

- van een patiënt, die zich bevindt in een voor hem vreemde omgeving en ervaring, niet mag en kan worden verwacht dat hij weet wat hij al dan niet mag doen of moet doen, zodat een zeer duidelijke communicatie op dit punt dan ook essentieel is;
- uit de bevindingen van de deskundige blijkt dat de verklaringen van de tweede verweerster en verpleegkundige J.B. dienaangaande onderling tegenstrijdig zijn;
- het al dan niet naleven door verpleegkundige J.B. van de op hem rustende informatieplicht betwist wordt en de vraag derhalve is wie op dit punt de bewijslast draagt;
- uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat verpleegkundige J.B. dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekwetend om de tweede verweerster in de hierboven bedoelde zin in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie haar niet werd gegeven;
- de onzekerheid of de twijfel die blijft bestaan na de bewijsvoering, in aanmerking moet worden genomen tegen degene

die de bewijslast draagt.

5. De appelrechters die op deze gronden oordelen dat “*wordt aangenomen dat verpleegkundige J.B. hier zijn informatieplicht niet heeft nageleefd*”, verantwoordden hun beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

(...)

Note

La charge de la preuve dans le cadre de l'obligation d'information

Pierre Van Renterghem¹

1. *Introduction.* Cet arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2019 permet de relancer les débats relatifs à la charge de la preuve de l'exécution ou de la méconnaissance de l'obligation d'information.

Nous nous proposons de commenter cette décision en décrivant la problématique (point 1.) et en parcourant brièvement la jurisprudence de notre Cour suprême en la matière (point

2.). Nous opérerons une analyse de cette jurisprudence de manière à déterminer s'il existe un fil conducteur permettant d'expliquer les solutions apparemment contradictoires adoptées (point 3.). Nous terminerons alors par une analyse de l'arrêt commenté (point 4.), ce qui nous permettra de conclure (point 5.).

1. LA PROBLÉMATIQUE

2. *Une insécurité juridique.* La problématique de la charge de la preuve du devoir d'information fait l'objet de controverses doctrinales et jurisprudentielles, chaque position prise étant applaudie par les uns et décriée par les autres.

Alors qu'une relative sécurité juridique existait depuis 2004, la Cour de cassation a semé le trouble par un arrêt qu'elle a rendu le 25 juin 2015. L'arrêt commenté du 11 janvier 2019 ne sera sans doute pas de nature à apporter les apaisements souhaités par certains.

La question de la charge de la preuve est fonction de la prétention formulée. La demande en exécution d'une obligation

oblige le demandeur à prouver l'existence de cette obligation (art. 1315, al. 1^{er}, C. civ. et futur art. 8.4, al. 1^{er}, C. civ.) mais non son inexécution. C'est au défendeur de démontrer qu'il en est libéré (art. 1315, al. 2, C. civ. et futur art. 8.4, al. 2, C. civ.).

L'obligation d'information donne rarement² lieu à des litiges relatifs à son exécution en nature. Il n'arrive pas souvent que le créancier réclame la transmission correcte d'une information de la part de son débiteur. Les conflits les plus fréquents concernent la réparation du dommage résultant de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse de l'obligation d'information.

^{1.} Juge au Tribunal de première instance du Hainaut.

^{2.} Nous n'avons pas connaissance de tels litiges.

Dans cette hypothèse, il appartient, selon nous, au créancier d'établir la faute de son débiteur et donc la mauvaise exécution de l'obligation d'information.

La Cour de cassation française n'a pas suivi cette opinion et elle a décidé qu'il incombait au professionnel de prouver l'exécution de son obligation d'information³. Elle a ainsi considéré qu'il appartenait à un avocat d'établir qu'il avait exécuté son obligation d'information et de conseil⁴. Elle a adopté la même jurisprudence en matière médicale⁵.

3. Des règles spécifiques. Il nous semble important de souligner que des solutions spécifiques peuvent exister. Ceci est notamment le cas dans le cadre des crédits à la consommation ou, de manière plus générale peut-être, dans le cadre de la protection du consommateur.

4. L'article III.78 du Code de droit économique. Il existe des dispositions spécifiques dans certains secteurs. Ainsi, l'article III.78 du Code de droit économique dispose « *chaque entreprise est tenue de prouver le respect des exigences prévues aux articles III.74 à III.77 et l'exactitude des informations fournies* ». Or, l'article III.74 du Code de droit économique impose à l'entreprise de communiquer différentes informations au consommateur. Il en résulterait que le consommateur ne devrait pas prouver la méconnaissance de cette obligation⁶. La charge de la preuve en matière d'obligation d'information étant controversée, il pourrait être considéré que ceci ne constitue pas une dérogation.

5. L'arrêt Consumer finance. La Cour de justice de l'Union européenne fut interrogée sur la charge de la preuve dans le cadre du crédit à la consommation. La question concernait plus particulièrement « la charge de la preuve du respect, par le prêteur, de ses obligations de fournir des informations adéquates au consommateur et de vérifier la solvabilité de celui-ci, prévues aux articles 5 et 8 de la directive n° 2008/48 »⁷. La Cour a tout d'abord considéré que la question de la charge de la preuve relevait du droit interne. Elle a cependant ensuite décidé que le principe d'effectivité s'opposait à ce que le consommateur doive établir l'inexécution des obligations prévues aux articles 5 et 8 de la directive

n° 2008/48. La Cour considère que le consommateur ne dispose pas des moyens pour apporter cette preuve. La Cour poursuit en précisant qu'un prêteur diligent doit être conscient de la nécessité de collecter et de conserver des preuves quant à l'exécution de ses obligations.

Dans le même arrêt, la Cour considère qu'une clause par laquelle le consommateur reconnaît la bonne exécution des obligations n'est pas interdite en soi mais sa portée doit être limitée. La clause ne pourrait que constituer un indice d'une bonne exécution. Cet indice ne pourrait pas suffire. Il devrait être corroboré par d'autres éléments. Le consommateur doit en outre toujours être en mesure de prouver que l'obligation n'a pas été correctement exécutée. Par contre, une clause par laquelle le consommateur reconnaît la pleine et correcte exécution des obligations du prêteur ne peut pas être acceptée car elle entraînerait un renversement de la charge de la preuve qui compromettrait l'effectivité des droits de ce dernier⁸.

Cette règle ne vaut cependant que dans les limites de l'arrêt de la Cour de justice. Son enseignement ne peut s'étendre au-delà du crédit à la consommation⁹ et même au-delà de la question posée. Il n'est toutefois pas certain que la Cour n'étendrait pas la solution à d'autres matières et notamment à l'obligation d'information du consommateur en général.

En matière de contrat de crédit, il nous faut mentionner l'article VI.2, § 4, du Code de droit économique qui dispose « sans préjudice des dispositions de l'article VII.29, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de mettre à charge de l'utilisateur de services de paiement ou du consommateur, la preuve du respect de tout ou partie des obligations, visées dans le présent livre, qui incombent au prestataire de services de paiement, au prêteur ou à l'intermédiaire de crédit, sont interdites et nulles de plein droit. Il incombe au prêteur de fournir la preuve qu'il a satisfait aux obligations concernant l'évaluation de la solvabilité, visée aux articles VII.69, VII.75, VII.77, VII.126, VII.127, § 1^{er}, VII.131 et VII.133, du consommateur et, le cas échéant, de la personne qui constitue une sûreté personnelle ».

³. Voy. D. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 114.

⁴. Cass. (Fr.), 29 avril 1997, *J.T.*, 1998, p. 122.

⁵. Cass. (Fr.), 25 février 1997, *J.T.*, 1998, p. 122.

⁶. C. CORNELIS, « The story continues: de bewijslast inzake informed consent van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 59; W. VANDENBUSSCHE, « Het bewijs van een tekortkoming door een verzekeringsmakelaar aan zijn informatie- en adviesverplichtingen », *R.D.C.*, 2017, p. 441.

⁷. C.J.U.E., 18 décembre 2014, C-449/13, www.curia.europa.eu, n° 22.

⁸. C.J.U.E., 18 décembre 2014, C-449/13, www.curia.europa.eu, nos 29 et s.

⁹. F. DE PATOUL et V. SCHOONHEYT, « La responsabilité des prêteurs et des intermédiaires de crédit », in *Crédit aux consommateurs et aux P.M.E.*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 153.

2. LA POSITION DE LA COUR DE CASSATION BELGE

6. *La position de la Cour de cassation.* La Cour de cassation a rendu différents arrêts en la matière mais qui semblent contradictoires.

7. *La charge de la preuve repose sur le créancier.* Par un arrêt du 14 décembre 2001¹⁰, la Cour de cassation décide que, lorsqu'une demande est fondée sur une infraction, il incombe au demandeur d'établir les éléments constitutifs de l'infraction, l'imputabilité au défendeur de l'infraction mais également, si le défendeur invoque une cause de justification qui n'est pas dénuée de crédit, que cette cause de justification n'existe pas. Il s'agit d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation qui a surtout cours en matière d'accident de la circulation¹¹. En l'espèce, la Cour a considéré que le médecin qui affirmait avoir obtenu le consentement libre et éclairé du patient invoquait une cause de justification. Le consentement n'est éclairé que si le médecin a exécuté correctement son obligation d'information. Il en résulte que le médecin invoquait par conséquent une cause de justification. La Cour en conclut qu'il incombe au patient d'établir l'inexécution de l'obligation d'information et non au médecin d'établir l'exécution de celle-ci.

Cette décision fut critiquée par certains auteurs. Ainsi R.O. DALCQ¹² considère que cette décision permettrait des abus. Les médecins pourraient ne plus exécuter correctement leurs obligations d'informations.

Le procureur général Jean DUJARDIN n'avait pas conclu dans le sens adopté par la Cour de cassation dans le cadre du litige concerné. Il considère que la règle spécifique ne peut s'appliquer que lorsque la demande est effectivement fondée sur une infraction. Elle ne s'appliquerait pas lorsqu'une faute civile est invoquée même si cette faute pourrait également être constitutive d'infraction¹³.

La loi sur les droits du patient impose aux médecins d'obtenir le consentement libre et éclairé du patient avant toute intervention (art. 7 et 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient).

L'obligation d'information dans ce domaine présente une certaine particularité. En effet, à défaut de consentement libre et éclairé du patient, tout acte relevant de l'art de guérir

et entraînant un dommage corporel est nécessairement fautif et constitue une infraction pénale¹⁴. Il n'est donc pas certain que la décision de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 permette de dégager une règle générale en matière de charge de la preuve relative à l'obligation d'information. Néanmoins, il faut bien constater que cet arrêt permet de distinguer la position de notre Cour suprême de celle adoptée par la Cour de cassation française qui avait pris une position contraire même en matière médicale¹⁵.

La Cour de cassation a rendu un second arrêt, toujours en matière médicale, le 28 février 2002¹⁶. Dans cette affaire, la Cour ne fait plus référence à l'existence d'une infraction. En réalité, la Cour ne va pas véritablement trancher la question de la charge de la preuve. Elle se contente d'indiquer que la juridiction de fond n'a pas mis la charge de la preuve sur le médecin mais que la preuve de l'inexécution était rapportée par le biais de présomptions de faits¹⁷. Cette décision est assez surprenante. En effet, il est indiqué que le fait qu'il n'apparaisse pas de quelle manière le médecin a exécuté son obligation d'information serait une présomption permettant de conclure que l'obligation d'information n'avait pas été exécutée. Il ne résultait pas des données produites par le patient que le médecin aurait exécuté son obligation¹⁸. S'il existe un doute quant à l'exécution de l'obligation, la question de la charge de la preuve se pose et il ne peut pas être considéré que la preuve est rapportée. Il n'en reste pas moins que l'arrêt ne se prononce pas formellement sur la charge de la preuve.

Dans ses arrêts de 2004, la Cour indique clairement que la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information repose sur le créancier. La qualité de ce créancier n'a, en principe, pas d'importance. Elle a ainsi considéré que le consommateur devait établir le manquement à l'obligation d'information du prêteur¹⁹.

La Cour ne fait plus référence à une infraction même si certains de ces arrêts sont rendus en matière médicale. Elle insiste cependant sur certains autres éléments. Dans son arrêt du 16 décembre 2004, la Cour indique que l'obligation d'information du médecin n'est pas une obligation de résultat²⁰. Dans l'autre arrêt qu'elle a rendu le même jour, elle souligne que le demandeur doit prouver la faute, le dom-

¹⁰ Cass., 14 décembre 2001, C.98.0469.F, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494⁵; *Arr. Cass.*, 2001, p. 2200; *Pas.*, 2001, I, p. 2129.

¹¹ Cass., 26 mars 2018, C.17.0442.N, www.jure.juridat.just.fgov.be; Cass., 30 novembre 2017, C.17.0086.N, *C.R.A.*, 2018/1, p. 64.

¹² R.O. DALCQ, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.488².

¹³ Concl. Jean DUJARDIN, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494².

¹⁴ *Voy. Cass.*, 14 décembre 2001, C.98.0469.F, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494⁵; *Arr. Cass.*, 2001, p. 2200; *Pas.*, 2001, I, p. 2129; 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. 121.

¹⁵ *Cass. (Fr.)*, 25 février 1997, *J.T.*, 1998, p. 122.

¹⁶ *Cass.*, 28 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 14.

¹⁷ H. NYS, « De informatieplicht van de arts: aan wie behoort de bewijslast? », *R.W.*, 2004-2005, p. 1554.

¹⁸ On pourrait rapprocher cet arrêt de celui du 18 janvier 2007 en matière d'obligation de collaborer à l'administration de la preuve (*voy. Cass.*, 18 janvier 2007, *Res jur. imm.*, 2007, p. 34).

¹⁹ *Cass.*, 10 décembre 2004, C.03.0143.N, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1998; *Pas.*, 2004, I, p. 1962; *J.J.P.*, 2007, p. 396.

²⁰ *Cass.*, 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

mage et le lien causal entre ces deux éléments et que l'article 1315, alinéa 2, du Code civil ne déroge pas à cette règle²¹. Elle aborde également la question de la preuve du fait négatif. Un tel fait n'autorise pas le juge à opérer un renversement de la charge de la preuve même s'il ne doit pas être rapporté avec la même rigueur qu'un fait positif.

Même si une partie de la doctrine n'était pas heureuse de la solution dégagée²², il était admis à la suite de ces différents arrêts que la preuve de l'inexécution de l'obligation d'information dans le cadre d'une demande fondée sur la responsabilité civile du débiteur de cette obligation reposait sur le créancier²³.

8. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015. La paix judiciaire ne fut pas très longue puisqu'un arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015 réanima les discussions²⁴.

Dans cette affaire, un avocat avait cité son client en paiement de ses honoraires. Le client refusa de payer et il engagea la responsabilité²⁵ de son conseil pour ne pas l'avoir informé du fait qu'il était dans les conditions pour bénéficier de l'aide juridique. La juridiction de fond avait considéré qu'il appartenait à l'avocat d'établir qu'il avait informé son client de son droit à l'aide juridique, preuve qui n'était pas rapportée. Elle avait décidé que toutes les conditions de la responsabilité de l'avocat étaient réunies. En effet, selon elle, le client aurait eu recours à l'aide juridique s'il avait disposé de l'information litigieuse.

La Cour de cassation décida « dès lors qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée, l'arrêt ne viole pas les dispositions légales visées au moyen

en décidant 'qu'il appartient à maître A., qui prétend avoir informé son client, de rapporter la preuve du fait qu'il allègue' »²⁶.

La Cour prend donc le contrepied de ses arrêts de 2004 et décide qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve qu'il incombe au débiteur d'établir qu'il a exécuté son obligation d'information²⁷.

Cet arrêt fut très bien accueilli par certains auteurs et par certaines juridictions²⁸. D'autres ont tenté de voir une cohérence entre les différentes décisions prises²⁹. D'autres encore sont restés dubitatifs et ont même espéré que cette jurisprudence ne soit que l'œuvre des sections françaises de la Cour appelant de leurs vœux un arrêt salubre des sections néerlandaises de la même Cour³⁰.

9. L'arrêt du 11 janvier 2019. Et ce vœu se réalisa. Par l'arrêt commenté du 11 janvier 2019³¹, la Cour de cassation décida « krachtens artikel 870 Gerechtelijk Wetboek moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert. Krachtens artikel 1315 Burgerlijk Wetboek moet hij die de uitvoering van een verbintenis vordert het bestaan daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht. 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

21. Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *Pas.*, 2004, I, p. 2022; *Arr. Cass.*, 2004, p. 2081; www.jure.juridat.just.fgov.be.

22. 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 », *R.C.J.B.*, 2010, p. 529.

23. W. VANDENBUSSCHE, « Het bewijs van een tekortkoming door een verzekeringsmakelaar aan zijn informatie- en adviesverplichtingen », *R.D.C.*, 2017, p. 440; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 179.

24. Cass., 25 juin 2015, C.14.0382.F, *R.D.C.*, 2016/7, p. 654; *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 369; *Arr. Cass.*, 2015, p. 1763; *Pas.*, 2015, I, p. 1753.

25. Nous ne pouvons donc pas approuver les conclusions du ministère public précédant l'arrêt du 11 janvier 2019 où il est affirmé que l'arrêt du 25 juin 2015 ne concernait pas une demande fondée sur la responsabilité de l'avocat à l'égard de son client (voy. Cass., 11 janvier 2019, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 316).

26. Cass., 25 juin 2015, C.14.0382.F, *R.D.C.*, 2016/7, p. 654; *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 369; *Arr. Cass.*, 2015, p. 1763; *Pas.*, 2015, I, p. 1753.

27. W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1665.

28. F. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219; Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, pp. 424 et s.

29. 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, pp. 115 et s.; M.A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374⁵; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 180 et s.

30. C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 367; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1668; voy. 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. 123 qui ne prétend pas adhérer à cette analyse; voy. aussi W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 197.

31. Sur cet arrêt, voy. *infra*, nos 25 et s. et W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, « Patiënt moet bewijzen dat verpleegkundige niet voldaan heeft aan zijn informatieverplichting », *Juristenkrant*, 2019, 383, p. 3; C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, pp. 318 et s.

alleen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan »³².

Nous reviendrons sur cette décision (voir *infra*, n^{os} 25 et s.).

3. ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

a. L'absence de cohérence apparente des solutions adoptées

10. Cohérence des solutions adoptées. La seule lecture des arrêts de la Cour ne permet pas de comprendre la logique qui les sous-tend. Il n'est pas possible de dégager une jurisprudence cohérente de l'ensemble des décisions qui ont été rendues même si certains auteurs ont tenté cette entreprise.

L'arrêt de la Cour du 25 juin 2015 n'était pas le premier dans lequel la Cour adoptait cette position. Ainsi dans un arrêt du 26 janvier 1968, la Cour avait décidé qu'il incombait à la commune de prouver qu'elle « s'est conformée à son obligation »³³. Elle a justifié cette solution en se référant à l'article 1315 du Code civil. Dans un arrêt du 20 mars 2006, la Cour affirma « c'est à tort que l'arrêt, qui a constaté dans un premier temps que la défenderesse avait une obligation légale, charge la demanderesse de la preuve du non-respect par la première défenderesse de l'obligation légale de transmettre l'accord homologué alors qu'il incombe à celle-ci d'apporter la preuve de l'extinction de son obligation par son exécution »³⁴. Dans cette affaire, la demande tendait à l'octroi de dommages-intérêts³⁵.

Il est intéressant de constater que l'arrêt du 20 mars 2006 a été rendu par une section néerlandaise de la Cour. Ceci est important car cela pourrait exclure toute explication communautaire aux divergences de solution. Aucune certitude ne peut cependant être donnée sur ce point. L'arrêt du

11 janvier 2019 laisse penser que les sections néerlandaises de la Cour n'adoptent pas la même position que les sections françaises³⁶. Comme nous le verrons, l'arrêt du 11 janvier 2019 s'exprime en des termes généraux et semble donc revenir sur la décision de 2006 (voir *infra*, n^o 26).

La Cour souligne dans son arrêt du 25 juin 2015 que le fait dont la preuve doit être rapportée constitue un fait négatif. La Cour avait déjà rejeté tout renversement de la charge de la preuve fondé sur ce seul motif dans le passé³⁷. Il est intéressant également de noter que l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui fut cassé par l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2019 avait repris la formulation de l'arrêt du 25 juin 2015. Il y était insisté sur le fait que l'élément dont la preuve devait être rapportée était un fait négatif. Ceci n'a pas empêché la Cour de censurer la décision de la juridiction d'appel.

Certains se demandent si la différence entre les solutions ne s'expliquerait pas par la particularité des règles relatives à la charge de la preuve lorsque la faute est une infraction pénale³⁸. Il ne nous semble pas que cette explication puisse être retenue. S'il est vrai que la plupart des arrêts où la Cour met la charge de la preuve de la faute sur le créancier de l'obligation d'information concernaient des faits constitutifs ou susceptibles de constituer des infractions pénales³⁹, la Cour ne se réfère aux règles spécifiques à cette matière que dans son arrêt du 14 décembre 2001. Les termes infractions et faits justificatifs ne sont plus employés dans les arrêts sub-

³² Cass., 11 janvier 2019, C.18.0210.N, www.jure.juridat.just.fgov.be, soit: « Selon l'article 870 du Code judiciaire, chaque partie doit apporter la preuve des faits qu'elle allègue. Selon l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit en prouver l'existence. Réciproquement, celui qui prétend être libéré, doit apporter la preuve du paiement ou du fait qui a entraîné l'extinction de son obligation. Il résulte de ces dispositions que, dans le cadre d'une demande fondée sur la responsabilité extracontractuelle, la charge de la preuve du fait générateur de responsabilité, du dommage et du lien causal entre ces deux éléments repose en règle sur la personne préjudiciée. Lorsque la victime affirme que le dommage qu'elle subit fut causé par la méconnaissance de la norme générale de prudence du fait que la personne tenue pour responsable ne lui a pas communiqué une information déterminée, elle ne doit pas seulement prouver que la personne dont la responsabilité est recherchée devait lui donner cette information mais également que cette dernière ne l'a pas fait. » (traduction libre).

³³ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 662.

³⁴ Cass., 20 mars 2006, C.04.0441.N, www.jure.juridat.just.fgov.be; *Pas.*, 2006, I, p. 6298; *Arr. Cass.*, 2006, p. 645.

³⁵ Voy. aussi B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1) », *R.D.J.P.*, 2009, p. 21.

³⁶ Les solutions pourraient néanmoins se concilier si l'arrêt de 2015 qualifiait l'obligation d'obligation de résultat et celui de 2019 d'obligation de moyens (voy. W. VANDENBUSSCHE et I.SAMOY, « Patiënt moet bewijzen dat verpleegkundige niet voldaan heeft aan zijn informatieveplichting », *Juristenkrant*, 2019, 383, p. 3, ces auteurs n'adoptant aucune position à cet égard).

³⁷ Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *Pas.*, 2004, I, p. 2022; *Arr. Cass.*, 2004, p. 2081; www.jure.juridat.just.fgov.be; Cass., 18 novembre 2011, C.10.0649.F, *R.G.D.C.*, 2013, p. 516; *Pas.*, 2011, I, p. 2558; *Arr. Cass.*, 2011, p. 2354; voy. B.SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 1) », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 11 et 65; voy. sur cette explication 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. 129; voy. B. CATTOIR, « Bewijs in burgerlijke zaken. Actuele vraagstukken in de cassatierechtspraak », in *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Malines, Kluwer, 2016, p. 474.

³⁸ 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. 130.

³⁹ 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. 131.

séquents de sorte qu'il est peu probable que l'explication réside à ce niveau⁴⁰.

Contrairement à d'autres auteurs⁴¹, il nous semble que les différentes positions adoptées ne peuvent pas être conciliées.

b. Une jurisprudence divergente reposant sur une interprétation différente de l'article 1315 du Code civil

11. *Une interprétation particulière de l'article 1315 du Code civil.* Les solutions divergentes pourraient s'expliquer par une interprétation différente de l'article 1315 du Code civil en matière de responsabilité civile.

L'article 1315 du Code civil dispose: « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. » L'article 8.4 du nouveau Code civil⁴² prévoit quant à lui: « Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent. »

b.1. Première position: la charge incombe au débiteur

12. *La charge de la preuve de l'exécution incombe au débiteur.* Selon certains^{43,44}, il ne faudrait pas distinguer entre l'exécution en nature ou l'exécution par équivalent de l'obligation au niveau de la charge de la preuve.

L'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil est clair pour ce qui concerne l'exécution en nature. C'est au créancier qu'il incombe de prouver l'existence de l'obligation. Par contre, il incombe au débiteur sur base de l'alinéa 2 de cette disposition d'établir qu'il est libéré⁴⁵. Il lui revient donc d'établir l'exécution de son obligation. Le créancier ne doit par conséquent pas prouver de faute. Il ne doit pas établir que l'obligation n'est pas exécutée. Il appartient au débiteur de démontrer l'exécution de l'obligation.

De la même manière, il reviendrait au débiteur d'établir son exécution dans le cadre d'une exécution par équivalent^{46,47}. Aucune faute ne devrait être prouvée par le créancier⁴⁸.

Cette solution se justifierait par la meilleure aptitude à la preuve. Si le créancier devait établir l'inexécution, il devrait

40. V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », in *Etats généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 30; sur les règles relatives à la charge de la preuve dans le cadre d'une demande fondée sur une infraction pénale, voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, pp. 762 et s.; H. MINJAUW et J. VANDENDRIESSCHE, « Bewijslast en bewijsrisico », in *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Kluwer, 2010, p. VI.2 – 6; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 188.

41. M.A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374¹ (la position de cet auteur est critiquée par 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. 124).

42. Cette disposition entrera en vigueur le 1^{er} novembre 2020. Sur cette réforme, voir la contribution de B. ALLEMEERSCH et A.S. HOUTMEYERS dans ce numéro de la revue. Voy. aussi I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht », in *Verbintenissenrecht*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 117 et s.

43. Même si nous ne partageons pas cette opinion, il existe également des auteurs qui estiment que les règles varieraient en fonction du contrat concerné. Ainsi par exemple, pour l'obligation de restitution dans le cadre du contrat de dépôt, le créancier ne devrait pas démontrer l'inexécution (voir M.A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374¹). V. PIRSON écrit « à défaut pour le dépositaire de restituer la chose qui est l'objet du dépôt, une présomption d'inexécution pèsera sur lui » (V. PIRSON, « Le dépôt », in *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 38, Malines, Kluwer, 2004, p. 22). Le créancier doit démontrer que la chose n'a pas été restituée (B. TILLEMANS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Overeenkomsten*, Deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, C, *Bruikleen, bewaargeving en sekwester*, Anvers, Kluwer, 2000, p. 195; V. PIRSON, « Le dépôt », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Titre III, Livre 38, 2004, p. 22; B. CLAESSENS, « De verplichtingen van de bewaarnemer: bewaren is zilver, teruggeven goud », *A.J.T.*, 1997-1998, p. 306). Le déposant devra alors en outre établir l'état de la chose au moment de la mise en dépôt (V. PIRSON, « Le dépôt », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Titre III, Livre 38, 2004, p. 18).

44. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 76; D. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 111; Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, pp. 428 et s.

45. 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 », *R.C.J.B.*, 2010, p. 519; P. WERY, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité. Rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 115; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 41. *Contra* J.F. GERMAIN et P. STROOBANT, « Actions en droit de la construction: remèdes immédiats et pluralité des parties. Première partie: aspects de droit civil », in *Les obligations et les moyens d'action en droit de la construction*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 15 qui écrivent « s'il poursuit l'exécution en nature, il se contentera de prouver que l'obligation existe et qu'elle n'a pas été exécutée ».

46. En faveur de cette solution, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 75; 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 », *R.C.J.B.*, 2010, p. 520; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 287 et s. Citant cette thèse, B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, p. 757, voy. aussi pp. 753 et s.; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 190 à 193 qui semble adhérer à cette position en ce qui concerne la responsabilité contractuelle.

47. L'exécution par équivalent se confond souvent avec la responsabilité civile mais pas toujours; voy. sur cette question, P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, T. 2, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 837.

48. Les partisans de cette thèse n'ont pas une conception uniforme des choses. Alors que certains estiment qu'il existerait une présomption d'inexécution et une présomption de faute (N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 71), d'autres considèrent qu'aucune présomption de faute n'existerait (en ce sens F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 290).

prouver un fait négatif, ce qui pourrait s'avérer difficile voire impossible⁴⁹.

Dans cette conception, en cas d'obligation de résultat, le créancier n'aurait qu'à prouver l'existence de l'obligation mais ne devrait pas établir que le résultat promis n'a pas été atteint. Il existerait une présomption que le résultat n'a pas été atteint, d'une part, et, d'autre part, que ceci résulte d'une faute⁵⁰. Il convient cependant de se rendre compte que certains partisans de cette thèse considèrent que le créancier devrait établir que le résultat ne serait pas atteint⁵¹.

Par contre, en cas d'obligation de moyens, le créancier devrait prouver outre l'existence de l'obligation, l'inexécution de celle-ci. Il y aurait alors dérogation à l'article 1315, alinéa 2, du Code civil⁵².

Il faut directement noter que cette théorie ne permettrait pas à elle seule d'expliquer la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 25 juin 2015. La Cour de cassation a en effet énoncé dans un arrêt de 2004 que l'obligation d'information n'était pas de résultat⁵³. Pour que l'explication se situe à ce niveau, il faudrait que, soit la Cour ait considéré que l'obligation était finalement de résultat⁵⁴, soit que la Cour estime que les règles de la charge de la preuve ne varient pas selon que l'obligation est de résultat ou de moyens.

b.2. La charge incombe au créancier

13. La charge de la preuve de l'inexécution incombe au créancier. Il existe cependant une autre conception que nous qualifierons de majoritaire qui estime que le créancier qui sollicite une exécution par équivalent et donc la réparation de son préjudice doit démontrer la faute, le dommage et le lien causal entre ces deux éléments⁵⁵. Le créancier doit démontrer l'inexécution de l'obligation primaire.

Cette thèse connaît également la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat mais elle ne lui attribue pas la même portée.

La distinction entre ces deux types d'obligation n'a alors en réalité pas d'impact sur la charge de la preuve mais seulement sur l'objet de la preuve à rapporter⁵⁶.

c. Analyse critique des thèses en présence

14. Plan. Il nous semble que la thèse faisant reposer sur le débiteur la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation ne peut être suivie pour différentes raisons. Dans son expression la plus pure, elle se fonde sur une confusion entre deux obligations (point c.1.). Dans certaines variantes, elle méconnaît la notion de faute (point c.2.) et elle se heurte à la définition de l'obligation de résultat (point c.3.).

c.1. Une confusion entre deux obligations

15. Les deux thèses se fondent sur l'article 1315 du Code civil. Il est intéressant de constater que les deux thèses, pourtant contradictoires, peuvent se prévaloir de la même disposition, à savoir l'article 1315 du Code civil. La seule différence se situe au niveau de l'interprétation du terme obligation contenu dans cette disposition. Les tenants de la première thèse considèrent que l'obligation concernée est l'obligation primaire, soit l'obligation dont l'inexécution constitue une faute⁵⁷ tandis que les partisans de la seconde thèse considèrent qu'il s'agit de l'obligation secondaire, soit l'obligation de réparation découlant de la responsabilité civile du débiteur fautif⁵⁸.

16. Rejet de la thèse de l'attribution de la charge de la preuve de l'exécution au débiteur. Il nous semble cependant que la première thèse ne peut pas être approuvée.

⁴⁹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 75; 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 », *R.C.J.B.*, 2010, p. 520; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 290.

⁵⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 563; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 78; 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 », *R.C.J.B.*, 2010, p. 520.

⁵¹ Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 428.

⁵² N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 78; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 564.

⁵³ Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

⁵⁴ Dans son arrêt du 11 janvier 2019, la Cour parle de l'information qui n'aurait pas été communiquée en méconnaissance de l'obligation générale de prudence. L'arrêt de 2015 et celui de 2019 pourraient être conciliés si ceux-ci retenaient une qualification différente de l'obligation concernée, obligation de résultat pour celui de 2015 et de moyens pour celui de 2019 (voy. W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, « Patiënt moet bewijzen dat verpleegkundige niet voldaan heeft aan zijn informatieveplichting », *Juristenkrant*, 2019, 383, p. 3).

⁵⁵ F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 73.

⁵⁶ 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 », *R.C.J.B.*, 2010, p. 521; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », in *Etats généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 27; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1668; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, p. 716.

⁵⁷ Il s'agit de l'obligation d'information dans l'hypothèse particulière que nous examinons.

⁵⁸ Voy. 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. 127.

Comme le dit P. VAN OMMESLAGHE⁵⁹, cette thèse part d'une confusion entre deux obligations dans le cadre de la responsabilité civile. Il faut bien distinguer l'obligation primaire, qui est l'obligation dont l'inexécution constitue l'élément matériel de la faute, d'une part, et l'obligation secondaire de réparation, d'autre part. Lorsqu'une demande fondée sur la responsabilité civile est formulée, le demandeur sollicite l'exécution de l'obligation secondaire. Or, cette obligation suppose pour exister la réunion de différentes conditions, soit, en principe, une faute, un dommage et un lien causal. La faute comprend deux éléments, soit un élément matériel et un élément moral. L'élément matériel est l'inexécution d'une obligation préexistante. Il incombe par conséquent au demandeur d'établir la faute et donc l'inexécution de l'obligation primaire concernée.

La thèse selon laquelle la charge de la preuve de l'exécution reposerait sur le débiteur centre le raisonnement qui doit être tenu dans le cadre de l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil sur l'obligation primaire. Or, ce n'est pas de cette obligation dont l'exécution est sollicitée mais bien de l'obligation de réparation⁶⁰. Si l'obligation primaire reçoit également exécution par l'exécution de l'obligation secondaire, ce n'est que par voie de conséquence. L'on peut se demander si la formulation de l'article 8.4, alinéa 1^{er}, du nouveau Code civil ne va pas mettre un frein à la controverse. En effet, il n'y est plus question d'exécution d'une obligation mais de prétention. Les partisans de cette thèse vont-ils considérer que celui qui réclame la réparation d'un dommage formule encore une prétention à l'égard de l'obligation primaire inexécutée? L'avenir nous le dira.

A cette objection de principe, doivent s'ajouter d'autres objections qui diffèrent selon les variantes adoptées par ses partisans⁶¹. Il faut en effet constater que chacun développe une vision particulière de la théorie pour résoudre certaines contradictions auxquelles ils sont confrontés. Il existe peu d'auteurs qui acceptent toutes les conséquences de leur position tellement celles-ci semblent inacceptables au regard du droit positif belge.

c.2. La preuve de la faute

17. Preuve de la faute. Certains auteurs qui la défendent affirment en effet que le créancier doit apporter la preuve de la faute⁶². Ainsi, par exemple, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles écrit: « Il va de soi que, en cas d'action en responsabilité contractuelle, le créancier doit établir la faute contractuelle, le dommage et le lien de causalité. »⁶³. Selon F. GLANSDORFF: « Il est bien évident, pour reprendre la motivation de ces arrêts, que la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité pèse sur celui qui les invoque. »⁶⁴.

Le tribunal de première instance francophone de Bruxelles estime cependant que la preuve de la faute sera rapportée par « l'absence de preuve de l'exécution »⁶⁵ par le débiteur. Le créancier doit établir l'existence de l'obligation conformément à l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil tandis que le débiteur doit, selon l'article 1315, alinéa 2, du même code établir sa libération et donc l'exécution. Si le débiteur n'y parvient pas, il sera en faute. F. GLANSDORFF⁶⁶ écrit quant à lui que la question de l'inexécution ne concerne pas la faute. Il s'agirait d'un stade antérieur où l'on se demande uniquement si l'obligation a ou non été exécutée⁶⁷. La question de la faute ne se posera que si l'obligation n'a pas été exécutée. Il peut donc déjà être constaté qu'il n'existe pas d'unanimité au sein de cette thèse.

18. Une construction artificielle. La première vision⁶⁸ repose sur une construction artificielle. Il s'agit d'une manière de contourner les règles relatives à la charge de la preuve. En effet, s'il incombe au créancier d'établir la faute, il lui appartient d'apporter la preuve de l'inexécution de l'obligation. Il est contradictoire d'affirmer en même temps que le créancier doit apporter la preuve de la faute et que cette preuve sera apportée si le débiteur ne prouve pas l'exécution de l'obligation. Il est artificiel de distinguer la faute de l'inexécution de l'obligation.

19. Méconnaissance de la notion de faute. La première et la seconde vision⁶⁹ se heurtent à la notion de faute même. La

⁵⁹. En ce sens P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, T. 2, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 2372.

⁶⁰. W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1667.

⁶¹. La présentation la plus aboutie et la plus pure nous semble être celle de madame VERHEYDEN-JEANMART qui reconnaît une présomption d'inexécution fautive (voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 78).

⁶². F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 289.

⁶³. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 429.

⁶⁴. F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 289.

⁶⁵. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 429.

⁶⁶. F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 289.

⁶⁷. Voy. aussi W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1668.

⁶⁸. Celle où il est considéré que la preuve de la faute est rapportée par l'absence de preuve par le débiteur de l'exécution (défendue par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles dans son jugement précité).

⁶⁹. La seconde vision étant celle où l'inexécution ne concernerait pas la faute mais un stade antérieur à cette question (défendue par F. GLANSDORFF).

faute comprend deux éléments, un élément objectif et un élément subjectif⁷⁰. L'élément objectif consiste en la méconnaissance d'une norme obligatoire⁷¹. Il s'agit de l'inexécution d'une obligation que celle-ci soit contractuelle ou non. L'élément subjectif se réfère à l'imputabilité. Pour qu'une faute puisse exister, la violation de la norme doit avoir eu lieu librement⁷² et consciemment⁷³. Il s'agit de l'imputabilité⁷⁴.

S'il nous semble que l'élément subjectif ne doit pas être établi par le créancier⁷⁵, tel n'est pas le cas de l'élément objectif.

c.3. La notion d'obligation de résultat

20. La notion d'obligation de résultat. Le rejet majoritaire de la première thèse peut se voir assez facilement dans la conception de l'obligation de résultat telle qu'elle est défendue en droit belge. Une majorité écrasante d'auteurs considère que, dans le cadre d'une telle obligation, la preuve de la

faute sera rapportée si le créancier établit que le résultat promis n'a pas été atteint⁷⁶. Il est très rare qu'il soit considéré que le résultat serait présumé ne pas être atteint⁷⁷. Si le résultat n'est pas atteint, l'inexécution est établie. Ces deux éléments sont les mêmes. L'obligation impose d'obtenir un résultat déterminé. L'absence de résultat équivaut donc à l'inexécution de l'obligation. Il en résulte que, si le créancier doit établir que le résultat n'est pas atteint, il a la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation, soit de l'élément objectif de la faute.

21. Inexécution et faute. Certains essaient de créer une distinction entre l'inexécution et la faute⁷⁸. L'inexécution de l'obligation est l'une des composantes de la faute. Ainsi, faudrait-il décomposer la responsabilité, à tout le moins contractuelle, en plusieurs étapes. Dans un premier temps, le créancier devrait prouver l'existence de l'obligation. Dans un second temps, se poserait la question de la preuve de l'inexécution de l'obligation et seulement dans un troisième

⁷⁰ W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 327; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 101.

⁷¹ X. THUNIS, « Théorie de la faute civile. Vol. 1. La faute civile, un concept polymorphe », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Kluwer, 2017, pp. 23 et 26; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, T. 2, Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1214; W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 327.

⁷² Cet élément se réfère à l'absence de cause de justification (erreur invincible, état de nécessité, légitime défense, autorisation de la loi, ordre de l'autorité légitime, ...) (voy. X. THUNIS, « Théorie de la faute civile. Vol. 3. La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Kluwer, 2011, pp. 6, 34 et s.

⁷³ Cet élément se réfère à la capacité de discernement. Pour pouvoir commettre une faute, l'auteur du comportement doit disposer du discernement nécessaire; X. THUNIS, « Théorie de la faute civile. Vol. 3. La faute comme acte imputable à son auteur », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Kluwer, 2011, pp. 6 et 29.

⁷⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, T. 2, Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1236; W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, pp. 327 et 328 qui distingue le discernement (schuldbekwaamheid) de l'imputabilité (toerekenbaarheid).

⁷⁵ En ce sens, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, T. 2*, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 561; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 110 pour ce qui concerne le discernement.

⁷⁶ Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 292; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, T. 2, Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1216; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 483; B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 2) », *R.D.J.P.*, 2010, p. 65; C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 321; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisicoverdeling bij de schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, p. 1668; X. THUNIS, « Théorie de la faute civile. Vol. 2. La faute comme acte contraire au droit », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Kluwer, 2017, p. 48; I. VRANCKEN, « Aansprakelijkheid bij ziekenvervoer », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 241; C. DE RIDDER et N. PORTUGAELS, « Een analyse van de verbintenissen en aansprakelijkheid van de arts bij een bloedafname », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 241; C. JASSOGNE, « La mauvaise foi du professionnel », *R.G.D.C.*, 2011, p. 113; C. LEMMENS, « Het al dan niet vermijdbaar karakter van nosocomiale infecties en de impact daarvan op de verbintenissen van de zorgverlener », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 367; Civ Termonde, 22 mars 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15.097²; J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur: de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 106; J.-L. FAGNART, « Identification du patient: erreur légitime non invincible », *Con. M.*, 2015/3, p. 157; 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. 135; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », in *Etats généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 27; F. MOURLON BEERNAERT, *La preuve en matière civile et commerciale*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 71; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, p. 716; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 187; B. SAMYN, *Priyaatrechtelijk bewijs. Een diepgaand en praktisch overzicht*, Gand, Story Publishers, 2012, p. 179.

⁷⁷ Selon une thèse minoritaire, le créancier n'aurait qu'à prouver l'existence de l'obligation tandis que le débiteur devrait établir avoir atteint le résultat concerné (voy. L. VAN VALCKENBORGH, « De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis », *R.G.D.C.*, 2011, p. 222; en ce sens également mais de manière moins claire, M.A. ORLANDO, « La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence? », *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374¹ et s.) (sur le caractère minoritaire de cette thèse, voy. 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. 135).

⁷⁸ F. GLANSORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 289; voy. B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak – (deel 2) », *R.D.J.P.*, 2010, p. 66.

temps devrait être déterminée la question du caractère fautif de l'inexécution⁷⁹.

Il faut alors se demander ce que recouvre la faute dans cette conception.

La faute ne comprend que deux éléments. L'élément objectif et l'élément subjectif⁸⁰. L'inexécution correspond à l'élément objectif. Il ne resterait donc plus que l'élément subjectif, qui est présumé⁸¹.

Le tribunal de première instance de Bruxelles écrit « si le débiteur établit avoir exécuté l'obligation, il convient alors de distinguer selon que l'obligation en jeu est de résultat ou de moyen. Dans le premier cas, le créancier devra montrer que, malgré l'exécution, le résultat n'a pas été atteint et il incombera au débiteur d'établir, le cas échéant, une cause étrangère libératoire »⁸².

Nous ne pouvons suivre ce raisonnement. Si le débiteur établit avoir exécuté l'obligation, le résultat est nécessairement atteint. Le débiteur s'est en effet engagé à atteindre un résultat. Si l'obligation a été exécutée, le résultat doit être acquis. Le tribunal cite comme exemple « dans le cas d'une responsabilité d'avocat, la requête d'appel a été déposée, mais hors délai ou au mauvais endroit »⁸³. Dans une telle hypothèse, le débiteur ne peut pas avoir prouvé l'exécution de son obligation. L'obligation de l'avocat est en effet de déposer la requête dans les délais et au bon endroit. L'avocat ne s'est pas seulement engagé à déposer une requête d'appel n'importe où et à n'importe quel moment. Autre chose est de savoir si tous ces éléments recouvrent des obligations de résultat. L'endroit du dépôt pourrait, si des controverses existent quant à la juridiction d'appel compétente ou quant à l'endroit où doit avoir lieu le dépôt, faire l'objet d'une obligation de moyens en raison de l'aléa qui l'affecterait.

Le tribunal poursuit « si l'obligation est de moyen, le créancier devra démontrer que l'exécution n'a pas été faite comme elle aurait dû l'être, c'est-à-dire par une personne (ou un pro-

fessionnel) normalement prudente et diligente »⁸⁴. Encore une fois, l'on ne comprend pas comment le débiteur pourrait avoir établi l'exécution de son obligation de moyens si le créancier peut encore établir que l'obligation n'a pas été exécutée comme l'aurait fait un bon père de famille.

Il convient de comprendre que l'inexécution et la faute se confondent. La position du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, qui adopte nous semble-t-il la thèse de F. GLANSDORFF, laisse entendre qu'il faut d'abord vérifier si l'obligation a été exécutée et puis si l'exécution de l'obligation est fautive c'est-à-dire si elle ne correspond pas à celle d'une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances de fait. Cela n'est pas possible. Car l'obligation souscrite est précisément celle de se comporter en personne normalement prudente et diligente.

« Une obligation est de moyens lorsque son débiteur s'engage à mettre tout en œuvre pour la réaliser. »⁸⁵. « Une obligation est de résultat si le débiteur promet l'obtention d'un résultat déterminé. »⁸⁶. La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat se réfère au contenu même de l'obligation. Il s'agit de déterminer l'étendue, l'intensité de l'obligation⁸⁷. Ce qui est promis, l'engagement, n'est pas le même. Dans le cadre d'une obligation de résultat, le créancier promet d'atteindre un résultat⁸⁸. Le créancier s'oblige à procurer le résultat concerné. Dans le cadre d'une obligation de moyens, le créancier s'engage à mettre en œuvre tous les soins qu'un bon père de famille mettrait pour réaliser la tâche confiée⁸⁹.

Nous avons conscience que de nombreux auteurs prétendent qu'en cas d'obligation de résultat, la faute est présumée lorsqu'il est établi que le résultat n'est pas atteint⁹⁰. Ceci est exact et ne contredit pas notre position car le débiteur peut encore exclure la faute en démontrant que l'élément subjectif de celle-ci n'est pas présent (absence de discernement, causes de justification, ...). Il ne s'agit pas de démontrer que le débiteur s'est comporté en bon père de famille sauf en cas

79. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive », *R.D.C.*, 2016, p. 659; 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. 134; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 289.

80. W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 327.

81. W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, p. 328.

82. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 429.

83. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 429.

84. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 429.

85. J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur: de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 106.

86. J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur: de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 106.

87. L. VAN VALCKENBORGH, « De kwalificatie van een verbintenis als resultaats- of middelenverbintenis », *R.G.D.C.*, 2011, p. 222.

88. X. THUNIS, « Théorie de la faute civile. Vol. 2. La faute comme acte contraire au droit », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Kluwer, 2017, p. 48.

89. X. THUNIS, « Théorie de la faute civile. Vol. 2. La faute comme acte contraire au droit », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Kluwer, 2017, p. 48.

90. J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur: de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 106; J.-L. FAGNART, « Identification du patient: erreur légitime non invincible », *Con. M.*, 2015/3, p. 157; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, p. 716.

d'obligation de résultat allégée mais qui suppose l'existence de deux obligations distinctes⁹¹.

c.4. Conclusion

22. Conclusion. Il résulte de tout ceci que nous ne pouvons pas suivre ceux qui affirment que la faute ou l'inexécution de l'obligation ne devraient pas être établies par le demandeur en réparation. Une telle position se heurte à la notion de faute et d'obligation de résultat. Certains vont même jusqu'à faire peser la charge de la preuve de la faute sur une partie mais à considérer que la preuve est rapportée si l'autre partie n'apporte pas la preuve de son exécution.

d. La différence de conception au niveau de la charge de la preuve ne suffit pas pour expliquer les solutions divergentes

23. Cette thèse n'explique pas les arrêts de la Cour de cassation. Comme déjà signalé, cette thèse ne permet pas en soi d'expliquer les solutions divergentes de la Cour de cassation. En effet, il est généralement considéré que la charge de la preuve de l'exécution repose sur le débiteur de l'obligation primaire lorsque l'obligation est de résultat mais non lorsqu'elle est de moyens. La Cour de cassation a énoncé dans un arrêt de 2004 que l'obligation d'information n'était pas de résultat⁹². Si tel est le cas, la solution de l'arrêt de 2015 ne s'explique pas, sauf à considérer que l'obligation d'information ait été dans cet arrêt considéré comme une obligation de résultat. La Cour n'en parle pas. Par contre,

dans l'arrêt du 11 janvier 2019, la Cour fait mention de l'obligation d'information découlant du devoir général de prudence⁹³. Si la qualification retenue dans les deux arrêts était différente, les deux arrêts pourraient se concilier.

Ceci a conduit certains⁹⁴ à rejeter la distinction en la matière entre obligation de résultat et de moyens et à considérer également que l'obligation d'information était de toute façon de résultat.

24. Inexécution totale et défectueuse. Une autre proposition d'analyse fut encore formulée⁹⁵. Il s'agirait de distinguer l'inexécution totale de l'inexécution partielle. La charge de la preuve serait répartie en fonction de cette distinction. Le débiteur devrait prouver l'exécution dans son principe sans devoir établir que celle-ci fut parfaite. Si cette preuve est rapportée, il incomberait alors au créancier de prouver que l'exécution fut défectueuse. Cette distinction n'est pas non plus opérée par la Cour de cassation. Les arrêts rendus ne font nullement allusion à une inexécution totale ou défectueuse pour justifier les solutions divergentes dégagées. Nous avouons notre scepticisme quant à la praticabilité d'une telle distinction. Quelle est la frontière entre une inexécution totale et une inexécution défectueuse? Si le débiteur a communiqué une information sur un point mais pas sur un autre, il existe une inexécution totale relativement au point sur lequel l'information n'a pas été donnée mais inexécution défectueuse au regard de l'ensemble des informations à communiquer. Cette distinction est susceptible d'interprétation divergente, car reposant sur une vision relative. Elle n'est pas gage de sécurité juridique et doit donc être évitée⁹⁶.

4. L'ARRÊT DU 11 JANVIER 2019

25. Conciliation avec l'arrêt du 25 juin 2015. La décision commentée ne permet pas de donner une explication satisfaisante aux différents arrêts rendus par la Cour.

Il faut tout d'abord noter que l'arrêt est rendu par la section néerlandaise de la première chambre de la Cour. Comme

nous l'avons déjà souligné, l'arrêt du 25 juin 2015 avait été prononcé par la section française de la même chambre. Il n'est pas impossible qu'une divergence existe au sein de la Cour de cassation sur cette question. Il s'agit sans doute de l'explication la plus probable⁹⁷.

⁹¹. Ainsi, dans le cadre du dépôt, il existe une obligation de moyens de conservation et une obligation de résultat de restitution (voir notre contribution D. D'HARVENG et P. VAN RENTERGHEM, « La responsabilité contractuelle du garagiste en cas d'incendie », *For. Ass.*, 2015/157, p. 166 et s.).

⁹². Cass., 16 décembre 2004, *Rev. Dr. Sant.*, 2004-2005, p. 298; C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 321; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, p. 720 qui nuancent cette affirmation; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 186.

⁹³. Cass., 11 janvier 2019, C.18.0210.N, www.jure.juridat.just.fgov.be; voy. W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, « Patiënt moet bewijzen dat verpleegkundige niet voldaan heeft aan zijn informatieverplichting », *Juristenkrant*, 2019, 383, p. 3; C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, pp. 318 et s.

⁹⁴. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, pp. 429 et 430.

⁹⁵. Voy. Civ. Bruxelles (fr.), 5 avril 2016, *R.G.D.C.*, 2017, pp. 429 et 430; 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, pp. 137 et 138; W. VANDENBUSSCHE, « Het bewijs van een tekortkoming door een verzekeringsmakelaar aan zijn informatie- en adviesverplichtingen », *R.D.C.*, 2017, p. 441; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 2, Bruxelles, Bruylant, 1948, p. 564; voy. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht », *T.P.R.*, 2015, pp. 722 et s.

⁹⁶. En ce sens aussi, W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 189.

⁹⁷. Ceci ne signifie pas qu'une divergence communautaire devrait exister mais bien que les personnes composant les différentes sections et les différentes chambres ne sont manifestement pas d'accord.

Ensuite, l'arrêt parle d'une obligation d'information fondée sur la norme générale de prudence. Il n'est donc pas question d'une obligation de résultat. Certains pourraient être tentés de concilier l'arrêt de la Cour de cassation de 2015 avec celui de la même Cour de 2019 en considérant que le premier concernait une obligation de résultat et le second une obligation de moyens. La Cour aurait alors décidé que la preuve du fait que l'information n'a pas été donnée incombe au débiteur de l'obligation d'information en cas d'obligation de résultat mais à la victime en cas d'obligation de moyens. La Cour ne se réfère cependant pas à la notion d'obligation de résultat dans son arrêt du 25 juin 2015⁹⁸.

Enfin, l'arrêt de 2019 intervient dans le cadre médical. Une explication pourrait donc être trouvée dans les règles spécifiques de charge de la preuve existant pour les fautes constituant des infractions pénales. Il faut cependant bien constater que la Cour n'y fait aucune allusion.

26. La charge de la preuve en matière de responsabilité extracontractuelle et contractuelle. En ce qui concerne le droit de la responsabilité civile, l'arrêt énonce de manière générale⁹⁹ que, dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, la charge de la preuve de l'élément générateur de responsabilité, du dommage et du lien causal entre ces deux éléments repose, en règle, sur la victime. Le demandeur doit donc, en principe, établir notamment la faute. La Cour n'adhère donc pas à l'idée selon laquelle il incomberait au défendeur, débiteur de l'obligation, d'établir l'exécution de celle-ci. La Cour insiste sur le fait que le demandeur ne doit pas seulement prouver l'existence de l'obligation mais également que cette obligation n'a pas été exécutée. Il faut démontrer, en ce qui concerne l'obligation d'information, d'une part, qu'une information devait être communiquée mais aussi, d'autre part, qu'elle n'a pas été donnée.

Dans ses conclusions, le ministère public indique que les choses seraient différentes en matière de responsabilité contractuelle. En effet, selon l'avocat général Ria MORTIER, il pourrait être argumenté que la victime sollicite l'exécution par équivalent de l'obligation d'information de sorte que l'article 1315, alinéa 2, du Code civil pourrait s'appliquer.

Le débiteur devrait alors établir l'exécution de son obligation d'information. Il n'existe pas de justification à un raisonnement différencié entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle¹⁰⁰. Il est d'ailleurs intéressant de constater que la même disposition est appliquée dans les deux hypothèses, à savoir l'article 1315 du Code civil. Alors que la structure du Code civil tendrait à limiter l'application de cette disposition aux obligations contractuelles, son application fut étendue à la responsabilité extracontractuelle. Ceci est explicitement mentionné par l'avocat général¹⁰¹. Dans les deux cas, il existe une obligation primaire dont l'inexécution constitue une faute et une obligation secondaire tendant à la réparation d'un préjudice. La source de l'obligation primaire, légale ou contractuelle, importe peu.

27. Les termes témoignent d'une opposition à la solution de 2015. Dans cet arrêt, la Cour censure l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers qui avait repris des termes proches de l'arrêt du 25 juin 2015¹⁰². L'arrêt du 11 janvier 2019 considère que l'arrêt de la cour d'appel qui avait décidé « uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat verpleegkundige J.B. dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekwetend om de tweede verweerster in de hierboven bedoelde zin in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie haar niet werd gegeven », soit « il ressort des règles relatives à la charge de la preuve que l'infirmier J.B. doit prouver qu'il s'est acquitté de son devoir d'informer la deuxième défenderesse dans le sens indiqué ci-dessus, et non qu'il incombe à la dernière mentionnée de prouver le fait négatif que l'information exigée lui a été donnée » (traduction réalisée par nos soins).

Ceci nous laisse penser qu'il existe véritablement une divergence d'opinions entre les chambres de la Cour, les unes mettant la charge de la preuve de la communication de l'information sur le débiteur (arrêt de 2015), les autres mettant la charge de la preuve de l'absence de communication sur le créancier (arrêt de 2019).

⁹⁸. L'arrêt se fonde sur l'obligation générale de prudence et non sur l'obligation spécifique d'information découlant de la loi sur les droits du patient. Comme l'indique C. LEMMENS, ceci ne peut pas avoir d'incidence étant donné qu'aucune règle spécifique relative à la charge de la preuve n'existe dans cette législation (C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 320).

⁹⁹. Elle ne limite pas ses propos à l'obligation d'information. Il faut noter que la section néerlandaise semble revenir sur la solution que la 3^e chambre avait adoptée dans son arrêt du 20 mars 2006 (Cass., 20 mars 2006, C.04.0441.N, www.jure.juridat.just.fgov.be).

¹⁰⁰. En ce sens également, C. LEMMENS, « Over de bewijslast bij de schending van een informatieverplichting: het Hof van Cassatie keert terug naar de regel dat de patiënt moet bewijzen », *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 321.

¹⁰¹. Cass., 11 janvier 2019, *Rev. dr. santé*, 2018-2019, p. 315.

¹⁰². Les termes sont quasiment identiques, voy. Cass., 25 juin 2015, C.14.0382.F, *R.W.*, 2015-2016, p. 1665.

5. CONCLUSION: L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

28. *Une jurisprudence qui manque de cohérence.* En conclusion, il n'existe pas d'explication satisfaisante aux différentes solutions adoptées par la Cour de cassation.

Il nous semble que la Cour a décidé, dans son arrêt de 2015, de faire reposer la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information sur le débiteur de cette obligation même dans le cas d'une demande en réparation fondée sur la responsabilité civile.

La Cour ne distingue pas selon que l'obligation est de moyens ou de résultat ou encore selon qu'elle a été totalement ou partiellement inexécutée.

La Cour affirme de manière générale que la preuve de l'exécution incombe au débiteur. Il s'agit d'une application de l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil à l'obligation primaire.

Cette façon de procéder ne nous semble pas correcte. Comme le dit P. VAN OMMESLAGHE, il s'agit d'une confusion entre deux obligations, l'obligation primaire dont la violation constitue une faute, d'une part, et l'obligation secondaire de réparation dont l'exécution est demandée, d'autre part¹⁰³.

L'obligation dont l'exécution est sollicitée dans le cadre d'une action en responsabilité civile est l'obligation de réparation et non l'obligation primaire dont la méconnaissance est une faute. L'obligation secondaire nécessite pour exister la réunion de différentes conditions dont la preuve doit être rapportée par le demandeur en réparation, soit la faute, le dommage et le lien causal entre ces deux éléments. L'élément objectif de la faute consiste en la méconnaissance d'une obligation existante. Il incombe donc au demandeur en réparation de démontrer l'inexécution de l'obligation.

Le nouveau Code civil ne parlera plus d'exécution d'obligation mais seulement de prétention. La conception défendue par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 juin 2015 sera encore plus difficilement tenable dans l'avenir.

Il nous semble qu'il conviendrait que la Cour revienne à une interprétation plus conforme aux principes applicables en la matière. L'arrêt commenté du 11 janvier 2019 constitue un bon signal en ce sens. Dans cet arrêt, la Cour affirme sans détour que, en matière extracontractuelle, la preuve du fait générateur de responsabilité incombe à la victime qui réclame réparation.

Il est également important de se rendre compte que les répercussions de la position de la Cour de cassation ne sont pas limitées à l'obligation d'information mais devraient s'étendre à la responsabilité civile de manière générale¹⁰⁴.

S'il est vrai qu'il peut être difficile pour le créancier d'établir ne pas avoir reçu une information déterminée¹⁰⁵, il n'est pas souhaitable de renverser tout un système existant ou d'adopter des solutions incohérentes susceptibles de mettre à mal toute la sécurité juridique.

L'arrêt du 11 janvier 2019 constitue un signe positif d'un retour à une solution qui nous paraît plus cohérente. Cet arrêt n'émanant pas de la même section que celui du 25 juin 2015, nous espérons que la section française adoptera la même position que son homologue néerlandaise. Selon nous, la charge de la preuve de la faute et donc de l'inexécution de l'obligation doit incomber au créancier.

L'avant-projet de réforme du Code civil contenait une disposition spécifique à l'obligation d'information mais elle fut retirée par la suite¹⁰⁶. L'adoption d'une solution claire dépend donc de la jurisprudence. Nous ne doutons pas que la jurisprudence future de la Cour de cassation pourra dans l'avenir nous éclairer.

¹⁰³. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, T. 2, *Les obligations*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 2372.

¹⁰⁴. Voy. W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, « Patiënt moet bewijzen dat verpleegkundige niet voldaan heeft aan zijn informatieveplichting », *Juristenkrant*, 2019, 383, p. 3.

¹⁰⁵. W. VANDENBUSSCHE a mis en lumière dans différentes recherches et notamment dans sa thèse de doctorat le problème du besoin de preuve (ou nécessité de preuve) et du déficit d'information. Le déficit d'information se réfère à l'idée que toutes les parties à un procès ne sont pas dans la même situation. Il est possible que l'une d'elles dispose d'informations qui ne sont pas en la possession des autres parties. Il existe alors un déficit d'information dans le chef d'une des parties. À côté de ce déficit d'information, une des parties peut être confrontée à un problème de preuve. Elle peut ne pas disposer des éléments de preuve nécessaires pour établir sa prétention. Ce manque de preuve peut notamment découler d'un déficit d'information, d'une asymétrie entre parties quant à la preuve, l'une d'elles disposant de la preuve au contraire de l'autre, ou d'une impossibilité de prouver. Pour ce qui concerne l'obligation d'information, les deux parties doivent savoir quelle information a été communiquée. Il n'y a donc pas, en principe, de déficit d'information. Par contre, il est possible que les parties ne disposent pas de preuve de l'information communiquée. Il n'est pas rare que ni le créancier ni le débiteur de l'obligation d'information ne possèdent une preuve de l'information communiquée. Si une telle preuve existe, l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve pourrait fournir une solution. Une autre solution peut être trouvée dans la diminution du degré de preuve lorsque le fait à établir est un fait négatif. La Cour de cassation a adopté cette position qui est confirmée par l'article 8.6 du nouveau Code civil. Pour un fait négatif, le juge peut se contenter d'une vraisemblance. Le créancier qui doit établir l'absence d'une information doit rapporter la preuve d'un fait négatif. Le juge sera donc plus souple dans l'appréciation de la preuve. Il ne nous semble cependant pas souhaitable qu'un renversement de la charge de la preuve ait lieu (voir sur tout ceci W. VANDENBUSSCHE, « Omgaan met bewijsnood bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad », *R.W.*, 2018-2019, pp. 330 et s.; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 203 et s.).

¹⁰⁶. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel. Une hirondelle ne fait pas le printemps », *R.C.J.B.*, 2018, p. 147; M. DEFOSSE, « La charge de la preuve du devoir d'information de l'architecte: un cas d'application », *Les Pages*, 2019/45.