «Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het
 Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt»,
R.D.S., 2015-2016, p. 367.

Seules d'éventuelles décisions futures de la Cour permettront d'apporter
 un éclairage sur les questions suivantes :

- La portée de l'arrêt du 11 janvier 2019 doit-elle être étendue à la matière
 contractuelle ?
- L'arrêt du 11 janvier 2019 trouve-t-il également à s'appliquer en présence
 d'une obligation d'information déterminée ?
- Les chambres française et néerlandaise de la Cour ont-elles réellement un
 avis divergent sur la question de la charge de la preuve de l'obligation
 d'information ?
- ...

Une autre solution consisterait à emprunter la voie législative. Cette posi-
 tion est défendue par Elisabeth Verjans dans sa thèse de doctorat. L'auteure sug-
 gère de modifier la loi du 22 août 2002 en y inscrivant le principe selon lequel
 la charge de la preuve de l'obligation d'information repose sur le médecin²³⁴.

3. L'impact des réformes²³⁵

39. L'adoption de la loi du 13 avril 2019. L'adoption de la loi du
 13 avril 2019²³⁶ vient-elle remettre en cause les principes énoncés ? Bien que
 le législateur actualise les règles de l'article 1315 du Code civil, la charge de la
 preuve du devoir d'information n'est pas réglée²³⁷.

L'article 8.4 intitulé «Règles déterminant la charge de la preuve» du nou-
 veau Code civil qui entrera en vigueur dès le 1^{er} novembre 2020 dispose en
 effet que :

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

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

Toutes les parties doivent collaborer à l'administration de la preuve.

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.

Le juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans
 des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque

²³⁴ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, *op. cit.*, p. 1171.

²³⁵ Nous nous inspirons pour cette partie de nos contributions déjà publiées sur le sujet : Fl. GEORGE et
 J.-B. HUBIN, «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, pp. 179-220 ; Fl. GEORGE, «Le nouveau droit de la
preuve : quand le huitième wagon devient locomotive !», *J.T.*, 2019, pp. 637-657.

²³⁶ Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 «La preuve», *M.B.*, 14 mai
 2019.

²³⁷ Voy. A. FOURREZ, «La charge de la preuve d'une obligation : l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier
 2019», *Les Pages*, 2019, n° 53, qui se pose la question de l'articulation de l'arrêt du 11 janvier 2019 avec
 les principes consacrés dans la réforme.

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.

Les deux interprétations de l'article 1315 subsisteront donc dans le cadre de l'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2³⁸.

40. Faculté octroyée au juge de renverser la charge de la preuve²³⁹.

L'alinéa 5 de l'article 8.4 renferme toutefois un mécanisme inédit qui intéresse entre autres le droit médical.

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

Le juge bénéficie dès lors, sous certaines conditions, de la possibilité de renverser la charge de la preuve. Le mécanisme a vocation à jouer le rôle de «soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve»²⁴⁰. La disposition n'est pas aussi novatrice qu'elle n'y paraît à première vue. Un principe comparable existe aux Pays-Bas, en Autriche, en Espagne et au Portugal²⁴¹. En outre, l'on a déjà vu des cours et tribunaux, sur la base de différentes motivations²⁴², opérer un renversement de la charge de la preuve²⁴³. Tantôt, les juges du fond se fondent pour allouer différemment la charge de la preuve sur le double critère de la preuve négative et de la meilleure aptitude à

la preuve²⁴⁴; tantôt, la charge de la preuve relative aux obligations d'information médicale est inversée en raison de la nature et des risques de l'intervention médicale²⁴⁵ 246. Wannes Vandebussche affirme d'ailleurs qu'«à l'heure actuelle, certains juges confrontés à une répartition déséquilibrée de la charge de la preuve y remédient de façon indirecte, en se fondant tantôt sur l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, tantôt sur le principe de collaboration à l'administration de la preuve»²⁴⁷. Selon le vœu du législateur, ce type d'applications parfois occultes du mécanisme sera circonscrit «en cadrant mieux cette mesure exceptionnelle et en l'assujettissant à des conditions strictes. On peut, de cette manière, limiter fortement les abus éventuels parce que des critères restrictifs et non équivoques seront présents»²⁴⁸.

41. Renversement de la charge de la preuve : les balises imposées par le législateur. Les nouveaux pouvoirs conférés au juge de renverser la charge de la preuve entraînent évidemment des risques en termes de sécurité juridique et d'arbitraire.

Afin d'éviter les dérives que pourrait entraîner cette disposition, les pouvoirs du juge sont clairement balisés. Tout d'abord, le juge ne pourra en faire usage qu'en motivant spécialement son jugement. Il devra expliquer clairement les raisons pour lesquelles il s'écarte des règles légales²⁴⁹. Ensuite, seule l'existence de circonstances exceptionnelles justifie le recours à l'article 8.4, alinéa 5. Comme le précisent les travaux préparatoires, «la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve»²⁵⁰. En outre, la répartition libre de la charge de la preuve n'est de mise que lorsque l'application des principes généraux serait manifestement déraisonnable. L'application de cette faculté doit être limitée «par la considération du but pratique qui l'a fait édicter»²⁵¹. Enfin, il est prévu expressément que «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

²³⁸ R. JAFFERLI, «La charge de la preuve de la fourniture d'informations. Tentative de conciliation des arrêts de la Cour de cassation des 25 juin 2015 et 11 janvier 2019», *op. cit.*, p. 724.

²³⁹ Voy. sur la réforme du droit de la preuve, FL. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, pp. 179-220; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht», *TBR.*, 2015, pp. 775-776; FL. GEORGE, «Le nouveau droit de la preuve : quand le huitième wagon devient locomotive !», *op. cit.*, pp. 637-657; D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019.

²⁴⁰ 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. 14.

²⁴¹ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et M^{me} Özlem Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35.

²⁴² Voy. également sur l'évaluation rigoureuse de l'obligation de sécurité des communes en matière de voiries et la création ou la reconnaissance d'obligations de résultat comme moyens pour le juge de renverser la charge de la preuve, 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, pp. 229 et s.

²⁴³ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, pp. 665 et s.

²⁴⁴ Malgré le rejet de cette théorie par la Cour de cassation, certains juges du fond continuent à en faire application. Voy. V. RONNEAU, «La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme», *op. cit.*, pp. 238-239.

²⁴⁵ W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, pp. 665 et s.

²⁴⁶ Voy. également sur les manières dont les juges adaptent les règles en matière de charge de la preuve en droit de la responsabilité civile lorsque la preuve imposée à la victime est trop lourde et complexe, M. VERGÈS, «Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile», in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 129-160.

²⁴⁷ Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et M^{me} Özlem Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

²⁴⁸ 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. 15.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 15.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 14.

²⁵¹ Voy. V. RONNEAU, «La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme», *op. cit.*, p. 241, qui cite P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1907, p. 196.

à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante». Cette dernière limite, qui apparaissait uniquement dans les travaux préparatoires de la première mouture du projet, figure désormais, en réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État²⁵², dans le texte de loi²⁵³. Elle revêt un intérêt tout particulier en ce qu'elle fait de la mesure une disposition subsidiaire qui ne peut être utilisée qu'en dernier recours. Comme le précisent les travaux préparatoires, «il n'y a pas lieu à renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal, parce que, dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution»²⁵⁴. Ces critères sont cumulatifs. On peut évidemment craindre que l'application cumulative de ces différents critères aboutisse à réduire l'usage de cette faculté à peau de chagrin.

42. Renversement de la charge de la preuve: illustrations issues des travaux préparatoires. Les travaux préparatoires renferment plusieurs cas d'application de la règle de renversement de la charge de la preuve.

Premièrement, le législateur indique que «le juge pourra appliquer ce texte lorsque la collaboration à l'administration de la preuve est inopérante, parce que la partie adverse n'est plus en mesure de produire la preuve qu'elle détenait, que la disparition de cette preuve soit ou non imputable à une faute de sa part»^{255 256}. Le juge pourra à cet égard «prendre en considération la disparition des preuves due à l'écoulement du temps»²⁵⁷. La disposition pourra également faire office de sanction en cas de «refus fautif d'une des parties de collaborer à l'administration de la preuve»²⁵⁸.

²⁵² Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, *www.raadvst-consetat.be*, p. 8/42.

²⁵³ Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 186 et V. RONNEAU, «La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme», *op. cit.*, pp. 241 et s.

²⁵⁴ 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. 14.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Sophie Van Bree estime que l'appréciation du juge pourrait être différente selon que «la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, conformément à ses pratiques ou règles en matière d'archivage (notamment), sans réserver à la pièce un traitement différent», «la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage», «la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses règles en matière d'archivage, sans réserver à la pièce un traitement différent, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige»; «la partie adverse n'a pas conservé la preuve litigieuse, en dépit de ses pratiques ou règles en matière d'archivage, alors qu'elle avait connaissance d'un litige existant dans lequel le document revêtait une valeur probante ou pouvait avoir une incidence quant à la solution du litige» (S. VAN BREE, «La réforme du droit de la preuve», in *Le droit civil en mouvement*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 109-110).

²⁵⁷ 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. 14.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 14-15.

Enfin, l'existence d'un déséquilibre important dans l'aptitude à la preuve, notamment «lorsque la preuve à constituer, conserver ou rapporter est excessivement lourde ou coûteuse pour l'une des parties» permettra encore de faire jouer l'article 8.4, alinéa 5. La simple existence d'un déséquilibre économique entre les parties ne peut toutefois justifier en soi un renversement de la charge de la preuve. Le déséquilibre peut toutefois être pris en considération par le juge «lorsque la charge de la preuve pesant sur le particulier supposerait l'exécution de prestations extrêmement lourdes et/ou coûteuses pour lui»^{259 260}. Cette prise en considération de la meilleure aptitude à apporter la preuve s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice²⁶¹.

Un exemple concret nous est livré par Wannes Vandenbussche, l'un des auteurs du projet, lors de son audition²⁶². Il concerne le client d'une banque qui se rend à un distributeur automatique pour effectuer un retrait. Malheureusement, la somme sollicitée n'est pas délivrée en raison d'un problème technique. Le montant est toutefois débité du compte du client. Le juge saisi de l'affaire pourrait ordonner à la banque de produire ses registres. À défaut d'y satisfaire, et notamment en cas de destruction de ceux-ci, il serait possible au juge de faire peser la charge de la preuve sur la banque.

43. Renversement de la charge de la preuve et droit médical. Le droit médical offrira un terrain de jeu idéal pour les praticiens en quête de renversement de la charge de la preuve.

La disposition pourrait, par exemple, sanctionner le refus d'un médecin de collaborer à l'administration de la preuve.

Le cas, déjà rencontré en jurisprudence²⁶³, du médecin généraliste s'étant débarrassé de tissu cutané sans l'envoyer à un laboratoire pour analyse et devant faire face au décès de son patient pourrait également rentrer dans le giron de l'article 8.4, alinéa 5. En l'espèce, il s'était en effet avéré impossible de déterminer si la faute du médecin avait engendré une perte de chance de survie du patient.

À l'inverse, le recours à l'article 8.4, alinéa 5, en matière d'obligation d'information du médecin est plus délicat.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

²⁶⁰ Le juge doit toutefois prioritairement faire appel aux règles relatives à l'allègement du degré de preuve lorsque la preuve du fait à prouver ne peut être raisonnablement rapportée de manière certaine (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. 15).

²⁶¹ C.J.U.E., 18 décembre 2014, *CA Consumer Finance SA*, aff. C-449/13, ECLI:EU:C:2014:2464, disponible sur *www.curia.europa.eu*. La Cour décide que la charge de la preuve pèse sur le prêteur. La solution se justifie notamment eu égard à l'effectivité de l'exercice des droits conférés par la directive 2008/48. Elle vise à garantir la protection du consommateur.

²⁶² Projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et M^{me} Özlem Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 35.

²⁶³ Civ. Anvers, 11 mars 2011, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 224, note Q. DE RAEDT.

La faculté offerte au juge de renverser la charge de la preuve reste, en effet, un remède subsidiaire. Il ne peut y être recouru « Lorsque le juge a la possibilité d'ordonner à la partie adverse de produire l'élément de preuve décisif conformément à l'article 871 du Code judiciaire »²⁶⁴. Partant, avant d'arbitrer la charge de la preuve, le juge doit vérifier que les principes de collaboration à l'administration de la preuve sont inopérants. Il nous semble également qu'il importe pour le juge de vérifier si le litige ne peut être appréhendé sous l'angle du degré de preuve. À notre estime, il est préférable de privilégier l'article 8.6 du nouveau Code civil²⁶⁵. Ce dernier permet au juge de se contenter d'une preuve par vraisemblance et d'être plus souple dans l'appréciation de la preuve (voy. *infra*, n° 56).

Comme l'indique Virginie Ronneau, lorsque la preuve porte sur un fait négatif (par exemple, la preuve du défaut d'information par un professionnel de la santé), l'application des articles 8.5 et 8.6 doit primer²⁶⁶.

Le recours à l'article 8.4, alinéa 5, n'est toutefois pas à exclure de manière automatique. On pourrait, par exemple, l'envisager dans le cas du médecin qui aurait perdu le dossier médical de son patient ou lorsque les formulaires à compléter en ligne de l'hôpital ne seraient plus disponibles.

À tout le moins, il conviendra de vérifier, au regard des circonstances du cas d'espèce, si les différents critères et balises instaurés par le législateur sont réunis, ce qui ne sera *a priori* guère fréquent.

44. Projet de réforme du droit des obligations. Même si le livre 5 consacré au droit des obligations n'a pas connu à ce jour le même dénouement que le livre 8, son adoption dans un futur proche reste un scénario tout à fait plausible et souhaitable.

À cet égard, on notera que, dans sa première mouture²⁶⁷, le projet de réforme du droit des obligations prévoyait un article 20 consacré aux devoirs d'information.

Cet article disposait : « Les parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi, les usages et les attentes raisonnables leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties et à l'objet du contrat. La partie qui prétend que l'information lui était due doit

²⁶⁴ 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. 15.

²⁶⁵ Voy., en ce sens, W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R. W.*, 2018-2019, pp. 332 et spéc. p. 345 ; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, op. cit., pp. 577 et s. et spéc. pp. 747 à 752.

²⁶⁶ V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », op. cit., p. 44. Voy. sur l'article 8.6 et l'obligation d'information, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calomne et Mme Özlem Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

²⁶⁷ Avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017.

prouver l'existence du devoir d'information. L'autre partie doit prouver avoir fourni l'information due ».

La justification inscrite dans l'exposé des motifs était la suivante : « Cet article s'inspire de l'article 1112-1 C. civ. fr. (voy. également A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2000, 572 p. ; S. STIJNS, Livre 1, 124-125, n° 157 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, 153 ; P. WÉRY, I, 151-153, n° 126). Il n'existe en droit commun aucun devoir général d'information : les parties ne sont donc pas tenues de se fournir toutes les informations dont elles disposent. Une information ne doit donc être communiquée que dans les cas prévus par cette disposition, notamment lorsque la bonne foi l'impose. Pour les devoirs d'information légaux, voir notamment les articles III.84 et suivants, VI.2 et X. 26 à X.34 C.D.E. ; l'article 7 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Pour les contrats conclus par voie électronique, l'article XII.7 C.D.E. impose des obligations d'information particulières »²⁶⁸.

Suite à la consultation publique²⁶⁹, cet article a finalement été abandonné.

Nul doute qu'une telle prise de position, dans un domaine aussi sensible que controversé, n'a pas manqué d'ébranler l'opinion publique.

B. Les modes de preuve

45. Liberté de la preuve. La preuve (du défaut) d'information et de (l'absence de) consentement du patient est libre²⁷⁰. Cette preuve peut donc être rapportée par toutes voies de droit²⁷¹, en ce compris les témoignages et présomptions.

Si le juge ne peut se fonder que sur des témoignages contradictoires, ceux-ci ne pourront emporter sa conviction et le fait allégué ne pourra être établi. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles, amenée à se prononcer sur la responsabilité d'un médecin auquel il était reproché de n'avoir averti ni le patient, ni son médecin traitant de la présence de cellules cancéreuses suite une excision et analyse d'un mélanome, estime qu'il n'y a pas lieu de donner priorité à l'une ou à l'autre des versions. La cour refuse dès lors, en l'absence d'éléments objectifs, de considérer

²⁶⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017.

²⁶⁹ <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. E. DIRIX et P. WÉRY, « Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek », *R. G.D.C.*, 2017, pp. 531-532 ; E. DIRIX et P. WÉRY, « Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase : la consultation publique », *J. T.*, 2017, pp. 705-707 ; P. JANOU, « Le nouveau Code civil en matière de droit des obligations : la fin d'une assimilation au monstre du Loch Ness ? », *Les Pages*, 2018, n° 19, p. 1.

²⁷⁰ V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », op. cit., p. 35.

²⁷¹ D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », op. cit., p. 144.

la responsabilité du médecin établie dès lors que les présomptions invoquées ne sont pas suffisamment graves, précises et concordantes²⁷².

46. Utilisation de formulaires²⁷³. La jurisprudence a longtemps fait montre d'une certaine réticence par rapport à l'utilisation de formulaires standardisés²⁷⁴. L'information doit en effet demeurer personnalisée et le formulaire individualisé. Au fil du temps, on constate davantage de souplesse – ou plutôt devrait-on parler de clarifications – par rapport à l'emploi de ces formulaires.

Dans sa décision du 19 janvier 2015, le tribunal de première instance de Turnhout considère que la signature d'un formulaire de consentement avec des annexes constitue un indice sérieux de consentement éclairé valide²⁷⁵. L'annotatrice de l'arrêt met toutefois en avant la distinction qu'il convient d'opérer entre l'obligation d'information d'une part et la preuve du respect de cette obligation d'autre part²⁷⁶. Quand bien même il est nécessaire, pour garantir une information effective du patient, que le médecin fournisse ces informations oralement lors d'un entretien, l'existence d'un formulaire peut suffire, en fonction des circonstances du cas d'espèce et du contenu du formulaire, à rapporter la preuve du respect de cette obligation²⁷⁷.

Par ailleurs, le tribunal de première instance de Liège (division de Liège), dans sa décision du 6 novembre 2015, refuse de sanctionner l'absence de signature d'un formulaire adressé au patient. Il reconnaît que, malgré l'absence de signature du formulaire de consentement adressé au patient, plusieurs éléments attestent d'une correcte information préalable du patient (nombre de rendez-vous, délai attestant d'une absence de précipitation, renseignement pris par le patient, courriers adressés au médecin traitant...)²⁷⁸.

Dans sa thèse de doctorat, Elisabeth Verjans plaide pour une législation spécifique et limitée afférente à l'utilisation et à la valeur des documents d'informations. Elle suggère l'instauration d'une présomption réfragable de communication des informations en présence d'une signature d'un formulaire qui répond à des conditions déterminées²⁷⁹.

²⁷² Bruxelles, 11 décembre 2012, *Bull. ass.*, 2013, p. 341.

²⁷³ Voy. sur l'utilisation de formulaires, E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 6-7 et pp. 839 et s.; S. TACK et T. BALTHAZAR, «Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties», op. cit., pp. 27 et s.

²⁷⁴ «[L']existence d'un écrit, formulaire standardisé, dont la signature peut avoir été apposée mécaniquement, dans l'appréhension ou le stress de la future intervention chirurgicale, n'atteste pas en lui-même d'un consentement éclairé du patient [lorsque] le document [...] n'est pas suffisamment explicite, les termes n'en étant pas facilement compréhensibles pour un non-initié» (Liège, 30 avril 1998, *R.D.S.*, 1998-1999, p. 139, note Th. VANSWEEVELT).

²⁷⁵ Civ. Turnhout, division de Turnhout, 19 janvier 2015, *Bull. ass.*, 2016, p. 89.

²⁷⁶ C. CORNELIS, «Het bewijs van informed consent door toestemmingsformulier», *R.D.S.*, 2017-2018, pp. 48-53.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Civ. Liège, division de Liège, 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.279.

²⁷⁹ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 859-860 et p. 1172; E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», op. cit., p. 24.

C. L'objet de la preuve : la faute en lien causal avec le dommage

47. Obligation de moyens ou de résultat. D'emblée, on peut se demander si l'obligation d'information qui pèse sur le médecin est une obligation de moyens ou de résultat. Si l'obligation de fournir des informations est qualifiée de résultat, la preuve de la faute est facilitée. Le patient devra uniquement démontrer que le résultat n'a pas été atteint. Il existe en effet une présomption selon laquelle la non-obtention du résultat est la conséquence d'une faute²⁸⁰. Il suffira ensuite au patient de prouver que son dommage corporel est la conséquence de la violation de cette obligation de résultat²⁸¹.

En principe, l'obligation de soins qui pèse sur un médecin constitue une obligation de moyens²⁸². Il n'est toutefois pas exclu que le médecin souscrive une obligation de résultat. L'opération de qualification dépendra non seulement de l'aléa, mais également de la volonté commune des parties^{283 284}.

Les informations qui seront communiquées par le médecin pourront avoir une incidence sur la qualification de l'obligation du médecin. Comme l'affirme Elisabeth Verjans, «indien de arts zijn patiënt een zeker resultaat voorspiegelt of belooft, ligt een resultaatsverbintenis voor»²⁸⁵. Il conviendra toutefois d'interpréter les propos du médecin à l'aune du comportement qu'aurait adopté tout médecin normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Une telle opération ne sera pas toujours aisée dès lors que les déclarations de certains médecins ont notamment vocation à rassurer ou encourager le patient²⁸⁶.

La qualification, non plus de l'obligation de soins, mais de l'obligation d'information du médecin, appelle d'autres précisions. En réalité, comme l'affirme très justement Dominique Mougenot, «la réponse est certainement nuancée et dépend du type d'information à communiquer»²⁸⁷. On distingue d'ailleurs l'exécution matérielle de l'obligation d'information en tant qu'obligation de résultat du contenu même de l'information dont la qualification est tributaire de l'objet du contrat et de la qualité des parties²⁸⁸.

²⁸⁰ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., pp. 1044-1045.

²⁸¹ E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», op. cit., p. 27.

²⁸² Voy. Liège, 18 octobre 2012, *J.T.*, 2012, p. 776 (le médecin «s'engage à prodiguer les soins attentifs et consciencieux que fournirait tout médecin normalement diligent placé dans les mêmes circonstances»).

²⁸³ E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, op. cit., p. 1050.

²⁸⁴ Voy. Q. VAN ENIS, «Obligations de moyens et de résultat en matière médicale : quand le juge doit sonder les cœurs et les reins des parties», note sous Liège, 17 avril 2008, *R.R.D.*, 2008, pp. 41 et s.

²⁸⁵ E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», op. cit., p. 27.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ D. MOUGENOT, «La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps», op. cit., p. 133.

²⁸⁸ Voy. Fr. GLANSDORFF, «Introduction générale», in Fr. GLANSDORFF (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, op. cit., p. 37.

48. Lien causal. Il appartient au patient, pour engager la responsabilité du médecin et obtenir la réparation du dommage qu'il a subi, d'établir l'existence d'un lien causal entre le défaut d'information (ou le manque d'information suffisante) et la survenance du dommage²⁸⁹.

Autrement dit, il convient de déterminer si le patient aurait consenti à l'intervention, à défaut de manquement au devoir d'information²⁹⁰. Il n'est en effet pas rare que, malgré l'existence d'une faute, la responsabilité du médecin ne soit pas engagée à défaut pour le patient de démontrer que, s'il avait été correctement informé, il n'aurait pas consenti au traitement litigieux²⁹¹. Plusieurs critères sont retenus dans le cadre de cette appréciation. Parmi ceux-ci, on retrouve le caractère vital de l'intervention²⁹², la fréquence et la gravité du risque, l'existence de traitements alternatifs...

49. Illustrations. Le lien causal entre la faute de l'anesthésiste ayant pratiqué une anesthésie péridurale sans recueillir le consentement de la patiente et le dommage subi n'est, par exemple, pas établi lorsque la patiente marque une simple préférence pour l'anesthésie générale sans exprimer de refus catégorique d'une anesthésie péridurale. Partant, la Cour de cassation ne censure pas l'arrêt qui considère qu'en raison d'une série de circonstances qu'il énonce, il n'est pas démontré que, si un dialogue avait eu lieu avant l'intervention litigieuse entre la patiente et l'anesthésiste, la première aurait maintenu sa préférence pour une anesthésie générale et donc refusé l'anesthésie péridurale ayant causé le dommage²⁹³.

Dans sa décision du 15 avril 2010, le tribunal de première instance d'Has-selt refuse également de reconnaître l'existence d'un lien causal entre le défaut d'information du risque de cécité lié à une endartériectomie carotidienne (ablation de la plaque d'athérome) et le dommage subi. Le tribunal se fonde sur le caractère nécessaire de l'opération projetée vu le risque sérieux d'accident cardio-vasculaire. Le caractère vital de l'intervention est mis en balance avec le faible risque de l'intervention²⁹⁴.

²⁸⁹ Cass., 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 491, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170, *Pas.*, 2006, p. 1112, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 116, note J.-L. Fagnart; Gand, 27 septembre 2007, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 43, note G.G.; Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28; Cass., 11 juin 2009, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 27, note Q. Van Enis, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967; Gand, 2 avril 2009, *Bull. ass.*, 2011, p. 85; Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 154, note C. Lemmens. Voy. aussi V. Callewaert, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, pp. 32 et s.; C. Lemmens, «Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt», *R.D.S.*, 2015-2016, p. 366.

²⁹⁰ Voy. R. D'Haese, note sous Cass., 26 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1681, *R.G.D.C.*, 2012, p. 316.

²⁹¹ Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, obs., *R.G.D.C.*, 2017, p. 424; Anvers, 21 novembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 32, note C. Lemmens; Anvers, 21 décembre 2016, *R.D.S.*, 2017-2018, p. 36.

²⁹² Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 154 avec la note de C. Lemmens, «De invulling van het begrip "relevant risico" aan de hand van de frequentie en de ernst van het risico».

²⁹³ Cass., 11 juin 2009, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 27, note Q. Van Enis, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967.

²⁹⁴ Civ. Hasselt, 15 avril 2010, *R.D.S.*, 2010-2011, p. 154, note C. Lemmens.

N'est pas davantage établi le lien causal entre la prétendue absence d'information du risque d'une nouvelle grossesse après la stérilisation et le dommage subi par la patiente dès lors qu'il n'est pas certain que celle-ci aurait continué à prendre la pilule ou d'autres contraceptifs²⁹⁵.

Dans son jugement du 3 mai 2011, le tribunal civil de Liège se fonde sur l'absence de véritable traitement alternatif pour rejeter le lien de causalité entre la faute du professionnel et le préjudice subi. Pour le tribunal, «les solutions envisageables n'étaient guères nombreuses eu égard à la dentition subsistant et que le souhait de [la patiente] était qu'il soit procédé à l'extraction des dents et à la pose de prothèses étant précisé qu'elle ne souhaitait à aucun moment être édentée». Il n'est dès lors pas établi que «si elle avait été informée des différentes phases de la réhabilitation et des inconvénients pouvant se présenter, elle aurait décidé de ne pas y procéder»²⁹⁶.

50. Rejet de la théorie du déplacement des risques. Prouver la réalité du lien de causalité précité n'est pas chose aisée. Pour pallier cette difficulté, le professeur Roger O. Dalcq a rompu une lance en faveur de la thèse selon laquelle les risques d'une intervention sont en règle à charge du médecin. Ils ne sont ensuite transférés au malade que via son adhésion à l'intervention préconisée²⁹⁷. Partant, «La sanction du défaut d'information ou d'une information insuffisante du patient aurait dès lors pour effet d'empêcher que le médecin puisse conventionnellement transférer à son patient les risques de l'intervention»²⁹⁸. Autrement dit, selon la théorie du déplacement des risques, «le patient supporte les risques qu'il a acceptés; les risques qui ne sont pas annoncés sont transférés aux médecins»²⁹⁹.

Cette théorie fait l'objet de nombreuses critiques en droit belge³⁰⁰.

Elle fut d'ailleurs rejetée expressément par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 mai 2006. La Haute juridiction a en effet dit pour droit que «le patient qui établit qu'un médecin a commis une faute en procédant à une intervention sur sa personne sans avoir obtenu préalablement son consentement libre et éclairé doit, pour obtenir réparation d'un dommage né de cette intervention, établir l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et ce dommage. Le moyen qui, en cette branche, soutient qu'un médecin qui manque à son obliga-

²⁹⁵ Gand, 27 septembre 2007, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 404, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 43, note G.G.

²⁹⁶ Civ. Liège, 3 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1752.

²⁹⁷ V. Callewaert, «L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge», *op. cit.*, p. 121. Voy. aussi V. Callewaert, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, pp. 34-35.

²⁹⁸ R.-O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, Les Nouvelles, t. V, vol. I, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1967, p. 380, n^{os} 1074 et s., cité par V. Callewaert, «L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient. Rapport belge», *op. cit.*, p. 121.

²⁹⁹ J.-L. Fagnart, «Le silence et le risque», *R.D.S.*, 2008-2009, p. 123. Voy. aussi G. Genicot, «L'indemnisation de la perte de chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin», obs. sous Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1169.

³⁰⁰ Voy., sur ces critiques, J.-L. Fagnart, «Le silence et le risque», *op. cit.*, pp. 123 et s.

tion d'information et qui n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé de son patient préalablement à une intervention, doit supporter les risques nés des actes accomplis sans ce consentement et réparer tout le dommage, indépendamment du lien causal entre la faute et le dommage, manque en droit³⁰¹.

51. Application de la théorie de la perte d'une chance. La théorie de la perte d'une chance trouve un terreau privilégié en droit médical³⁰². Un manquement du médecin à son devoir d'information peut en effet entraîner, dans le chef du patient, la perte d'une chance de refuser une intervention ou, le cas échéant si plusieurs traitements existent, de faire choix d'un traitement alternatif^{303 304}. Tel fut notamment le cas dans la décision précitée de la cour d'appel de Liège du 9 septembre 2010³⁰⁵. Pour rappel, une sclérothérapie avait été décidée entre un patient et son médecin. Cette intervention comportait deux complications connues et ne constituait pas la seule option thérapeutique. Même si le risque était faible, sa gravité imposait au médecin, selon la cour, d'en informer le patient. La victime était dès lors en droit de solliciter l'indemnisation de son dommage consistant en la perte d'une chance de ne pas recourir à ce traitement.

On trouve une autre application de la théorie de la perte d'une chance dans l'arrêt du 13 novembre 2014 de la cour d'appel de Gand³⁰⁶. En l'espèce, un gynécologue avait opté pour une technique de stérilisation présentant un risque d'échec supérieur aux autres techniques. Il n'avait pas jugé utile d'attirer l'attention des patients, un couple de personnes handicapées, sur les risques d'échec qu'impliquait le recours à cette technique. Les grands-parents, amenés à s'occuper de la petite fille handicapée, invoquèrent la théorie de la perte d'une chance d'éviter un dommage qui fut admise par la cour et évaluée à 50 % du dommage³⁰⁷.

³⁰¹ Cass. (1^{re} ch.), 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 1112, *J.T.*, 2006, p. 491, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 116. Voy. Q. VAN ENIS, «Le lien de causalité entre le défaut de dialogue du médecin et le dommage corporel subi: une simple préférence n'équivaut pas à un refus catégorique...», note sous Cass., 11 juin 2009, *R.D.S.*, 2010-2011, pp. 29-31.

³⁰² E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», *op. cit.*, pp. 25-26, n^{os} 45 et s.

³⁰³ R. JAFFERALI et S. GOLDMAN, «La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles», *R.G.D.C.*, 2019, p. 206; E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», *op. cit.*, pp. 25-26, n^{os} 45 et s.

³⁰⁴ Rappelons que cette chance doit être réelle et non simplement théorique et illusoire (E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», *op. cit.*, p. 27).

³⁰⁵ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076.

³⁰⁶ Gand, 13 novembre 2014, *R.D.S.*, 2016-2017, p. 109.

³⁰⁷ Voy. sur cette décision, R. JAFFERALI et S. GOLDMAN, «La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles», *op. cit.*, p. 206. Les auteurs citent également l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 22 janvier 2009 (*J.L.M.B.*, 2009, p. 1161) qui indemnise une mère sur la base de la théorie de la perte d'une chance. En l'espèce, le médecin n'avait pas communiqué à la mère l'échec de l'interruption volontaire de grossesse. La perte de chance de pouvoir avorter fut fixée *ex aequo et bono* à la somme de 10.000 euros.

52. De la perte d'une chance à la responsabilité proportionnelle. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile extracontractuelle³⁰⁸ qui n'a pas encore été déposé au Parlement introduit en droit belge une responsabilité proportionnelle. L'une des deux catégories de responsabilité proportionnelle remplace la théorie de la perte d'une chance. L'article 5.168 en projet prévoit en effet que «Si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la partie lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait». La responsabilité est proportionnelle à la probabilité que le fait générateur de responsabilité ait causé le préjudice³⁰⁹. «L'avant-projet vise à atteindre le même résultat que la jurisprudence qui accepte de réparer la perte d'une chance, mais au moyen d'une autre technique juridique. Il permet ainsi d'éviter l'écueil lié à la création de ce préjudice distinct mais souvent artificiel»³¹⁰.

53. Préjudice autonome: le dommage moral. Dans sa thèse de doctorat, Elisabeth Verjans plaide pour la reconnaissance d'un préjudice moral autonome qui résulte de la frustration des sentiments du patient (*frustratie van de gevoelens van de patiënt*) découlant de l'atteinte à son droit à l'autodétermination³¹¹.

Ce dernier se distingue du préjudice d'impréparation (qui correspond au dommage moral qui résulte de l'absence de préparation à la survenance du risque) tel que reconnu par la Cour de cassation française³¹². Dans un arrêt du 3 juin 2010³¹³, la Cour de cassation française avait en effet rompu avec sa jurisprudence antérieure en décidant que le non-respect du devoir d'information à l'égard de la personne qui a droit à cette information occasionne un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation. Comme le souligne Gilles Genicot dans son commentaire de l'arrêt, «Il importe donc peu que l'intervention se soit techniquement bien déroulée et n'ait entraîné aucune (autre) complication, et il n'y a pas lieu de se demander si, dûment averti des risques encourus, le patient y aurait renoncé ou l'aurait néanmoins subie: le manquement au devoir

³⁰⁸ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 28 mars 2018; avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 6 août 2018.

³⁰⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 113.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 127.

³¹¹ E. VERJANS, «Het recht op informatie en toestemming van de patiënt herbekeken», *op. cit.*, p. 28.

³¹² Cass. fr., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT. Voy. aussi V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, p. 34.

³¹³ Cass. fr., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109, note G. GENICOT; D., 2010, I, p. 522, note P. SARGOS, *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 571, note P. JOURDAIN, *J.C.P.*, 2010, I, p. 453, note S. PORCHY-SIMON.

d'information cause en soi un préjudice à la personne à laquelle l'information est due, lequel doit impérativement être réparé»³¹⁴.

Cette jurisprudence, qui créa pas mal de remous, fut ensuite affinée dans un arrêt du 23 janvier 2014³¹⁵. Pour rappel, à l'occasion de cet arrêt, la Cour précise que «le non-respect, par un professionnel de la santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise³¹⁶, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation».

Même si de nombreux auteurs appellent de leurs vœux la consécration de la violation de l'obligation d'information comme fait générateur d'un dommage autonome³¹⁷, la Cour de cassation belge ne semble pas, à l'heure actuelle, vouloir y faire écho^{318 319}.

D. Le degré de preuve

54. Preuve d'un fait négatif: évolution de la jurisprudence. Force est d'admettre que la preuve que le patient³²⁰ est tenu de rapporter n'est guère aisée à administrer³²¹. Contraint de démontrer que son médecin a manqué à son devoir d'information, le patient doit en effet rapporter la preuve d'un fait négatif. Néanmoins, «La preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif»³²².

Il convient toutefois de garder à l'esprit que même si la preuve d'un fait négatif peut être appréciée moins strictement par le juge, cet allègement n'im-

plique nullement un transfert de la charge de la preuve sur les épaules du médecin (voy. *supra*, n° 36)^{323 324}.

Ainsi, dans une affaire soumise à la cour d'appel d'Anvers, un patient invoquait avoir fait le choix d'un mauvais traitement à la suite du non-respect par un ophtalmologue de son obligation d'information. Le patient prétendait avoir insisté sur les exigences ophtalmiques des vols en hélicoptère et le fait qu'une diminution de la vue l'empêchait de voler. L'ophtalmologue avançait ne pas avoir été informé du *hobby* de son patient. La cour d'appel décide que, même en ayant à l'esprit un système plus souple de preuves, il n'y a aucun élément qui autorise à supposer que l'ophtalmologue a violé son obligation d'information³²⁵.

La cour d'appel de Bruxelles fut également confrontée à un patient qui se plaignait de transpiration excessive aux paumes et aux pieds. Il reprochait à son médecin de ne pas l'avoir suffisamment informé des effets secondaires que pouvait avoir le traitement conseillé à savoir une transpiration excessive compensatoire à d'autres endroits du corps. Dans son arrêt du 9 février 2010³²⁶, la cour d'appel refuse de faire droit à la demande du patient. Elle rappelle la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle même si la preuve d'un fait négatif ne doit pas être fournie avec la même rigueur que la preuve d'un fait positif, les cours et tribunaux ne peuvent renverser la charge de la preuve. Elle ne peut dès lors imposer au médecin la preuve du respect de son obligation d'information.

Dans l'affaire qui donna lieu à l'arrêt du 13 septembre 2005³²⁷, la cour d'appel d'Anvers affirme également qu'il incombe au patient qui prétend qu'il n'a pas donné son autorisation pour l'extraction de la dent avant l'opération de le démontrer. Cette preuve négative ne met pas le patient en mesure de se libérer de la charge de la preuve et d'obliger le dentiste à apporter la preuve positive opposée.

55. Réforme du droit de la preuve: degré de preuve (principe). En principe, selon l'article 8.5 du Code civil, celui sur qui repose la charge de la preuve doit rapporter celle-ci avec un degré raisonnable de certitude. Le niveau de preuve attendu ne doit pas conduire à «une certitude à 100%», mais à «une conviction qui exclut tout doute raisonnable»³²⁸.

³¹⁴ G. GENICOT, «Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome», obs. sous Cass. fr., 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 111. Voy. aussi I. REUSENS, «Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient: plaider pour un dialogue thérapeutique», *Consilio*, 2016, p. 115; E. LANGENAKEN, «L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits», *R.G.D.C.*, 2011, p. 442.

³¹⁵ Cass. fr., 23 janvier 2014, *R.D.S.*, 2014-2015, p. 240, note E. VERJANS.

³¹⁶ Cette précision ne se retrouve pas dans l'arrêt antérieur de la Cour du 3 juin 2010.

³¹⁷ Th. VANSWEEVELT, «La violation de l'obligation d'information en tant que dommage autonome», *R.D.S.*, 2012-2013, pp. 266 et s.; G. GENICOT, «Deux illustrations en demi-teinte du manquement délicat du concept de perte d'une chance», obs. sous Liège, 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1090-1091. Voy. également E. VERJANS, «Schade wegens gebrek aan voorbereiding bij schending van het informed-consent-vereeiste», note sous Cass. fr., 23 janvier 2014, *R.D.S.*, 2014-2015, pp. 242-248.

³¹⁸ Voy., sur le préjudice d'impréparation, G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, op. cit., pp. 226 et s.

³¹⁹ On peut s'interroger sur l'incidence de la distinction entre devoir et obligation sur la reconnaissance d'un préjudice autonome (voy. *supra*, n° 4). La qualification de devoir, à défaut de conférer un droit subjectif, ne vient-elle pas accentuer les difficultés de reconnaissance d'un préjudice autonome? La question reste ouverte.

³²⁰ En considérant ici que la charge de la preuve repose sur ses épaules.

³²¹ Voy., sur la preuve d'un fait négatif, M. DE RUYSSCHER, «Bewijs van een negatief feit: wie bewijst wat?», *R.D.J.P.*, 2016, pp. 102-106.

³²² Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *R.D.S.*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note H. Nys, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168.

³²³ Gand, 27 septembre 2007, *R.D.S.*, 2008-2009, p. 404, *R.D.S.*, 2012-2013, p. 43, note G.G.; Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734, *R.R.D.*, 2008, p. 28; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654.

³²⁴ Voy. M. DE RUYSSCHER, «Bewijs van een negatief feit: wie bewijst wat?», op. cit., p. 103, qui revient sur la jurisprudence classique et les arrêts phares de la Cour de cassation.

³²⁵ Anvers, 12 novembre 2012, *R.G.* n° 2011/AR/548, *www.juridat.be*.

³²⁶ Bruxelles, 9 février 2010, *R.G.* n° 2005/AR/1110, *www.juridat.be*.

³²⁷ Anvers, 13 septembre 2005, *R.D.S.*, 2006-2007, p. 117.

³²⁸ 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. Voy. aussi B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Overzicht van rechtspraak – Het burgerlijk bewijsrecht», op. cit., p. 775.

56. Réforme du droit de la preuve: degré de preuve (tempérament). L'article 8.6 du Code civil introduit toutefois un tempérament. Aux termes de cet article, «celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait»³²⁹. La jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle «le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif»³³⁰ est entérinée³³¹ et reflète la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³³².

Dans la droite ligne de la jurisprudence actuelle, la preuve du non-respect de l'obligation d'information sera donc appréciée de manière plus souple par les cours et tribunaux dès le 1^{er} novembre 2020³³³.

Cet assouplissement est même étendu à certains faits positifs. Il est, en effet, désormais prévu à l'alinéa 2 de l'article 8.6 que lorsqu'il y a lieu d'établir un fait positif mais que, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine, la preuve peut être rapportée avec suffisance en établissant la vraisemblance de ce fait. On songe notamment, en matière d'assurances, à la preuve du vol qui pèse sur l'assuré, victime dudit vol³³⁴.

57. Degré de preuve: une question de pourcentage? La distinction entre le principe – une certitude judiciaire qui renvoie à un haut degré de vraisemblance – et l'exception – une preuve par vraisemblance – pouvait toutefois apparaître sibylline. En réponse aux remarques formulées par le Conseil

³²⁹ Vu l'introduction de cette disposition, l'on peut s'interroger sur son articulation avec le projet d'article 5.194 rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité civile (avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 6 août 2018). Cet article, qui instaure une clause générale de responsabilité pour risque, allège le fardeau de la preuve du lien causal au bénéfice de la personne lésée. Il suffit à la victime d'un dommage qui résulte d'une activité dangereuse d'établir de manière vraisemblable l'existence du lien causal entre l'activité professionnelle présentant un danger de nature grave et le dommage pour que le lien causal soit présumé.

³³⁰ Il est toutefois précisé que le juge «ne peut en revanche dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve d'un fait positif contraire» (Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558).

³³¹ Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voy. également Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2022; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3022.

³³² C.J.U.E., 21 juin 2017, *N.W. e.a. c. Sanofi Pasteur MSD SNC e.a.*, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484, disponible sur www.curia.europa.eu.

³³³ Voy. sur le droit transitoire, Fl. GEORGE, «La réforme du droit de la preuve: droit transitoire», in D. Mougenot (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, coll. CUP, vol. 193, Liège, Anthémis, 2019, pp. 255-291.

³³⁴ Voy., sur cette illustration, V. RONNEAU, «La charge de la preuve: dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme», *op. cit.*, pp. 248-249 et p. 251. Voy. aussi S. VAN BREE, «La réforme du droit de la preuve», *op. cit.*, p. 111. Voy. également, projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Gauthier Calonne et M^{me} Özlem Özen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 37.

d'État³³⁵, le législateur prend le soin d'apporter les éclairages suivants. Pour la 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»³³⁶. Entre le concept de prépondérance de la preuve applicable en *common law* qui renvoie à un pourcentage de 51 % et le modèle germanique plus exigeant, c'est le second qui semble avoir retenu la préférence du législateur³³⁷. L'application de ce seuil mathématique de 75 % en matière médicale donnera sans doute lieu à de houleux débats.

58. Lien avec la responsabilité proportionnelle. Ce pourcentage n'est pas sans rappeler les principes et pourcentages octroyés dans le cadre de la théorie de la perte d'une chance qui devrait être remplacée par la responsabilité proportionnelle. On peut en effet s'interroger sur l'articulation de ces deux mécanismes: responsabilité proportionnelle, d'une part, et preuve par vraisemblance, d'autre part. Cette question revêt un intérêt non négligeable. Tandis que la preuve par vraisemblance laisse intact le principe de la réparation intégrale, la responsabilité proportionnelle n'aboutit qu'à une indemnisation partielle du dommage réellement subi. La question demeure toujours ouverte³³⁸.

Conclusion

59. L'obligation d'information en droit médical est loin d'avoir épuisé tous ses enseignements. La présente étude a tout d'abord pu démontrer le rôle fondamental de la jurisprudence des juridictions de fond dans l'appréciation de la portée des articles 7 et 8 de la loi du 22 août 2002. Ensuite, les incohérences qui émaillent la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de charge de la preuve ont été épinglées. L'examen de l'arrêt du 11 janvier 2019 n'apporte pas le salut attendu et ne sonne pas le glas des controverses existantes. Enfin, la réforme du droit de la preuve offre de nouveaux instruments et perspectives pour les praticiens. Sans oublier que les réformes en cours pourraient, elles aussi, apporter leur lot de nouveautés. Il est conseillé de garder un œil sur l'évolution des règles du jeu...

³³⁵ Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi portant insertion du livre 8 «La preuve» dans le nouveau Code civil, www.raadvst-consetat.be, pp. 8-9.

³³⁶ 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.

³³⁷ M. SCHWEIZER, «The civil standard of proof – what is it, actually?», Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2013, http://homepage.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_12online.pdf.

³³⁸ La thèse de M^{me} Céline Joisten (ULiège) devrait apporter des éclairages significatifs sur cette question.