

Note

La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?Dominique Mougenot¹

RÉSUMÉ

Par un arrêt du 25 juin 2015, la Cour de cassation aborde à nouveau la question de la charge de la preuve du devoir d'information du professionnel à l'égard de son client. L'arrêt mentionne l'obligation de l'avocat mais la question se pose de manière plus générale et concerne aussi, entre autres, les médecins. La Cour de cassation revient sur sa jurisprudence précédente et fait peser la charge de la preuve sur le débiteur de l'information. Le présent article rappelle les différents états de cette jurisprudence et envisage les fondements juridiques possibles de la position adoptée par la Cour.

SAMENVATTING

Door een arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 rijst opnieuw de vraag over de bewijslast van de informatieverplichting van een professioneel ten opzichte van zijn klant. Het arrest vermeldt enkel de informatieverplichtingen van de advocaat maar de vraag is ruimer en betreft ook, onder meer, artsen. Het Hof van Cassatie herzielt zijn vorige rechtspraak en laat de bewijslast rusten op de persoon die verplicht is de informatie te verstrekken. In deze noot worden de verschillende stadia van deze rechtspraak in herinnering gebracht en er wordt ingegaan op de mogelijke juridische grondslagen van de positie van het Hof.

1. UNE QUESTION IMPORTANTE

1. On a beaucoup écrit sur le devoir d'information et de conseil du médecin² et de l'avocat³. Ces métiers n'ont d'ailleurs pas le monopole du devoir d'information et de conseil de leur client: cette obligation s'étend, à des degrés divers, à l'ensemble des professionnels⁴. Lorsque le client (patient) se plaint de ne pas avoir été correctement informé

¹ Juge au tribunal de commerce du Hainaut, maître de conférences invité à l'UNamur et l'UCL.

² Sur le devoir d'information et de conseil du médecin, voy.: B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Dossiers du J.T., vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 775 et s.; V. CALLEWAERT, « L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient », in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Coll. GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 101-121; N. COLETTE-BASECQZ et M.-N. VERHAEGEN, « Le devoir d'information du médecin et le consentement libre et éclairé du patient », *Rev. dr. santé*, 1996-1997, pp. 185 et s.; E. DELBEKE, « De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskennen », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, pp. 355 et s.; W. DIJKHOFFZ, « Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming », *Rev. dr. santé*, 2003-2004, pp. 104 et s.; J.-L. FAGNART, « Information du patient et responsabilité du médecin », in *Actualités de droit médical*, Formation UB³, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51 et s.; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 125 et s.; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « A propos du consentement libre et éclairé du patient », in *Droit médical*, Formation permanente C.U.P., vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 164 et s.; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « L'information et le consentement du patient: les nouvelles balises », in *Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2008, pp. 25 et s.; Th. VANSWEEVELT, « La responsabilité des professionnels de la santé », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 25, vol. 1, Waterloo, Kluwer, pp. 46 et s.

³ Sur le devoir d'information et de conseil de l'avocat, voy.: J.-P. BUYLE, « L'étendue du devoir d'information et de conseil de l'avocat », *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1688 et s.; J.-P. BUYLE, « Les risques du métier d'avocat liés au non-respect des devoirs d'information, de conseil, de stratégie et de vigilance », in *Les risques du métier. Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2008, pp. 81 et s.; J. CRUYPLANTS et G. DAVID, « La responsabilité civile des conseillers externes de l'entreprise », in *Les responsabilités d'entreprise*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2007, pp. 85 et s.; P. DEPUYDT, « De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen », in *De professionele aansprakelijkheid*, Bruges, la Chartre, 2001, pp. 127 et s.; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gand, Larcier, 2006; F. GLANSDORFF, « Le devoir de conseil de l'avocat: une mer sans rivage », *J.T.*, 2009, pp. 342 et s.; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité – Questions choisies*, Formation permanente C.U.P., vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 267 et s.; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, « Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice », Formation permanente C.U.P., vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 51 et s.; C. MELOTTE, « La responsabilité professionnelle des avocats », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 23bis, Waterloo, Kluwer, pp. 17 et s.; W. VANDENBUSSCHE en D. VERVOORT, « De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar. *Advocare, mediare ... errare?* », in *Professionele aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 95 et s.

⁴ L'examen du devoir d'information du professionnel à l'égard de son client, qu'il soit ou non consommateur, dépasse, de loin, les limites de la présente note. Ce concept se retrouve dans les obligations des professions libérales, des intermédiaires du crédit ou immobiliers, des vendeurs et constructeurs professionnels, etc.

par le prestataire de services se pose souvent la question de savoir qui supporte la charge de la preuve: est-ce le client qui invoque la responsabilité du prestataire qui doit prouver l'absence de conseil ou est-ce le professionnel qui doit établir qu'il a correctement informé son client (patient)?

2. Il est actuellement admis par une doctrine quasi-unanime⁵, ainsi que par la Cour de cassation⁶, que les parties doivent collaborer loyalement à l'administration de la preuve. Ainsi, toute partie, quelle que soit sa position procédurale (demandeur ou défendeur) doit spontanément communiquer au juge et à son adversaire les éléments de preuve dont elle dispose et qui sont pertinents pour la solution du litige. En cas de réticence, elle peut y être contrainte par le juge. Cette collaboration permet, dans un certain nombre de cas, de déterminer avec un degré raisonnable de certitude la réalité et la pertinence des informations transmises par le professionnel à son client. Mais il n'en va pas toujours ainsi, notamment lorsque – et c'est fréquent en pratique – des informations ou des conseils ont été fournis verbalement. Les mesures d'instruction, telles que la comparution des parties, sont souvent inopérantes et ne permettent pas de trancher en connaissance de cause. Se pose alors de manière cruciale la question de la charge de la preuve – entendue dans son sens de « risque de la preuve ». Qui du professionnel ou du client supportera les conséquences négatives de cette incertitude et perdra son procès? Cette question importante a aussi des conséquences en amont sur le comportement des parties, en particulier du prestataire de services. Compte tenu des règles relatives à la charge de la preuve, doit-il prendre des précautions spécifiques pour conserver la preuve de la transmission des informations importantes au client? En par-

ticulier, doit-il se réserver une preuve écrite?

3. C'est à ces questions que répond l'arrêt de cassation du 25 juin 2015 commenté⁷. Les faits de la cause sont très simples. Dans le cadre d'une contestation d'honoraires, un client reproche à son avocat de ne pas lui avoir indiqué qu'il remplissait les conditions pour bénéficier de l'aide juridique. L'avocat prétendait avoir fourni verbalement cette information lors de la première consultation. La Cour indique à ce sujet: « 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' ». Selon la Cour, la règle est claire: c'est l'avocat qui supporte la charge de la preuve de la correcte exécution de son devoir d'information. L'arrêt est rédigé en termes généraux et donne à penser que la Cour énonce un principe, susceptible de s'appliquer à tous les cas de figure où un professionnel est tenu d'éclairer son client. On songe évidemment aux médecins mais aussi à toutes les autres professions de services.

En réalité, la question est moins évidente qu'il n'y paraît et a donné lieu à une jurisprudence pour le moins changeante. La procession dansante d'Echternach (trois pas en avant, deux pas en arrière ...) a souvent servi de métaphore à la doctrine pour désigner une jurisprudence indécise. Une fois de plus, le folklore luxembourgeois pourra être invoqué pour qualifier la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière. Jugeons-en plutôt.

⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 348; B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, Coll. Themis, n° 59, Bruges, la Charte, 2010, pp. 35 et s., n° 7; A. DE BOECK et H. GEENS, « De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw? », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Charte, 2008, p. 85; R. DEKKERS, « De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 148 et s.; G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 187; G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstructions », in *La preuve*, Actes du colloque de l'U.C.L. des 12-13 mars 1987, p. 21; G. DEMEZ, « La participation des parties dans l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1976, p. 158; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Ed. Fac. Droit, 1987, pp. 353-354; H. GEENS, « De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht », in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 169, n° 13; A. KOHL, « L'obligation de bonne foi en matière d'allégation et de réception des preuves dans le procès civil », in *La bonne foi*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1990, p. 422; J. LAENENS, « Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen », in *L'expertise judiciaire. Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Charte, 2003, p. 49, n° 33; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtigd recht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, p. 535; D. MOUGENOT, « La preuve: évolution et révolution », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Charte, 2004, pp. 131-132; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93, n° 27; S. RUTTEN, « Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten », in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Charte, 2008, p. 30; S. STIJNS, « Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering », *R.W.*, 1989-1990, p. 1016; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, liv. 2, Bruges, la Charte, 2009, n° 208, p. 156; W. VANDENBUSSCHE, « "Je t'aime... moi non plus". Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », in *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Intersentia, Anvers, 2015, pp. 81 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Droit des obligations*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1651, pp. 2360 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 46; K. WAGNER, « Actualia burgerlijk bewijsrecht », *R.D.J.P.*, 2009, pp. 161-163, n° 29 et s. *Contra*: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 214, n° 177; B. SAMYN, « De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak », *R.D.J.P.*, 2010, pp. 55 et s.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 125, p. 134.

⁶ Cass., 10 décembre 2004, C.03.0143.N, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note DE PATOUL; *N.J.W.*, 2005, p. 951; *Pas.*, 2004, p. 1962; *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE; *J.J.P.*, 2007, p. 392, note STEENNOT; Cass., 18 janvier 2007, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 27; Cass., 14 novembre 2013, C.13.0015.N, *Not. Fisc. M.*, 2014, p. 47; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 915, note RENCHON; *R.W.*, 2014-2015 (sommaire), p. 141; *T. Fam.*, 2014, p. 208, note DECLERCK; *T. Not.*, 2014, p. 451, note VERSTRAETE; Cass., 14 novembre 2014, R.G. 14.0043.N.

⁷ Cass., 25 juin 2015, C.14.082.F, *Juristenkrant*, 2015 (sommaire VANDENBUSSCHE et VERJANS), n° 320, pp. 1 et 16; *R.G.A.R.*, 2015, n° 15219, note GLANSDORFF; *R.W.*, 2015-2016, p. 1664, note VANDENBUSSCHE.

2. UNE JURISPRUDENCE INDÉCISE

4. Dans un arrêt du 26 janvier 1968⁸, la Cour se penche sur l'obligation d'information qui pèse sur la commune à l'égard de la Caisse Nationale des Pensions, concernant tout renseignement susceptible de modifier le droit à la pension des bénéficiaires. Dans un arrêt resté longtemps méconnu et exhumé par J. Kirkpatrick⁹, la Cour considère qu'il résulte de l'article 1315 du Code civil que c'est à la commune qu'il incombe de prouver qu'elle s'est conformée à son obligation, en donnant avis à la Caisse Nationale et non à celle-ci de prouver le fait négatif que l'administration communale n'a pas donné cet avis. La Cour énonce donc un principe très similaire à celui de l'arrêt annoté: c'est au débiteur de l'information qu'il incombe de prouver que celle-ci a été fournie.

Faisons un détour par la France. Par un arrêt du 25 février 1997, la Cour de cassation française, statuant dans un cas de responsabilité de médecin, décide que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation¹⁰. On trouve le même principe dans un arrêt du 29 avril 1997, concernant la responsabilité de l'avocat cette fois¹¹. La Cour décide que l'avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation. En raisonnant ainsi, la cour d'appel a fait une correcte application de l'article 1315 du Code civil. Cette jurisprudence va engendrer des commentaires pour le moins divisés en Belgique: dans le même ouvrage deux auteurs adoptent des positions complètement opposées à ce sujet¹².

Revenons en Belgique. Le 14 décembre 2001, la Cour de cassation, statuant en matière médicale, décide que la partie qui introduit une demande fondée sur une infraction doit prouver la réunion des éléments constitutifs de celle-ci et son imputabilité à la partie adverse. Si l'adversaire invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, il appartient au demandeur de prouver que cette cause de justification

n'existe pas. Cette solution est spécifique aux fautes civiles qui constituent simultanément une infraction pénale. Elle est donc valable pour les médecins, parce que la faute du médecin qui entraîne un dommage corporel pour la victime constitue l'infraction de coups et blessures involontaires. Elle n'est par contre pas transposable pour toutes les professions¹³.

Par arrêt du 10 décembre 2004, concernant l'obligation d'information de l'organisme de crédit, la Cour décide que le consommateur supporte la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations, sans préjudice du devoir du prêteur de participer à la charge de la preuve dans les limites légalement déterminées¹⁴. Contrairement à l'arrêt de 1968, la Cour fait donc peser la charge de la preuve sur le créancier de l'information.

Le 16 décembre 2004, la Cour prononce deux arrêts en matière de responsabilité médicale. Dans un premier arrêt¹⁵, elle décide que le devoir d'information du médecin ne constitue pas une obligation de résultat. Un patient qui soutient que le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information doit en fournir la preuve. Dans la seconde espèce¹⁶, la Cour rappelle qu'il appartient à la victime de prouver la faute, le dommage et le lien causal. Il n'y est pas dérogé par l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, selon lequel celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Le juge peut considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire. A nouveau, la Cour fait peser la charge de la preuve sur le créancier de l'information. C'est donc au patient (ou au client) d'établir que le professionnel ne l'a pas correctement informé. Cet arrêt est dans la ligne des arrêts du 10 décembre 2004 et du 14 décembre 2001 mais s'écarte de l'enseignement de l'arrêt du 26 janvier 1968.

⁸ Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 661.

⁹ J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 105 et s., n° 10.

¹⁰ Cass. fr., 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.858; *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 337, note FAGNART.

¹¹ Cass. fr., 29 avril 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.855; *J.T.*, 1998, p. 122.

¹² J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicale », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 91 et s.; R.-O. DALCO, « Réflexion au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53 et s.

¹³ R.-O. DALCO, « A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 12.488.

¹⁴ Cass., 10 décembre 2004, C.03.0143.N, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note DE PATOUL; *N.J.W.*, 2005, p. 951; *Pas.*, 2004, p. 1962; *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE; *J.J.P.*, 2007, p. 392, note STEENNOT.

¹⁵ Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

¹⁶ Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168; *N.J.W.*, 2006, p. 316; *Pas.*, 2004, p. 2022; *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161, note; *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note NYS; *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note LIERMAN.

Vient enfin l'arrêt du 25 juin 2015 commenté, qui adopte la solution inverse. Désormais, la Cour de cassation rejoint la position adoptée par son homologue française depuis 1997. Sur cinq arrêts, la Cour a donc dit trois fois que la charge de la preuve pesait sur le créancier de l'information (donc le patient ou client) et deux fois qu'elle pesait sur le débiteur de

l'information (donc le professionnel¹⁷). Devant une telle jurisprudence en dents de scie, on ne peut s'empêcher de se demander si la Cour a dit son dernier mot ou si ce n'est, au contraire, qu'un pas de plus dans la procession d'Echter-nach¹⁸.

3. UNE LOGIQUE DANS CES DÉCISIONS?

5. Première réflexion: l'article 1315 du Code civil, par sa généralité, se prête à des applications en sens divers. C'est sur le visa de cette même disposition que la Cour justifie les décisions de 1968 et de 2004, quoique ces dernières aboutissent à des conséquences contraires. Il est donc vain de tenter d'extraire une solution certaine de cet article.

6. La Cour évoque à plusieurs reprises la preuve d'un fait négatif (1968, 2004 et 2015). Sur ce point, sa jurisprudence n'a (pratiquement) jamais varié: même si la preuve d'un fait négatif est plus ardue, elle ne justifie pas un renversement de la charge de la preuve. Le juge pourra simplement être plus tolérant à l'égard de la partie qui supporte la charge de la preuve et se contenter d'une vraisemblance sans exiger une certitude absolue¹⁹. La question de la preuve du fait négatif rappelle la problématique de la meilleure aptitude à la preuve. Cette théorie, née sous la plume de P. Esmein²⁰ et R. Demogue²¹, tend à faire peser la charge de la preuve sur celui qui est le mieux placé pour prouver. La preuve des faits négatifs est le terrain de prédilection pour l'application de cette théorie: celui qui doit établir le fait positif est plus apte à prouver que son adversaire, qui doit établir une proposition négative indéfinie (je n'ai jamais fait ceci, je n'ai jamais été à tel endroit, etc.). Cependant, comme indiqué ci-dessus, la Cour de cassation belge ne s'est pas laissée fléchir et n'accepte pas de renversement de la charge de la preuve. Au demeurant, le fondement de la théorie de la meilleure apti-

tude à la preuve a été critiqué par M. Storme²². En effet, la meilleure aptitude n'existe qu'au stade de l'administration de la preuve, lorsque les parties produisent au juge les éléments de preuve dont elles disposent. Lorsqu'on doit aborder la question de la charge de la preuve (entendue au sens de risque de la preuve), par définition, personne n'a été en mesure de produire des moyens de preuve déterminants, sans quoi le juge pourrait fonder sa décision sur ces éléments et ne devrait pas s'interroger sur le risque de la preuve. Il n'y a donc plus de partie plus apte à prouver à ce stade. H. Motulsky considère qu'il est choquant de voir succomber une partie sous le seul prétexte que la preuve lui aurait été plus facile qu'à son adversaire, alors que, par hypothèse, cette preuve n'a pu être faite²³. Faire peser la charge de la preuve sur la partie qui, dans le cadre de l'administration de la preuve, était en mesure de produire plus d'éléments de preuve que son adversaire revient en quelque sorte à lui reprocher une carence dans la preuve et lui en imputer la responsabilité. Il est intéressant de noter que des considérations tirées de la meilleure aptitude à la preuve apparaissent dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt relatif au devoir d'information de l'organisme de crédit, la Cour indique: « Il y a toutefois lieu de préciser que le respect de ce dernier principe²⁴ serait compromis si la charge de la preuve de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive n° 2008/48 reposait sur le consommateur ». En effet, « *ce dernier ne*

¹⁷. En fait l'arrêt qui impute la charge de la preuve à la commune ne s'inscrit pas dans le cadre de la relation professionnel/client. Il exprime toutefois un principe plus large qui s'applique également en matière contractuelle, dans les contrats de service.

¹⁸. Les premiers commentateurs de l'arrêt sont tout aussi dubitatifs: 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, Anthémis, 2016, pp. 7 et s., n° 30; F. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.219 (qui utilise le conditionnel); W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, pp. 1665 et s., n° 14.

¹⁹. Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42; Cass., 10 avril 2003, C.02.0213.F, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1227; *Pas.*, 2003, p. 779; *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.917; *R.G.D.C.*, 2006, p. 245; *Bull. ass.*, 2004 (abrégé), p. 124, note DE MASENEIRE; Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168; *N.J.W.*, 2006, p. 316; *Pas.*, 2004, p. 2022; *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161; *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note NYS; *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note LIERMAN; Cass., 26 novembre 2010, C.09.0584.N, *Pas.*, 2010, p. 3022; Cass., 18 novembre 2011, C.09.0584.N, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186; *Pas.*, 2011, p. 2558; *R.G.D.C.*, 2013, p. 516; *R.D.C.*, 2012 (sommaire VANDEN BERGHE), p. 313. On peut juste avoir une hésitation en lisant l'arrêt du 14 janvier 2005 (C.03.0622.N, *N.J.W.*, 2005, p. 699, note BREMS; *Pas.*, 2005, p. 95; *R.C.J.B.*, 2006, p. 497, note VAN DROOGHENBROECK), dans lequel, derrière l'accumulation de doubles négations, on peut découvrir, pour la première fois, l'idée qu'un renversement de la charge de la preuve en matière de faits négatifs serait admissible. Cette ouverture ne s'est pas confirmée dans les arrêts subséquents de 2010 et 2011.

²⁰. P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle », *R.T.D. civ.*, 1933, pp. 627 et s.

²¹. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 542 et s.

²². M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, E.Story-Scientia, 1962, n° 164, p. 157.

²³. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, n° 125, p. 139.

²⁴. La Cour vise le principe d'effectivité du droit de l'Union.

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 »²⁵. Quand elle énonce que le consommateur « ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver », c'est d'aptitude à la preuve qu'il s'agit.

On aurait pu croire les velléités d'introduire un autre régime de preuve des faits négatifs balayées par la jurisprudence récente de la Cour de cassation²⁶, qui s'en tient fermement à la jurisprudence classique. Le fait que l'arrêt du 25 juin 2015 évoque à nouveau la preuve d'un fait négatif est intrigant. En effet, la Cour aurait parfaitement pu s'abstenir d'en parler. Cela signifie-t-il que la difficulté de rapporter la preuve d'un fait négatif a quand même pesé dans la balance? Cette question est à surveiller dans le futur, pour vérifier s'il s'agit du premier signe d'une modification de la jurisprudence de la Cour sur cette question.

7. Autre élément surprenant: l'allusion, dans le premier arrêt du 16 décembre 2004, au fait que le devoir d'information du médecin ne constitue pas une obligation de résultat. Tout d'abord, on peut sérieusement s'interroger sur l'exactitude de cette affirmation. La réponse est certainement plus nuancée et dépend du type d'information à communiquer. S'il s'agit d'une information simple, on devrait conclure qu'il s'agit d'une obligation de résultat. On peut citer en exemple, dans l'arrêt annoté, l'information que l'avocat doit donner à son client concernant les possibilités d'obtention de l'aide juridique. En revanche, s'il s'agit d'un conseil dans une matière complexe, l'obligation du professionnel s'apparente davantage à une obligation de moyens²⁷. On peut en outre distinguer la transmission de l'information, qui, par son absence d'aléa, s'apparente à une obligation de résultat²⁸

et son contenu qui, en fonction du contexte, peut donc relever aussi bien de l'obligation de moyens que de l'obligation de résultat. Dès lors, on comprend mal l'affirmation péremptoire de la Cour dans l'arrêt de 2004.

Plus fondamentalement, le recours au concept d'obligation de résultat est, en principe du moins, sans pertinence. Il convient en effet de décomposer la preuve de la responsabilité contractuelle en plusieurs étapes²⁹.

- Stade 1: il faut prouver l'existence de l'obligation dont la violation est alléguée (il est unanimement admis qu'à ce stade, la charge de la preuve de cet élément pèse sur le créancier – c'est l'application de l'al. 1^{er} de l'art. 1315 C. civ.);
- Stade 2: il faut prouver l'absence d'exécution de cette obligation, en d'autres termes, l'absence de résultat satisfaisant (je reviendrai plus loin sur la charge de la preuve de cet élément);
- Stade 3: enfin il faut prouver que cette inexécution résulte d'une faute du cocontractant et que cette faute est en lien causal avec le dommage subi (la charge de la preuve, sur ce point, varie suivant qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultat).

La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat n'intervient, en règle, qu'au troisième stade: celui de la preuve de la faute. Or, dans la problématique qui nous occupe, ce n'est pas l'objet de la discussion. La question n'est pas de savoir si le médecin ou l'avocat (ou tout autre professionnel) a commis une faute en ne communiquant pas l'information mais de déterminer si l'information a bien été transmise. On se situe donc au deuxième stade du raisonnement. En principe, la question de savoir si l'obligation est de moyens ou de résultat est sans intérêt à ce stade.

²⁵. C.J.U.E., 18 décembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance / Bakkaus*, point 27.

²⁶. Voy. *supra*, note 19.

²⁷. B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015/2, pp. 597 et s., n° 130; 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, pp. 683 et s., n° 10; J. CRUYPLANTS et G. DAVID, « La responsabilité civile des conseillers externes de l'entreprise », in *Les responsabilités d'entreprise*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2007, pp. 85 et s., spéc. p. 106; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 496; F. GLANSDORFF, « Introduction générale », in *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde*, Formation permanente C.U.P., vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 31 et s., spéc. p. 37; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Formation permanente C.U.P., vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 267 et s., n° 18; P. HENRY et B. DE COCQUÉAU, *Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice*, Formation permanente C.U.P., vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 51 et s., spéc. pp. 58 et s.; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, 4^e éd., n° 548, p. 626.

²⁸. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, n° 494.

²⁹. V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne? », in *Etats généraux du droit médial et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 7 et s., n° 36; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Formation permanente C.U.P., vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 267 et s., n° 21, p. 289.

Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Bon nombre d'auteurs³⁰ considèrent que la preuve de l'inexécution pèse sur le créancier, que l'obligation soit de moyens ou de résultat. Même dans l'hypothèse d'une obligation de résultat, c'est donc le créancier qui doit démontrer l'absence de résultat satisfaisant. Dans un arrêt du 10 décembre 1953³¹, la Cour de cassation a décidé qu'il appartenait à la partie qui invoque l'inexécution d'une obligation de résultat d'établir l'existence de l'obligation et le fait que le résultat promis n'avait pas été atteint. Elle paraît donc s'inscrire dans ce courant. Dans ce contexte, la jurisprudence de 2004 est la plus logique. Puisqu'il appartient au créancier de prouver l'absence de résultat, c'est donc le client/patient qui doit démontrer l'absence de transmission de l'information nécessaire.

Cette opinion est toutefois loin d'être partagée par l'ensemble de la doctrine. D'autres auteurs³² considèrent en effet qu'en matière d'obligation de résultat, non seulement la faute mais aussi l'inexécution est présumée. Le créancier peut se contenter de prouver l'existence de l'obligation. Le débiteur doit alors établir l'existence du résultat souhaité ou, à tout le moins, l'existence d'une cause étrangère libératoire. Le concept d'obligation de résultat présente dans ce cas toute son utilité dès le deuxième stade du raisonnement. Dans

cette hypothèse, c'est l'arrêt de 2015 qui est le plus adéquat: puisque le créancier de l'obligation ne doit pas prouver l'inexécution, il est normal que le professionnel doive établir qu'il a communiqué les renseignements adéquats. Cette opinion doctrinale est cependant plutôt minoritaire, de telle sorte qu'elle constitue un fondement pour le moins incertain à l'arrêt commenté. Elle est en outre contredite par l'arrêt du 10 décembre 1953 mentionné ci-dessus.

8. La solution ne réside-t-elle pas dans la distinction entre la preuve de l'existence de l'exécution et la preuve de son caractère adéquat³³? En France, une doctrine déjà ancienne réserve un sort différent à l'obligation totalement inexécutée et l'obligation exécutée d'une manière insatisfaisante pour le créancier³⁴. Dans cette approche, il appartient au débiteur de prouver l'existence de l'exécution (il doit prouver *le fait* de l'exécution). Une fois cette preuve rapportée, il appartient au créancier de démontrer que cette exécution n'est pas satisfaisante (il doit prouver *l'absence de qualité* de l'exécution). Par exemple, l'entrepreneur doit établir qu'il a exécuté les travaux et le maître de l'ouvrage doit prouver que ces travaux sont affectés de malfaçons. Cette distinction se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation fran-

³⁰. En Belgique: B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015/2, pp. 597 et s., n° 127; 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, pp. 683 et s., n° 22; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 145; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, Formation permanente C.U.P., vol. XXVII, Liège, Edition C.U.P., décembre 1998, pp. 94 et s., n° 11; J. HEENEN, « Preuve de la conformité des marchandises vendues », *R.C.J.B.*, 1952, pp. 207 et s.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story Publishers, 2012, n° 177; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, E.Story-Scientia, 1962, nos 419 et s.; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 20bis, Waterloo, Kluwer, n° 53; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren? », *R.W.*, 2015-2016, pp. 1665 et s., n° 12; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 15, p. 51; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 548. En France: A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2007, n° 408; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2007, p. 495; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, Le rapport d'obligation, Paris, Sirey, 5^e éd., 2007, n° 201; C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, t. III, 2^e partie, 6^e éd., Paris, Economica, 2007, n° 606; Ph. LE TOURNEAU et L. CADDIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1521; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, n° 946; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations – 2 Contrat*, 5^e éd., Paris, Litec, 1995, n° 1019; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, 8^e éd., n° 580; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, 4^e éd., n° 530, p. 600.

³¹. Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 290.

³². B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Coll. *A.P.R.*, Malines, Kluwer, 2013, n° 170; DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 596; J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 46 et s., spéc. pp. 55 et s.; J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 105 et s., n° 8; 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, pp. 513 et s., n° 7; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, t. 1^{er}, 6^e éd., 1965, p. 780, n° 694-2; L. VAN VALCKENBORGH, « De kwalificatie van een verbintenissen als resultaats- of middelverbintenissen », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 222 et s., n° 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, n° 130.

³³. Pour des développements plus importants sur cette question, voy. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle: la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », in S. STIJNS et P. WÉRY (éds.), *Le juge et le contrat*, Bruges, la Chartre, 2014, pp. 409 et s.

³⁴. E. BARTIN sur AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal-Billard et Godde, t. XII, 5^e éd., 1922, § 749, note 19bis; R. BEINEIX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 665; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, n° 700; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, Montchrestien, t. 1^{er}, 6^e éd., 1965, p. 785 note 7; M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doctr., 2011, pp. 465 et s., n° 15; A. BÉNABENT, note sous Cass., 19 mars 1996, *Defrénois*, 1996, p. 1437; P. JOURDAIN, note sous Cass., 14 février 1996 et 19 mars 1996, *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 27; J.-L. MOURALIS, v° *Preuve, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n° 994; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, 4^e éd., n° 530, p. 600; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, Le rapport d'obligation, Paris, Sirey, 5^e éd., 2007, n° 202.

çaise³⁵. Certains auteurs belges y ont fait écho³⁶. Il convient alors de distinguer l'absence d'exécution et l'absence de résultat. S'il n'y a pas d'exécution, il n'y évidemment pas de résultat. Toutefois, il se peut que le débiteur se soit exécuté (il a fait quelque chose) mais que le résultat ne soit néanmoins pas atteint (l'action du débiteur est insuffisante).

Si on transpose cette distinction dans notre discussion, le deuxième stade du raisonnement devrait se diviser en deux sous-hypothèses, même si l'obligation d'information est une obligation de résultat:

Stade 2 – A: le débiteur doit prouver qu'il a exécuté son obligation (l'existence de l'exécution);

Stade 2 – B: le créancier doit prouver le fait que cette exécution n'est pas de bonne qualité (le résultat n'est pas atteint).

Dans ce contexte, il appartiendrait au débiteur de l'obligation d'information (le professionnel) de prouver le fait de l'exécution: il a bien transmis les renseignements à son

client/patient. Il reviendrait alors au créancier de l'obligation d'information (le client/patient) de démontrer que les renseignements transmis n'étaient pas complets, compréhensibles ou pertinents et ne lui ont pas permis de prendre attitude en connaissance de cause³⁷. Un jugement récent du tribunal de première instance francophone de Bruxelles fait application, pour la première fois, de cette distinction en matière de responsabilité médicale³⁸. Le tribunal expose à ce sujet: « Il résulte des considérations qui précèdent que, 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 (p. ex. 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. » Dans ce type de raisonnement, l'arrêt commenté de 2015 trouve toute sa logique et pourrait effectivement bien être la dernière étape de l'évolution de la jurisprudence.

4. CONCLUSION

Difficile de tirer une conclusion de cet examen, vu la versatilité de la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière. La disposition appliquée (art. 1315 C. civ.) a été invoquée par d'éminents auteurs dans des sens opposés. Il n'est donc pas possible de s'appuyer sur une solide interprétation de cet article pour en tirer des conclusions claires. Le concept d'obligation de résultat ne nous est pas non plus d'un grand secours. D'une part, il n'est pas certain que l'obligation d'information et de conseil puisse être qualifiée de manière uniforme d'obligation de moyens ou de résultat.

D'autre part, quand bien même s'agirait-il d'une obligation de résultat, la dispersion des opinions doctrinales concernant la preuve de l'absence de résultat n'autorise pas non plus une conclusion certaine. Tout au plus peut-on trouver des raisonnements, tels que la distinction entre la preuve de l'exécution de l'obligation et la preuve de son caractère satisfaisant, qui permettraient de soutenir la solution retenue par la Cour dans son arrêt du 25 juin 2015. Il faudra donc attendre une répétition pour savoir enfin si l'arrêt d'une jurisprudence constante de la Cour.

³⁵. *La charge de la preuve de l'exécution pèse sur le débiteur en l'absence totale d'exécution*: Cass. fr., 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 302, note LARROUMET; *R.T.D. civ.*, 1989, p. 558, note JOURDAIN; Cass. fr., 19 mars 1996, *Bull. civ.*, I, n° 147; *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 27, note JOURDAIN; *R.T.D. civ.*, 1997, p. 142; *Defrénois*, 1996, p. 1437, note BÉNABENT. *La charge de la preuve pèse sur le créancier en cas d'exécution défectueuse*: Cass. fr. comm., 3 décembre 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 409; Cass. fr., 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 302, note LARROUMET; *R.T.D. civ.*, 1989, p. 558, note JOURDAIN; Cass. fr., 14 février 1996, *Bull. civ.*, III, n° 46; *R.J.D.A.*, 1996, n° 1418; *Dall.*, 1997, somm. commentés, p. 27, obs. JOURDAIN; *R.T.D. civ.*, 1997, p. 142; *Defrénois*, 1996, p. 1077, note BÉNABENT; Cass. fr., 3 juillet 1996, *Dall. Aff.*, 1996, p. 1161; *R.J.D.A.*, 1996, n° 1418; Cass. fr., 7 février 2006, *Bull. civ.* I, n° 60.

³⁶. A. DE BERSAQUES, note, *R.C.J.B.*, 1949 p. 135, n°11; N. VERHEYDEN, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larquier, 1991, n°s 162 et s.; J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *R.C.J.B.*, 1959, p. 62, n° 16; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 15, p. 51.

³⁷. Dans le même sens: M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 430 et s., not. n° 551.

³⁸. *Civ. Bruxelles fr.* (77^e ch.), 5 avril 2016, R.G. 05/8357/A, *J.T.*, 2016, p. 404, note GLANSBORFF.