

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La perte d'une chance ... de prouver

Cataldo, Andréa; Putz, Audrey

*Published in:*

Trois conditions pour une responsabilité civile

*Publication date:*

2016

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Cataldo, A & Putz, A 2016, La perte d'une chance ... de prouver. dans *Trois conditions pour une responsabilité civile: sept regards*. Anthemis, Limal, pp. 145-194.

#### General rights

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

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

#### Take down policy

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

# La perte d'une chance... de prouver

Andrea CATALDO  
Assistant à l'Université de Namur  
Avocat au barreau de Namur

avec la collaboration d'Audrey PÜTZ  
Maître de conférences à l'Université de Namur  
Avocate au barreau du Brabant wallon

## Introduction

Aux frontières du dommage et du lien causal prend place une construction juridique passionnément débattue au cours des dernières années<sup>1</sup>. Renvoyant inlassablement aux principes qui entourent ces deux conditions de la responsabilité, nécessitant logique et précision pour ne pas céder à de trop faciles sirènes, la perte d'une chance apparaît au juriste comme un concept aussi familier que fuyant, au champ d'application presque illimité, autour duquel se nouent et se dénouent, de nos jours, bien des litiges portés devant les cours et tribunaux.

La présente contribution n'a pas pour objectif de livrer une nouvelle synthèse de cette notion, à laquelle se sont déjà attachés plusieurs auteurs. La porte d'entrée choisie est davantage une application particulière de la théorie, qui nous paraissait largement inexplorée par rapport aux questions – très concrètes – qu'elle est susceptible de poser : la perte d'une chance de prouver. Le recours à la perte de chance lorsqu'une victime est confrontée à la disparition d'un élément de preuve, qui aurait peut-être permis son indemnisation, n'est pas nouveau, mais il mérite une systématisation. Il s'agit de comprendre comment la perte de chance peut permettre de reporter une partie de la réparation du dommage sur l'auteur fautivement à l'origine de cette absence de preuve.

Au départ de cas pratiques, nous tenterons de circonscrire les hypothèses dans lesquelles cette application peut être envisagée, tout en les distinguant de celles

<sup>1</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur », in *Droit médical et dommage corporel – État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 211-227 ; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *R.C.J.B.*, 2013/4, pp. 605-624 ; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, pp. 489-497 ; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Limal, Anthemis, 2006, pp. 73-101 ; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 307-321 ; I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, pp. 92-97 ; F. DELOBBE et C. DELVAUX, « La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire ? », in *Droit médical*, CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 267-289.

pour lesquelles une autre solution sera davantage recommandée (chapitre 1). Nous n'échapperons pas à une prise de position dans le débat classique entourant les deux conceptions de la théorie, si tant est que la controverse ne doive pas être dépassée (chapitre 2). Il sera alors temps de donner quelques pistes pour la reconnaissance et l'évaluation des chances perdues, lieu où le flou règne trop souvent (chapitre 3).

## Chapitre 1

### Perdre la chance de prouver un élément de la responsabilité : confusion ?

#### Section 1

##### Position du problème

Au départ créée pour pallier l'absence de préjudice certain, la théorie de la perte d'une chance fut ensuite étendue, afin de contourner une incertitude causale de nature à empêcher l'indemnisation de la victime. Faute de pouvoir démontrer un lien causal certain entre la faute et le dommage subi, il fut admis que la victime puisse solliciter la réparation d'un autre dommage – à savoir la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque – dont le rapport de causalité avec la faute ne prêtait plus à discussion.

Peu à peu, les plaideurs ont été tentés de mobiliser la théorie dès qu'une incertitude entourait un élément du litige soumis à l'appréciation du juge. Cela n'a pas manqué d'entraîner des applications tantôt justifiées tantôt fantaisistes, régulièrement soumises au regard de la Cour de cassation. À notre connaissance, cette dernière n'a pas encore eu l'occasion de se pencher expressément sur celle résultant de la disparition fautive d'un moyen de preuve.

La victime qui entend obtenir réparation d'un dommage a la charge de prouver les faits qu'elle allègue et la réunion des conditions propres à engager la responsabilité d'un tiers : l'existence d'une faute ou d'un fait générateur, d'un dommage et du lien de causalité. Il arrive fréquemment que cet écueil ne puisse être franchi, faute de rassembler les éléments de preuve suffisants : la personne lésée se retrouve en principe privée d'indemnisation. Dans certains cas, le manque de preuve résulte plus précisément d'une disparition des moyens de preuve bel et bien présents au départ, disparition qui peut être imputable au fait fautif d'une personne qui les avait à disposition. Il se peut aussi que la constitution même de la preuve soit empêchée par un fait fautif. La victime est alors naturellement tentée de rechercher la responsabilité de l'auteur de ce dernier, en prétendant qu'il l'a privée de l'indemnisation qu'elle aurait pu

escompter. Cette nouvelle prétention est généralement formulée sous l'angle de la perte d'une chance, celle de voir engagée la responsabilité – demeurée non prouvée – de l'auteur de la faute à l'origine du dommage réellement subi<sup>2</sup>. La personne lésée doit établir qu'en l'absence de la nouvelle faute ainsi visée, elle aurait eu une chance de prouver la responsabilité de l'auteur du dommage qu'elle subit directement et d'en obtenir la réparation.

Deux remarques s'imposent dès à présent. Comme nous le verrons, il est tout à fait envisageable que l'auteur des deux fautes visées ci-dessus soit le même, tout comme il peut s'agir de deux personnes différentes : un conducteur commettant un délit de fuite empêche les constatations de l'accident dans lequel il est directement impliqué, tandis que les services de police qui égarent fautivement le dossier relatif au même accident ne sont pas, techniquement, à l'origine du dommage de la victime. Cela n'est pas de nature à modifier les principes qui seront énoncés, mais l'équité pourrait dicter des solutions différentes.

Par ailleurs, le raisonnement qui sera tenu est valable aussi bien en matière extracontractuelle qu'en matière contractuelle. Il n'implique toutefois pas une application de l'article 1348 du Code civil. Cette disposition range parmi les cas d'impossibilité de prouver par écrit la perte du titre probant résultant d'une force majeure : la situation est différente de celle qui nous intéresse où la faute d'un tiers est à l'origine de la perte et où il s'agit de rechercher la responsabilité de ce tiers, pour le dommage qu'il contribue à causer, par cette perte, à la personne lésée. Cette faute sera généralement considérée comme établie dans les développements qui suivront. On se gardera de la confondre avec le fait générateur matériellement à l'origine du dommage réellement subi, qui demeurera, le cas échéant, impossible à établir précisément à cause de la disparition de la pièce probante.

La principale question qui se pose dans le cadre de cette étude est celle de savoir si la solution à donner aux cas que nous verrons doit différer de la façon dont sont habituellement rencontrées les hypothèses de pertes de chance. Comment se positionner dans la dichotomie traditionnelle perte d'une chance d'obtenir un avantage/perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque ? Nous progresserons en distinguant les trois conditions de la responsabilité, chacune étant susceptible d'être concernée par la preuve en souffrance.

<sup>2</sup> L'expression, visant le dommage ressenti en premier chef par la victime (ses lésions corporelles, les dégâts matériels à son véhicule, la perte des bénéfices d'un compte en banque, etc.), est volontairement reprise de l'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004, à l'origine d'une remise en question de la conception extensive de la théorie de la perte de chance sur laquelle nous reviendrons : « Attendu qu'il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé ; Que ce lien suppose que sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit ; Que le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage » (Cass. (ch. réun.), 1<sup>er</sup> avril 2004, R.G. n<sup>os</sup> C.01.0211.F et C.01.0217.F, *J.D.J.*, 2004, liv. 239, p. 44, note ; *R.W.*, 2004-2005, p. 106, note I. BOONE ; *J.T.*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE ; *R.G.D.C.*, 2005, p. 368, note C. EYBEN ; *N.J.W.*, 2005, p. 628, note S. LIERMAN ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1076, note E. MONTERO et A. PÜTZ).

## Section 2

## L'élément à prouver

La perte d'une chance de prouver la responsabilité est invoquée en jurisprudence dans des domaines variés. En comptant sur l'imagination des plaideurs, il est possible de multiplier les situations dans lesquelles il pourrait être fait appel à cette construction. À chaque fois, c'est un élément particulier de la responsabilité qui fait défaut alors qu'en l'absence de faute relative à la preuve, la victime aurait eu toutes les cartes en main pour établir cette responsabilité. Autrement dit, par la faute privant la victime des éléments de preuve, celle-ci se retrouve dans l'impossibilité de démontrer soit une faute (à l'origine du dommage réellement subi) (§ 1), soit la réalité ou l'étendue de son dommage (§ 2), soit encore le lien de causalité entre la faute et le dommage (§ 3). La démarche qui suit se veut, dans un premier temps, essentiellement descriptive, ce qui permettra ensuite d'éprouver la validité de la théorie.

## § 1. La faute

C'est sans aucun doute au niveau de la faute que la perte de chance de prouver la responsabilité se rencontre le plus souvent. La personne à l'origine de la disparition du moyen de preuve rend impossible l'établissement de la faute et, partant, de la responsabilité tout entière. Dans cette hypothèse, un dommage concret peut être observé, mais il demeurera à jamais impossible de rattacher celui-ci à un fait générateur en particulier, alors que la pièce perdue l'aurait peut-être permis. Prenons plusieurs exemples.

A. *Accidents de la circulation*

La situation la plus fréquente semble avoir trait aux conséquences d'un délit de fuite ou, plus largement, de l'absence de collaboration aux constatations relatives à un accident de la route.

Le préjudice résultant d'un délit de fuite ne se confond pas avec le dommage consécutif à un accident, puisqu'ils trouvent leur origine dans des fautes distinctes<sup>3</sup>. Le dommage matériel ou corporel observé est généralement dû à une infraction au Code de la route ou à un défaut de prudence et de diligence, tandis que le délit de fuite empêche que puissent être déterminées les responsabilités dans l'accident. Une fois établi, « le délit de fuite ne présente aucun lien avec ce dommage et n'entraîne aucune présomption de responsabilité »<sup>4</sup>. Le dommage que peut alors invoquer la victime ne résulte pas pour autant d'une « frustration purement intellectuelle », car on se trouve « devant

un préjudice présentant un aspect matériel important »<sup>5</sup>. Dans l'espèce ayant donné lieu à cette dernière appréciation, la Cour d'appel de Bruxelles était confrontée à un accident de croisement ; les juges décidèrent qu'« il est plus que probable que les responsabilités en cause auraient pu être déterminées » et qu'il existe en théorie « autant de chances qu'un accident de croisement soit imputable à un conducteur plutôt qu'à l'autre ; qu'il est également possible qu'il soit dû à leurs fautes conjointes ».

Dans une autre espèce, le chauffeur d'un autobus de la STIB, entré en collision avec une voiture, s'était soustrait à la rédaction d'un constat contradictoire, obéissant aux injonctions de son contrôleur de n'établir d'autre document qu'un formulaire de renseignements. La victime poursuivait, à titre subsidiaire, la perte d'une chance de prouver en s'appuyant sur l'article 52.2 du Code de la route<sup>6</sup>. La défenderesse, quant à elle, soutenait que l'absence de constat contradictoire ne suffisait pas à démontrer l'existence de l'élément moral de l'infraction ni la réalité de la perte d'une chance. Argument qui n'emporta pas la conviction du tribunal : « Contrairement à ce que plaide la STIB, la perte de cette chance ne doit pas être déterminée de façon certaine mais raisonnable<sup>7</sup>, et le tribunal constate que l'appelant a perdu la chance, qui apparaît en l'espèce manifestement sérieuse, de rencontrer et éventuellement contrer immédiatement la version de l'autre conducteur sur un document établi en commun, et de recueillir des témoignages »<sup>8</sup>. Il reste qu'un constat amiable, même établi en commun, peut présenter des versions totalement contradictoires et n'exclut pas nécessairement toutes les difficultés relatives à la charge de la preuve ; raison de plus pour ne parler que de « chances » perdues. Le Tribunal de première instance de Bruxelles rappelle adéquatement les règles fondamentales gouvernant la charge de la preuve. Le tribunal de police avait retenu la responsabilité du conducteur qui avait abandonné son véhicule après un sinistre et pris la fuite à pied ; plus précisément, le juge l'avait inadéquatement condamné à réparer l'entièreté du préjudice, alors qu'il semblait pourtant retenir la perte d'une chance de prouver la responsabilité. Il est vrai que plusieurs questions se posaient. En effet, il n'était déjà pas certain que le véhicule abandonné ait été impliqué dans l'accident. Ensuite, dans cette hypothèse, les dégâts étaient également compatibles avec un refus de priorité à ce même véhicule. Réformant la décision, les juges d'appel décidèrent qu'« il appartient [...] à la demanderesse originaire d'établir que la chance perdue

<sup>5</sup> Bruxelles, 27 juin 1991, R.G.A.R., 1992, n° 12032.

<sup>6</sup> « Toute personne impliquée dans un accident ayant provoqué des dommages exclusivement matériels doit : [...] 2° rester sur place afin de faire en commun les constatations nécessaires, ou, à défaut d'accord entre les parties, de permettre à un agent qualifié de procéder à ces constatations. Si aucun agent qualifié n'a pu être touché dans un délai raisonnable, il est loisible aux personnes impliquées de faire la déclaration de l'accident dès que possible, soit au bureau de police ou de gendarmerie le plus proche, soit à celui de leur domicile ou de leur résidence ».

<sup>7</sup> Cette formulation est quelque peu douteuse, car, si la chance doit être à tout le moins raisonnable, sa perte doit toujours être établie avec certitude (voy. *infra*, p. 180).

<sup>8</sup> Civ. Bruxelles, 20 avril 2006, C.R.A., 2007, p. 395.

<sup>3</sup> Pol. Hasselt, 5 mars 1997, *Bull. ass.*, 1997, p. 654.

<sup>4</sup> Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, *Bull. ass.*, 2006, p. 217. Pour cette raison, une constitution de partie civile à l'encontre d'un prévenu poursuivi uniquement du chef de délit de fuite n'est pas envisageable.

d'établir en l'occurrence les responsabilités présentait un caractère suffisamment sérieux pour être admise à réparation et d'en déterminer la proportion, ce qu'elle reste en défaut de faire »<sup>9</sup>.

Poussant l'analyse, une frange de la jurisprudence considère que la perte de chance de prouver les responsabilités après un délit de fuite « suppose l'existence d'éléments matériels de nature à établir que les dégâts trouvés sur un véhicule ne peuvent trouver leur explication que suite au contact avec l'autre véhicule. C'est seulement ensuite que peut être examiné le fait de savoir si le fait d'avoir quitté les lieux a constitué une perte de chance pour son adversaire d'établir sa responsabilité et partant permet à elle seule d'obtenir indemnisation »<sup>10</sup>. Cette appréciation présente une certaine cohérence, encore que la responsabilité d'un accident de la route n'implique pas *ipso facto* un contact physique entre véhicules. Le demandeur en réparation doit en tout cas démontrer que, sans le délit de fuite, il aurait pu disposer d'éléments complémentaires lui permettant d'apporter la preuve d'une faute en relation causale avec l'accident et ses conséquences<sup>11</sup>.

Si cette preuve est rapportée, l'étape suivante consiste à évaluer la chance en question, une deuxième difficulté face à laquelle deux tendances se dégagent. Certains juges hasardent à retenir un pourcentage, en évaluant, par exemple, à 50 % la chance que la victime aurait eue d'établir la responsabilité du fuyard s'il ne s'était pas soustrait à ses obligations<sup>12</sup>. De façon sans doute plus modérée, un second courant considère, par contre, que le préjudice résultant de la perte de chance ne peut être évalué qu'en équité et est sans rapport avec le dommage matériel ou corporel effectivement constaté à la suite de l'accident<sup>13</sup>.

### B. Perte de dossier médical ou répressif

L'exemple suivant est particulièrement marquant. Et interpellant.

Après une opération de *by-pass* coronaire, un patient doit subir une nouvelle intervention dont la cause demeure indéterminée : il soutenait qu'elle aurait été rendue nécessaire par l'oubli d'une compresse, thèse qu'il fondait sur une confiance d'un membre de l'institution hospitalière dont il ne connaissait ni la fonction ni l'identité ; le corps médical, pour sa part, invoquait une complication bien connue de la première intervention, à savoir la présence d'un « sternum flottant ». Le dossier médical produit ne contenait aucun document relatif à la seconde opération. Or, c'est le C.P.A.S. qui était en charge de la garde et de la conservation des dossiers médicaux dans ses archives. C'est finalement ce dernier

qui fut condamné sur la base de la perte de chance de prouver l'éventuelle faute du personnel hospitalier : « Il est évident que la décision d'opérer à nouveau le demandeur le 9 mai 1993 fut prise à l'issue d'un diagnostic (oubli de compresse ou sternum flottant) s'appuyant sur des supports objectifs (radiographies, résultats d'autres examens médicaux) ; Qu'il suffit, à cet égard, d'avoir à l'esprit que suivant un usage déjà fort répandu en 1993 dans tous les hôpitaux, les compresses utilisées dans le cadre d'interventions chirurgicales telles que celles de l'espèce sont munies d'un fil de métal qui permet de déceler leur présence lors des radiographies de contrôle ; Que, dans ces conditions, la perte de ces documents apparaît de nature *providentielle* et met le demandeur dans l'impossibilité pratique de rapporter positivement la preuve de la faute qu'il allègue ». Et le tribunal de considérer, « au vu des circonstances de l'espèce », que le C.P.A.S., à qui cette situation était imputable, avait fait perdre au demandeur une chance d'établir le bien-fondé de son action contre les médecins, évaluée à... 90 % du préjudice concrètement subi par le patient<sup>14</sup>.

On remarque immédiatement la différence entre ce cas et ceux examinés avant. S'il a également fait perdre à la victime une chance de prouver une faute éventuelle, le C.P.A.S., contrairement à l'auteur d'un délit de fuite, n'est en aucun cas la personne qui pourrait être à l'origine du dommage subi par le patient. Si le dossier médical n'avait pas été perdu, c'est éventuellement le médecin ou l'hôpital dont la responsabilité aurait pu être établie, mais pas le C.P.A.S. lui-même qui n'était chargé que de la conservation d'un dossier. À cet égard, la décision de baser l'évaluation de la chance perdue sur une fraction – aussi importante – du dommage final peut heurter. Sans doute peut-on considérer que, par sa faute, le C.P.A.S. prive définitivement le patient de l'indemnisation à laquelle ce dernier aurait pu prétendre, et que cette valeur économique représente un préjudice dont il doit assumer la charge, du moins pour partie, mais une telle condamnation surprend<sup>15</sup>.

Il est également arrivé que des services de police soient condamnés, à la suite de la perte d'un dossier, pour avoir fait perdre à la victime une chance de rapporter la preuve de son accident<sup>16</sup>, ou que l'on s'interroge sur l'existence d'une perte de chance réelle d'identifier l'auteur de celui-ci<sup>17</sup>. Une autre

<sup>14</sup> Civ. Bruxelles, 10 octobre 1996, R.G.A.R., 1998, n° 13014.

<sup>15</sup> À noter que, dans la suite de sa motivation, le tribunal soulignait que « le dommage auquel pourrait prétendre le demandeur, s'il était établi qu'un oubli de compresse était la cause de la seconde intervention, appara[ît] d'emblée fort réduit ». Le C.P.A.S. a finalement été condamné au paiement de 45 000 francs belges, soit 90 % de 50 000 francs belges. Cela n'est sans doute pas étranger à la décision retenue.

<sup>16</sup> Pol. Bruxelles, 6 décembre 2005, C.R.A., 2007, p. 260.

<sup>17</sup> Pol. Bruxelles, 18 avril 2013, Bull. ass., 2014, p. 67 : « Lorsqu'une personne lésée affirme subir un dommage du fait de la perte d'un dossier répressif ou du moins de certaines pièces de celui-ci, il convient de tenir compte lors de l'appréciation du délai de prescription concernant l'acte illicite commis par les pouvoirs publics non pas de la date de l'accident de la circulation, mais bien de la date à laquelle la personne lésée a pu prendre connaissance du fait qu'une partie des pièces initiales [n'est] plus disponibl[e]. Afin que la personne lésée puisse malgré tout tenter une action en réparation du dommage contre les pouvoirs publics, y compris au titre de la "perte d'une chance", il lui appartient de démontrer que le dossier répressif initial contenait les pièces qui auraient permis de désigner le responsable ».

<sup>9</sup> Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, Bull. ass., 2006, p. 217.

<sup>10</sup> Pol. Liège, 6 juin 2005, J.J.Pol., 2006, p. 173.

<sup>11</sup> Pol. Bruxelles, 18 mai 2006, C.R.A., 2008, p. 216 : le juge est d'avis que, même si le conducteur était resté sur place, les parties seraient restées contraires en fait et que cela n'aurait donc rien changé à l'issue du litige. Il faut dire qu'en l'espèce, une demi-heure après les faits, la police avait pu entendre le fugitif et examiner son véhicule.

<sup>12</sup> Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, précité.

<sup>13</sup> Bruxelles, 27 juin 1991, précité ; Pol. Furnes, 11 avril 2011, C.R.A., 2011, p. 5.

situation est celle où il serait reproché aux autorités publiques de ne pas avoir accompli les devoirs qui auraient effectivement permis de se constituer la preuve recherchée<sup>18</sup>.

## § 2. Le dommage

### A. Exemple tiré du secteur bancaire

Dans une décision inédite<sup>19</sup>, la Cour d'appel de Liège a eu à connaître de la succession d'un couple qui, de son vivant, avait confié la gestion de son portefeuille d'actions à l'un de ses héritiers. La demande était introduite par les autres héritiers, qui reprochaient au mandataire en question ainsi qu'à la banque d'avoir rendu impossible la détermination des sommes leur revenant à la suite de la perte de documents bancaires. Ceux-ci auraient permis de vérifier si, dans sa gestion, le mandataire s'était rendu coupable de détournements, constitutifs d'un dommage pour les ayants droit.

La cour constate que le mandataire a manqué à son obligation de rendre compte de la gestion des avoirs qui lui avaient été confiés et n'a pas collaboré à la manifestation de la vérité. De même, une faute est retenue dans le chef de la banque pour avoir manqué à ses devoirs de collaboration et d'exécution de bonne foi des conventions en laissant sans suite les demandes d'informations qui lui avaient été adressées par ses clients, et pour avoir laissé disparaître les documents bancaires qui auraient permis de vérifier la manière dont le portefeuille avait été géré. Mais il faut dire aussi que les époux, avant de déléguer cette gestion, n'avaient eux-mêmes pas toujours fait preuve d'une totale transparence.

On peut considérer dans cette situation que les manquements reprochés ont eu pour effet la disparition des moyens de preuve propres à déterminer l'existence ou l'étendue du préjudice, bien que ce soit en statuant sur le lien de causalité entre les fautes et cette perte de chance que les juges ont rejeté la demande : « Au vu de ces nombreux intervenants successifs, du caractère occulte de la gestion du patrimoine par les époux O.-G. et du temps écoulé, force est de constater que les intimés, demandeurs en réparation, restent en défaut d'établir un lien de condition *sine qua non* entre la faute imputée à L.G. et la perte de chance qu'ils invoquent, à savoir d'établir ou de chiffrer leur dommage »<sup>20</sup>. Préalablement, au terme d'une mission ordonnée par la cour, l'expert judiciaire avait conclu que la gestion occulte des titres était telle qu'il était devenu impossible de déterminer l'affectation et l'attribution des fonds, valeurs et revenus.

<sup>18</sup> Liège (3<sup>e</sup> ch.), 3 juin 2015, inédit, R.G. n° 2014/731, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

<sup>19</sup> Liège (7<sup>e</sup> ch.), 2 avril 2015, inédit, R.G. n° 212/868.

<sup>20</sup> Cette décision a d'ailleurs fait l'objet d'une cassation, la Cour suprême considérant que les juges d'appel ne pouvaient plus statuer sur la question du lien de causalité déjà tranchée par un arrêt antérieur. Ce faisant, ils ont violé l'article 19, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire. Seule la question du caractère indemnisable du dommage faisait l'objet de la réouverture des débats à l'origine de l'arrêt du 2 avril 2015, ce qui confirme notre intuition (Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 19 février 2016, inédit, R.G. n° C.15.0336.F).

### B. Une hypothèse comparable : l'impossibilité de déterminer la consistance d'un patrimoine

Il se peut que la perte d'une chance de prouver ne se rapporte pas, à strictement parler, à un élément de la responsabilité, mais ait trait à la preuve de l'existence ou de l'étendue d'une valeur patrimoniale. L'hypothèse se rapproche, à certains égards, de celle relative à l'élément « dommage » (d'où sa place dans cette section) et mérite un mot d'explication ; elle démontre en effet que la perte d'une chance de prouver dépasse les hypothèses de responsabilité sous-jacente.

Imaginons le cas suivant. Un couple divorce et le patrimoine conjugal fait l'objet d'une liquidation-partage. Dans le cadre de celle-ci, l'ex-époux invoque des dépenses réalisées durant la vie commune à partir de fonds propres, de nature à modifier les comptes entre parties. Madame, ayant conservé la jouissance du domicile familial, est demeurée en possession de certaines affaires de Monsieur, dont des documents susceptibles, selon lui, de prouver la réalité de ces dépenses. La communication étant complètement rompue entre les ex-époux et Monsieur ne se montrant pas pressé de récupérer les caisses qui encombrant Madame, celle-ci prévient le conseil de son ex-mari que, faute de réaction sous quinzaine, elle se débarrassera de l'ensemble de ses affaires et n'en répondra plus. Le conseil de Monsieur ne donne pas suite à cette mise en demeure et, une fois évacués, les papiers qui auraient pu servir de preuve disparaîtront, sans doute emportés par les services d'ébouage. Les comptes entre parties s'établiront donc sans avoir égard aux prétentions de l'ex-mari<sup>21</sup>.

Comment se comporterait un juge confronté à une action en responsabilité intentée contre l'avocat négligent ? On le voit, le dommage subi par le client ne prend pas place dans un cadre où il s'agit de rechercher, à proprement parler, la responsabilité de l'ex-épouse. Parler de chance perdue de prouver un élément de responsabilité serait donc impropre. Par contre, l'avocat a bien fait perdre à son client une chance de prouver la réalité et la consistance d'un élément de son patrimoine, qu'il aurait pu revendiquer à le considérer comme établi. Comme la perte d'une chance de prouver un élément de la responsabilité, cette perte peut être constitutive d'un dommage imputable à l'avocat.

Comment évaluer une telle perte de chance, alors que la prétention du client ne se basera finalement que sur sa propre déclaration unilatérale ? De deux choses l'une, soit le demandeur ne parvient pas à démontrer que les documents qu'il invoque auraient effectivement permis de prouver la réalité de sa prétention vis-à-vis de son ex-épouse, auquel cas la perte d'une chance de prouver quelque chose n'est pas certaine ; soit, par un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes, le juge s'estime convaincu par la réalité de cette preuve perdue : du même coup, l'existence d'un dommage, dans son principe, est établie, et c'est seulement son étendue qui reste indéterminée.

<sup>21</sup> Sous réserve des règles relatives à l'administration de la preuve en matière civile, notamment l'article 1348 du Code civil (perte du titre).

Dans ce dernier exemple comme dans le précédent, les mêmes difficultés sont à noter. Que l'on s'inscrive dans un contexte de responsabilité découlant d'une autre faute ou que l'on soit confronté à la détermination d'une perte concrète, il semble que la faute à l'origine de la perte de l'élément de preuve relatif au dommage puisse donner lieu à réparation, pour autant toutefois que la perte de chance invoquée soit réelle, et non simplement hypothétique, et qu'elle se traduise donc par un dommage certain à tout le moins dans son principe.

### C. *Domaine médical*

Un patient s'était rendu chez son médecin traitant, inquiet par un grain de beauté qui le gênait dans le dos. Le médecin avait procédé à l'enlèvement et jeté le tissu excisé. Mais les douleurs persistèrent, et le patient finit par consulter un dermatologue quelques mois plus tard ; à son tour, celui-ci constata une granulation, l'enleva et la fit analyser. C'est alors que fut diagnostiqué un mélanome alarmant, qui ne pouvait plus être traité efficacement.

Les héritiers du patient décédé poursuivirent le médecin traitant en lui reprochant d'avoir fait perdre à leur auteur une chance de survivre. Certes, le praticien avait bien commis une faute en ne procédant pas à une analyse du grain de beauté et en ne redirigeant pas immédiatement le patient vers un spécialiste, mais tout le problème résultait du fait qu'à supposer même que le médecin ait fait preuve de la plus grande diligence, rien ne permettait de soutenir que le patient aurait encore présenté, à ce moment, une chance réelle et sérieuse d'être pris en charge efficacement et de guérir. En se débarrassant du tissu excisé, le généraliste avait, en effet, éliminé la pièce à conviction, qui seule aurait permis de déterminer l'existence des chances en question. Le tribunal saisi de l'affaire ne pouvait dès lors pas condamner le défendeur sur la base de la perte d'une chance de survie qui n'était pas démontrée à suffisance. Il se replia en retenant la perte d'une chance de prouver les chances de survie ou, autrement dit, la perte d'une chance de prouver... une perte de chance, qu'il évalua *ex aequo et bono*<sup>22</sup>. Une doctrine flamande a qualifié cette décision de « double application de perte de chance », soit la perte de chance de prouver quelque chose, ce « quelque chose » faisant à son tour référence à la perte de chances de survie<sup>23</sup>.

Selon B. Weyts et Q. De Raedt, l'élément qui est l'objet de la preuve perdue est ici le dommage, puisque la faute reprochée empêche de savoir si la victime disposait bel et bien d'un capital de chances, et en quelle proportion. Le cas est particulier, en ce que, là où d'habitude la perte de chance renvoie à des chances certaines dont seule l'issue demeure indéterminée, on est ici confronté à des chances dont l'existence même est indéterminée. En d'autres

<sup>22</sup> Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 224.

<sup>23</sup> B. WEYTS et Q. DE RAEDT, « De verlies van een kans-theorie », in *La justice : enjeux et perspectives de demain*, Limal, Anthemis, 2013, p. 76 ; Q. DE RAEDT, « Het verlies van een kans op het verlies van een kans », note sous Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 229.

termes, la réalité de la chance perdue, condition de sa reconnaissance au titre de dommage réparable, n'est pas établie à suffisance<sup>24</sup>. Les commentateurs sont pourtant d'accord, en équité, avec la solution donnée par le tribunal, seul le moyen d'y arriver (application de la perte d'une chance de prouver une perte de chance) ne les satisfaisant pas<sup>25</sup> ; selon eux, il aurait été plus correct de reconnaître un dommage moral, séparé du dommage corporel, pour l'impossibilité de savoir si ce dernier pouvait, d'une façon ou d'une autre, être rattaché à la faute du médecin<sup>26</sup>.

Encore une fois, il semble pourtant qu'ouvrir la voie à l'indemnisation pour la perte d'une chance de prouver un dommage ne puisse s'autoriser que si l'existence même d'un dommage n'est pas contestable. La preuve perdue pourrait éventuellement avoir trait à la teneur ou l'étendue du dommage, mais non à son existence. À défaut, on voit difficilement comment la victime pourrait arguer d'un intérêt suffisant à agir contre l'auteur de la faute à l'origine de la disparition des preuves. Comment pourrait-elle soutenir qu'elle subit un préjudice résultant pour elle de l'impossibilité de prouver un autre préjudice, dans le cas où ce dernier serait tout à fait hypothétique ? S'agissant d'un dommage dont il est demandé réparation, la perte d'une chance de prouver doit, comme tout dommage, être certaine.

En suivant la présentation des auteurs précités, nous avons classé l'exemple dans la catégorie des pertes de chances de prouver un dommage. Cela visait à ouvrir la discussion. Car nous ne sommes pas convaincus que la condition de la responsabilité qui était en souffrance dans le cas d'espèce soit bien le dommage. En effet, dès lors que le juge avait retenu une faute dans le fait de ne pas réorienter directement le patient vers un spécialiste, et dès lors que le tribunal était confronté à un dommage concret (le décès), toute la question était de savoir si, en l'absence de cette faute, ce dommage se serait réalisé de la même façon. La faute ayant consisté en la perte du tissu probant nous semble donc davantage à l'origine d'une perte de chance de prouver le lien de causalité. Elle seule méritait qu'une indemnisation soit effectivement reconnue à la victime.

### § 3. Le lien causal

Si nous n'avons pas trouvé de cas de jurisprudence envisageant explicitement la perte d'une chance de prouver l'élément causal de la responsabilité, il est à nouveau permis de faire preuve d'imagination.

Soit un médecin dont il serait établi qu'il a injecté à un patient un produit qui n'aurait pas dû l'être. Sa faute est prouvée car un mauvais traitement a ainsi été administré (il serait, par exemple, possible de s'en rendre compte en consultant les listings de médicaments attachés au fichier patient). Le patient

<sup>24</sup> B. WEYTS et Q. DE RAEDT, *op. cit.*, p. 79.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Q. DE RAEDT, *op. cit.*, p. 233.

décède ou conserve à tout le moins des séquelles, sans qu'il soit possible d'affirmer que celles-ci sont consécutives à l'administration du produit incriminé. En effet, pour reprendre l'exemple de la perte d'une pièce reprise au dossier médical, imaginons que les relevés sanguins du patient aient été égarés par l'hôpital. Sans ces relevés, il s'avère impossible d'analyser le dommage de la victime à l'aune de son état de santé tel qu'il se présentait avant l'injection. En d'autres termes, on ne peut déterminer la cause du dommage. Le patient pourrait envisager une action contre l'hôpital en charge du dossier pour lui avoir fait perdre une chance d'établir le lien de causalité entre la faute du médecin et le dommage subi.

En y regardant de plus près, la situation donnerait lieu à une évaluation en tout point comparable à une hypothèse classique de perte d'une chance. Car, à côté de la responsabilité que l'hôpital engage du fait de sa faute dans la conservation du dossier, le patient conserve ici la possibilité de rechercher la responsabilité du médecin, non pas pour l'intégralité du dommage subi (la perte de l'instrument de preuve est telle que le lien causal avec ce dommage restera indéterminé), mais pour avoir fait perdre une chance au patient d'éviter ce dommage. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de mesurer la proportion dans laquelle l'administration du mauvais produit peut être à l'origine du dommage réellement subi, et c'est seulement dans cette proportion que la responsabilité tant du médecin que de l'hôpital peut être recherchée. L'hôpital ne pourrait être condamné que s'il a privé le patient d'une chance réelle de faire retenir la responsabilité du médecin, laquelle responsabilité ne peut plus être appréciée que sous l'angle de la perte d'une chance. À la différence des cas de figure analysés jusqu'ici, l'auteur présumé du dommage réellement subi peut donc toujours être poursuivi, en invoquant une première perte de chance ; mais la victime dispose également d'un recours contre l'auteur d'une autre faute, celle qui lui fait perdre la chance d'établir la responsabilité totale de l'auteur de la première perte de chance. Cela peut présenter un intérêt chaque fois que la responsabilité du premier ne peut plus être utilement mise en œuvre, que l'on songe à un problème de prescription ou même de solvabilité.

La perte d'une chance de prouver le lien de causalité entre une faute établie et le dommage réalisé qui en a *peut-être* découlé semble donc tout autant concevable que la perte d'une chance de prouver une faute ou un dommage. S'il n'en a pas été trouvé d'application explicite, c'est peut-être à cause du fait que dommage et lien causal sont finalement les deux faces d'une même médaille<sup>27</sup>. L'exemple du grain de beauté avait déjà permis d'attirer l'attention sur une possible confusion.

<sup>27</sup> Voy. L. CORNELIS, « Le temps de l'air », in *Liber amicorum J.-L. Fagnart*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Anthemis, 2008, p. 431 ; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? », note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, R.G.D.C., 2006, p. 117 ; voy. également Cass., 9 octobre 2015, R.G. n° C.14.0277.F, sur lequel nous reviendrons, qui assimile d'une certaine façon preuve d'une chance « sérieuse » et lien causal.

### Section 3

## La réparation de la perte de chance de prouver

Dans les illustrations examinées, un recours a été fait à la qualification de perte de chance de prouver, que l'évaluation de celle-ci ait finalement pris la forme d'un forfait en équité ou que la réparation octroyée ait été décrite comme un pourcentage du dommage *réalisé*. Au-delà des termes utilisés, il est peut-être plus adéquat de se départir complètement de l'idée d'un lien avec ce dernier dommage, pour appréhender un autre préjudice, parfaitement autonome (§ 1). Une place doit néanmoins être maintenue pour la méthode traditionnelle d'indemnisation de la perte de chance (§ 2). Cette section a pour objet de poser les principes d'indemnisation des cas de perte de chance de prouver. Les méthodes d'évaluation concrète seront approfondies plus loin (chapitre 3).

### § 1. Reconnaissance d'un dommage autonome

Revenant à l'origine historique de la théorie de la perte de chance, on peut reprendre l'exemple type du cheval de compétition empêché de prendre part à une course hippique par une faute du transporteur<sup>28</sup>. Cette illustration est à la base d'une acception restrictive, unanimement admise, de la perte de chance.

Nous y reviendrons ultérieurement, mais une fois reconnu le principe du dommage consistant, pour le propriétaire du cheval, à avoir perdu une chance de remporter le concours, la règle consiste à appliquer la cote donnée au cheval par les *bookmakers*, censée traduire la probabilité de victoire, à l'enjeu de la course, pour déterminer le montant de la condamnation du transporteur<sup>29</sup>. Il serait, en effet, injuste de faire peser sur ce dernier l'aléa qui entourait de toute façon la compétition en le condamnant à payer le montant total des gains espérés.

Ce raisonnement implique toutefois, et nous y reviendrons également, que le cheval empêché ait effectivement été inscrit à ladite course et que ses chances aient été sérieuses (voy. *infra*, pp. 180 et s.).

Si la solution est traditionnelle, il apparaît que, dans la rigueur des principes, le propriétaire lésé pourrait opter pour un autre dommage, d'ordre moral cette fois, découlant de la privation du plaisir de concourir. Il suffirait alors que le cheval ait été inscrit à la course, peu importe si ses chances de succès étaient pratiquement nulles. On changerait, dès lors, de point de vue et de préjudice, visant uniquement celui lié à la non-participation<sup>30</sup>. Il ne serait plus question

<sup>28</sup> P. ex., Trib. gr. inst. Senlis, 19 mai 1970 et Paris, 21 novembre 1970, J.C.P., 1972, jur., n° 16990, note A. BENABENT.

<sup>29</sup> « Le tout se résout, comme un calcul devant l'irréparable, dans un calcul de probabilité » (J. HUET, « Perte d'une chance : du plus ou moins classique », *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 117).

<sup>30</sup> Comp. J.-M. BINON, « La réparation de la perte d'une chance dans la jurisprudence européenne : une question de chance ? », in *Liber amicorum J.-L. Fagnart*, op. cit., p. 395 : « À moins d'être appréhendée en tant que préjudice moral lié, par exemple, à la perte d'une chance de reconnaissance de mérites ou de talents, la notion de perte d'une chance, en principe comprise dans son acception matérielle, suppose nécessairement que l'espoir déçu se soit matérialisé par la perte d'un gain, quel qu'il soit ».

de perte de chance de l'emporter. À la rigueur, d'aucuns pourraient même aller jusqu'à défendre l'idée d'un non-cumul entre les deux chefs de préjudices : soit on indemnise le dommage moral de non-participation, et alors on ne serait plus en droit de spéculer sur ce qu'aurait donné une participation à la course ; soit on s'en tient à la perte de chance, mais celle-ci implique alors de faire « comme si » le cheval avait pris le départ et le préjudice de non-participation ne se justifierait plus tellement.

La réflexion est théorique, mais il est possible de la transposer à la perte de chance de prouver<sup>31</sup>. Plutôt que de s'évertuer à viser l'enjeu perdu par l'intermédiaire d'un calcul de probabilité, il est toujours possible de décréter que la faute à l'origine de la perte de la preuve est en lien causal avec un préjudice d'ordre moral, celui résultant pour la victime de la frustration ressentie à ne pas pouvoir établir la réalité de sa prétention.

Depuis plusieurs années, l'idée d'un tel préjudice autonome fait son chemin dans la doctrine belge et française, pour pallier les difficultés liées à une autre application particulière de la perte de chance, celle de la sanction d'un manquement du médecin à son obligation d'information.

Le recours à la perte de chance dans ce contexte ne laisse pas, en effet, de montrer ses limites. Car évaluer la chance perdue revient, « de manière à tout le moins artificielle sinon sévère pour le patient », à « s'autoriser à apprécier, de manière divinatoire, la probabilité d'un refus de soins si l'information avait été correctement délivrée »<sup>32</sup>. En outre, le pouvoir souverain d'appréciation du juge lui permet toujours de considérer que l'intervention réalisée sans le consentement éclairé du patient était de toute façon indispensable et que le patient n'y aurait pas renoncé même muni de la plus complète information sur les risques significatifs de l'intervention ; en écartant ainsi toute idée de perte de chance, le juge prive *de facto* le manquement à l'obligation d'information de sanction effective<sup>33</sup>.

La Cour de cassation française a franchi un pas important en n'hésitant pas à affirmer, par un arrêt du 3 juin 2010, que le non-respect du devoir d'information cause, en soi, au patient un préjudice au sens de l'article 1382 du Code civil que le juge ne peut laisser sans réparation<sup>34</sup>. Ce préjudice ne se confond pas avec les séquelles directes de l'intervention elle-même,

<sup>31</sup> Pour une autre application, Liège, 22 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1758 : « L'appelant ne discute pas le principe d'un dommage moral tendant à l'incertitude causée par la contestation de la responsabilité et, au surplus, prolongée par l'appel. Ce dommage est distinct de celui causé par la perte de chance d'obtenir gain de cause quant au fond à l'égard de l'établissement dont le comportement est jugé responsable du suicide » ; comp. encore Bruxelles, 22 avril 2014, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15122 : « L'accident a certainement fait perdre à E. une chance d'obtenir un diplôme lui permettant d'obtenir une qualification [...]. Ce préjudice spécifique peut être évalué, *ex aequo et bono*, à 5 000 €, indépendamment de l'impact de cette situation sur le plan du préjudice matériel, indemnisé distinctement ».

<sup>32</sup> G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », in *Droit médical et dommage corporel – État des lieux et perspectives*, op. cit., p. 103.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>34</sup> Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109.

que celles-ci soient dues à une faute technique, à un aléa thérapeutique ou tiennent de la survenance d'un risque normal de l'opération, mais constitue un dommage moral propre, « plus limité et mieux ciblé, qui, lui, se trouve en lien causal avec la faute "d'humanisme" ou de "conscience" retenue dans le chef du praticien »<sup>35</sup>.

Derrière cette jurisprudence, on retrouve la préoccupation de ne pas faire du droit à l'information du patient, droit subjectif consacré chez nous dans la loi sur les droits du patient<sup>36</sup>, une coquille vide. Sans se rattacher cette fois à la sanction d'un tel droit subjectif, l'idée d'un préjudice autonome d'ordre moral pourrait néanmoins être transposée à la sanction de la perte de chance de prouver, dès lors que l'on a présenté comme acquis le fait que cette perte était constitutive d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.

Rien ne s'oppose à la reconnaissance d'un préjudice autonome lié à la disparition d'un élément de preuve, si on accepte de lier celle-ci à la condition de survenance d'un dommage concret dans le chef de la victime, à savoir l'existence d'une créance de responsabilité en germe, dont il est impossible d'identifier le débiteur ou la teneur. La même préoccupation se rencontre avec acuité en ce qui concerne le dommage né d'un défaut d'information. La faute consistant alors en une atteinte à un droit subjectif (le droit au consentement libre et éclairé du patient) étroitement lié à l'intégrité physique, il peut s'envisager de ne pas subordonner l'indemnisation à l'existence d'un dommage corporel (et, donc, à la réalisation du risque passé sous silence par le médecin). Cette façon de procéder est d'ailleurs propre à d'autres droits de la personnalité (atteinte à l'honneur, à l'image, etc.)<sup>37</sup>. Elle présente cependant un risque d'expansion non négligeable, susceptible d'aboutir à des solutions non désirées tant elles paraîtraient abstraites en l'absence de tout dommage *réalisé*. Et G. Genicot de relayer l'avis de la majorité des commentateurs, selon lequel le dommage doit prendre la forme d'un véritable « préjudice d'impréparation », qui ne serait reconnu qu'à supposer que le patient subisse un dommage concret à la suite de l'intervention non consentie<sup>38</sup>. Un certain « principe du raisonnable » plaide en ce sens<sup>39</sup>.

Nous pensons que cette condition à la reconnaissance d'un dommage autonome s'impose d'autant plus dans le cas qui nous occupe. Comme il ne s'agit pas de la protection effective d'un droit subjectif de la personnalité, la seule faute à l'origine de la perte des moyens de preuve ne justifie pas, à elle

<sup>35</sup> G. GENICOT, « Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte de chance », obs. sous Liège, 9 septembre 2010, et Liège, 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1090.

<sup>36</sup> Art. 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

<sup>37</sup> D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2 « Le dommage », Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 481-502.

<sup>38</sup> G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », op. cit., pp. 116-117.

<sup>39</sup> P. SARGOS, « Le principe du raisonnable. Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *J.C.P.*, 2009, p. 442, n° 46.

seule, l'octroi de dommages et intérêts<sup>40</sup>. La personne qui se prétend lésée doit donc bien démontrer l'atteinte à un intérêt stable et légitime se doublant d'un préjudice concret<sup>41</sup>. Cela nous semble rencontré toutes les fois que la victime prouve que, sans la faute, elle aurait eu une possibilité réelle d'obtenir la réparation d'un dommage, et que l'existence même d'un dommage n'est pas contestable. Le lien entre les deux dommages (dommage réalisé et dommage autonome) est certainement plus marqué lorsqu'il s'agit d'une chance perdue de prouver que lorsqu'on vise le manquement à l'obligation d'information, car, sans la situation litigieuse initiale, la question des moyens de preuve ne se serait tout simplement pas posée, alors qu'une atteinte au droit à l'information ne préjuge pas de la plus ou moins grande réussite de l'intervention<sup>42</sup>. Ce garde-fou est donc indispensable.

Il s'agit de réparer la chance perdue pour ce qu'elle doit être (un intérêt juridiquement protégé, voy. *infra*, p. 172), et l'exigence de survenance d'un dommage concret permet de ne pas tordre le raisonnement jusqu'au point d'accorder des indemnités pour un préjudice qui serait purement abstrait si la chance a pu être jouée ou que le risque ne se réalise finalement pas<sup>43</sup>. Faute de prouver l'existence d'une situation dommageable sous-jacente, la victime ne démontre pas à suffisance le caractère certain de la perte de chance dont elle réclame la réparation. Or, avant toute chose, « la partie qui prétend avoir perdu la chance d'apporter une preuve doit démontrer que sans la disparition de cet élément, elle aurait eu une chance d'apporter la preuve qu'elle n'apporte pas »<sup>44</sup>. Dans l'exemple relatif à la preuve des comptes entre époux, nous sommes d'avis que l'absence de cette certitude serait rédhitoire.

Cette consécration d'un dommage moral autonome ne va pas, à son tour, sans poser des difficultés : elles ont trait notamment à l'importance des montants qui devraient être accordés par les cours et tribunaux au titre de ce dommage.

Au rang des préoccupations à rencontrer, on trouve l'incontestable risque de voir l'auteur d'un dommage (ou, plus largement, toute personne ayant

<sup>40</sup> Si un dommage n'est pas démontré, sanctionner le comportement punissable à l'origine de la perte des preuves passera éventuellement par d'autres instruments juridiques (ainsi du délit de fuite, élevé au rang d'infraction pénale), mais non par la perte d'une chance, qui n'autorise aucune dérogation aux trois conditions de la responsabilité civile.

<sup>41</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 946-947, n<sup>o</sup> 948-950.

<sup>42</sup> Nous rejoignons les auteurs qui voient d'un mauvais œil la reconnaissance d'un dommage autonome dans ce cas, alors qu'il pourrait presque être soutenu que le défaut d'information du médecin a soulagé le patient d'un stress et d'une difficile prise de décision auxquels il aurait peut-être été soumis si les moindres risques de l'opération lui avaient été exposés ; la réussite finale de l'intervention dans ce contexte révélerait finalement un bénéfice supplémentaire pour le patient, de sorte que la condition de dommage ne serait plus remplie.

<sup>43</sup> Un rapprochement peut être fait avec la création d'un risque, qui constitue une faute. À défaut de preuve d'une répercussion concrète et, donc, de la réalisation finale de ce risque, aucune indemnisation ne devrait être accordée, les conditions de dommage et de lien de causalité n'étant pas réunies. Voy. J.-L. FAGNART, « Le silence et le risque », note sous Cass., 12 mai 2006, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 127 ; G. SCHAMPS, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1998.

<sup>44</sup> J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 93.

un intérêt à ce que la lumière ne soit pas faite sur une situation litigieuse) dissimuler volontairement les moyens de preuve dont il dispose, ce qui peut être tentant si l'enjeu final est pour lui plus grave (en termes financiers ou de réputation par exemple) que la condamnation à laquelle il s'expose avec ce préjudice autonome. Dans ce cas, il est préférable de ne pas abandonner purement et simplement toute idée de réparation liée au préjudice réellement subi : une place pour une perte de chance au sens traditionnel du terme nous semble donc devoir être maintenue, à tout le moins quand la même personne est à l'origine du dommage réalisé et de la perte de la preuve y afférente.

Lorsque les auteurs sont différents, la solution du préjudice moral autonome peut, par contre, paraître plus raisonnable et élégante. Ici, le risque de détournement de la preuve est moins aigu, bien que des collusions soient toujours à craindre selon le cas d'espèce. Bien sûr, on objectera que ce qui est reproché au responsable de la preuve, c'est de priver, par sa faute, la victime de toute possibilité d'une indemnisation à laquelle elle aurait pu avoir droit. C'est pourquoi le dommage ne se limite pas à une « frustration purement intellectuelle », mais revêt un caractère matériel, représenté par la perte définitive de la créance de responsabilité. Mais l'incertitude entourant la preuve de cette perte peut justifier que l'on opte pour un autre préjudice, détaché de l'enjeu initial.

Nous ouvrons une parenthèse. Le lecteur attentif pourra se demander ce qui justifie qu'un régime différent soit mis en place pour le règlement de ce genre de litiges. C'est que la situation de l'auteur fautif de la perte de chance de prouver n'est pas fondamentalement différente de celle, par exemple, d'un avocat qui perd de vue la prescription et fait perdre à son client la chance de gagner son procès. L'avocat n'est pas non plus, techniquement, à l'origine du dommage consistant dans l'enjeu du procès<sup>45</sup>, le litige préexistant à son intervention. Or, dans un tel cas, la solution réside traditionnellement dans la reconnaissance de la perte d'une chance d'obtenir un avantage dont doit répondre l'avocat. De même, dans la fameuse affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004, il était reproché aux pouvoirs publics de ne pas avoir pris les mesures propres à arrêter le projet criminel d'un homme qui finira par attaquer son ancienne compagne à l'acide sulfurique. L'État et la Ville de Liège n'avaient pas, matériellement, causé les brûlures de la victime. Loin de vouloir rejeter le calcul propre à la perte de chance dans tous ces cas de figure, la piste suggérée d'un préjudice autonome peut néanmoins représenter une alternative intéressante<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> P. ex., Liège, 22 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1757 : « La perte de la chance a eu pour conséquence la perte de la probabilité d'obtenir l'indemnisation à charge de l'institution qui, formellement, a commis des fautes en relation causale avec le suicide [...] ».

<sup>46</sup> Cette solution alternative aurait, par exemple, permis de ne pas priver la victime de toute réparation, si la Cour d'appel de Mons, statuant sur renvoi après l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, n'avait pas considéré que le lien de causalité entre la faute des autorités et le dommage subi était établi avec certitude ; voy. Mons, 10 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 717.

Une autre hypothèse dans laquelle la solution du dommage autonome devrait s'imposer est celle, déjà illustrée, où la preuve perdue se rapporte à la consistance d'un dommage. L'impossibilité de connaître l'étendue du préjudice qu'aurait pu faire valoir la victime, munie des éléments de preuve, est telle qu'aucune mesure de ce dommage n'existe. En conséquence, le recours à la technique d'évaluation de la perte d'une chance habituellement privilégiée, soit l'application d'un calcul de probabilité à l'enjeu initial ou au risque réalisé, n'est pas envisageable. Plutôt que d'affirmer néanmoins le principe d'une réparation par la perte d'une chance avant de se rabattre sur une évaluation *ex aequo et bono*<sup>47</sup>, comme l'a fait le juge dans l'affaire du point de beauté excisé, ne serait-il pas moins fallacieux de viser directement un préjudice moral autonome<sup>48</sup> ? La piste est lancée.

## § 2. Le maintien de l'indemnisation de la perte d'une chance selon la méthode traditionnelle

Parce que le dommage subi par la victime, à le considérer comme établi à tout le moins dans son principe, revêt un aspect éminemment matériel, une place doit encore être réservée à l'indemnisation classique de la perte de chance. Elle représente, en effet, actuellement la seule technique permettant d'appréhender l'aléa qui entoure les faits de la cause tout en collant un tant soit peu à la réalité de la situation dommageable. Les exemples exposés dans la section 2 montrent toutefois qu'il ne peut y être recouru automatiquement, sous peine de verser dans des dérives susceptibles de mettre à mal la légitimité de la théorie.

Reprenons le cas du grain de beauté excisé et jeté. On voit que le problème de cette affaire résulte de la double incertitude traduite par une double application de la perte de chance. À supposer même que l'élément de preuve égaré ait permis de juger du bien-fondé de la prétention de la victime, cela ne permettait pas d'allouer une indemnisation pour perte d'une chance de prouver une perte de chance, dès lors qu'il ne pouvait être démontré que la deuxième chance en question était suffisamment réelle et sérieuse. Et pour cause, puisqu'il était plausible que, dès l'origine, le patient n'ait présenté aucune chance de guérison. Une double application de la perte d'une chance ne peut être gardée qu'à la condition que chaque application fasse référence à des chances certaines : « Het probleem wordt hier niet zozeer veroorzaakt door het feit dat er met een constructie van kansverlies op kansverlies wordt gewerkt, maar wel door het feit dat een van de kansen niet aan het vereiste van het "reëel zijn" beantwoord »<sup>49</sup>. La construction juridique sur laquelle

<sup>47</sup> D'autant qu'en comparant ce qui est accordé à titre forfaitaire avec ce qu'était l'enjeu global pour la victime, il est toujours possible de reconstruire artificiellement, par une règle de trois, la probabilité que le juge reconnaît en fait à la chance perdue ; voy. *infra*, pp. 189 et s.

<sup>48</sup> Q. DE RAEDT, *op. cit.*, p. 233.

<sup>49</sup> « Le problème ne résulte pas ici du fait que l'on recoure à une construction de perte de chance sur perte de chance, mais bien du fait que les chances ne répondent pas à l'exigence de caractère "réel" » (traduction libre) (*ibid.*, p. 81).

repose la décision du Tribunal de première instance d'Anvers est critiquable de ce point de vue<sup>50</sup>.

Présenter, comme nous l'avons fait, l'hypothèse comme illustration de la perte d'une chance de prouver le lien de causalité, plutôt que comme la perte d'une chance de prouver le dommage réellement subi, aurait permis de résoudre cette difficulté et de justifier l'indemnité allouée, du moins au titre de préjudice autonome.

Pour autant que le caractère réel et sérieux de la chance puisse être établi, rien ne s'oppose au maintien de la solution traditionnelle.

Bien sûr, il ne s'agit pas d'invoquer la perte d'une chance à tort et à travers. De la même façon qu'il n'est pas justifié de réparer une simple perte de chance lorsqu'il est établi avec une vraisemblance suffisante<sup>51</sup> que, sans la faute, le dommage réellement subi ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*, si le préjudicié démontre que la pièce égarée contenait la preuve de l'élément recherché, qui devait être prouvé, celui-ci est par le fait même établi<sup>52</sup> : dans ce cas, il ne peut être question de condamner le responsable de la perte du moyen de preuve, puisqu'aucun préjudice ne peut plus être vanté en lien avec sa faute, l'indemnisation pouvant utilement être recherchée contre l'auteur direct de la situation dommageable<sup>53</sup>.

Si, par contre, sans parvenir à établir que la pièce égarée démontrait l'existence d'une faute (par exemple), le plaignant démontre que, muni de cette pièce, il aurait eu des chances réelles et sérieuses de rapporter la preuve qui lui fait défaut, il doit pouvoir être admis à réclamer la réparation d'une partie du dommage dont il est empêché de réclamer la réparation. Toute la difficulté devient alors de chiffrer la valeur de cette chance perdue, difficulté bien connue, mais qui n'est qu'accessoire et ne change donc rien au principe de la perte de chance de prouver.

La victime doit établir deux choses. D'une part, la pertinence de la preuve dont elle aurait pu disposer à défaut de faute. Ainsi d'un constat amiable d'accident, qui permet généralement au juge de prendre attitude quant aux responsabilités en présence, ou du dossier médical dans l'affaire de l'opération de *by-pass*, puisque les radiographies qui y figuraient nécessairement représentaient la preuve ultime d'une faute éventuelle du personnel médical. D'autre part, la probabilité dans laquelle l'instrument de preuve aurait permis d'établir la responsabilité d'un tiers.

<sup>50</sup> En réalité, le détour par une double application de la théorie était même impropre : il ne s'agissait pas de la perte d'une chance de prouver une perte de chance, mais de la perte certaine de la preuve d'une perte de chance, peut-être inexistante (B. WEYTS et Q. DE RAEDT, *op. cit.*, p. 79).

<sup>51</sup> I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité – Morceaux choisis*, CUP, vol. 68, Liège, Larcier, 2004, pp. 7-68, spéc. p. 27, n° 12 et les références.

<sup>52</sup> Encore qu'en matière contractuelle, il faille tenir compte des règles propres à l'administration de la preuve, gouvernées par la prééminence de l'écrit signé (art. 1315 et s. C. civ.).

<sup>53</sup> J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 93.

La solution donnée par le tribunal dans l'affaire du dossier médical semble, de ce point de vue, procéder d'un raccourci. Ce qui dérange surtout, c'est l'importance de la chance retenue, sans plus d'explication. Dire que, sans la faute du C.P.A.S., le patient aurait eu 90 % de chances d'établir la responsabilité du chirurgien ne revient-il pas à considérer, *de facto*, la faute du médecin comme établie ? Aucun élément scientifique n'est avancé à l'appui de cette appréciation ; or, en l'absence de données objectives, on est bien obligé de constater que l'analyse des radiographies aurait permis de trancher dans un sens ou dans l'autre, à égalité de chances : soit une compresse serait apparue, révélant une faute au cours de la première opération, soit aucun manquement n'aurait été identifié. Dans un tel cas de figure, n'est-il pas plus logique de considérer que la preuve perdue a fait perdre à la victime une chance évaluée à 50 % ? Voilà, en tout cas, une proposition qui mérite d'être exploitée lorsque le moyen de preuve porte sur une issue relevant du « tout ou rien » : soit une responsabilité sous-jacente, soit l'absence de toute responsabilité<sup>54</sup>. Si, en revanche, des éléments permettent de fonder une probabilité différente pour chaque issue, l'évaluation de la chance perdue devrait suivre ces probabilités<sup>55</sup>.

On est renvoyé à l'examen classique de l'acceptation de la théorie de la perte d'une chance. Le cas spécifique de perte de chance que nous analysons met en évidence des difficultés qui peuvent s'accompagner des interrogations liées aux deux conceptions doctrinales. La controverse susceptible de refaire surface nous amène donc à prolonger notre réflexion en questionnant l'état de la jurisprudence de la Cour de cassation.

## Chapitre 2

### De la correcte application de la théorie à l'abandon des deux conceptions

Que n'a-t-on écrit sur l'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004 ? Rendu en chambres réunies, cet arrêt a, selon la formule consacrée, fait couler beaucoup d'encre. Nous nous contentons d'en rappeler l'attendu décisif : « Il

<sup>54</sup> C'est d'ailleurs la solution donnée par plusieurs décisions en matière d'accidents de circulation, lorsqu'il était certain que la responsabilité de l'accident incombait nécessairement à l'un des deux véhicules impliqués, voy. *supra*, pp. 148 et s.

<sup>55</sup> À titre de comparaison, « dans le cadre de la responsabilité civile de l'avocat, la valeur de [la] chance doit être appréciée en fait et non en imaginant le sort que le juge saisi de l'action aurait réservé au fond de celle-ci, mais en estimant les chances de succès ou de perte » : Comm. Bruxelles, 4 février 2014, *D.A./O.R.*, 2014, p. 70, note D. PHILIPPE, « Perte de chance et détermination du dommage », selon lequel « il est vrai que le juge aurait soit donné tort soit donné raison et n'aurait donc pas raisonné en terme[s] de pourcentage » (p. 79). Ceci, encore une fois, sans préjudice du pouvoir d'appréciation du juge qui pourrait s'estimer suffisamment convaincu pour trancher le litige sans égard à une quelconque perte de chance.

incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé ; ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit ; le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage »<sup>56</sup>. Si le doute subsiste encore aujourd'hui sur la portée exacte de cette décision, la chambre néerlandaise de la Cour a, elle, clarifié le débat ces dernières années par plusieurs décisions limpides quant à une acception extensive de la théorie : « La perte d'une chance réelle de guérison ou de survie est prise en considération pour l'indemnisation si la faute est la condition *sine qua non* de la perte de cette chance. Le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est imputable à une faute »<sup>57 58</sup>.

Alors qu'un nouvel arrêt en chambres réunies se fait attendre depuis plus de dix ans, il reste à se tourner vers la jurisprudence de la chambre francophone, historiquement plus réticente à une consécration large de la perte de chance. Un arrêt du 6 décembre 2013 nous servira de fil conducteur (section 1). Il permettra d'insister sur la difficulté qu'il peut y avoir à rattacher les hypothèses de perte d'une chance à l'une ou l'autre conception de la théorie (section 2), ce qui nous incitera à dépasser les clivages habituels pour nous concentrer sur le caractère certain du dommage relatif à la perte de chance (section 3).

## Section 1

### L'arrêt du 6 décembre 2013

À l'occasion d'un arrêt rendu le 6 décembre 2013, la chambre francophone de la Cour de cassation semble à première vue démontrer son attachement à la conception restrictive de la théorie de la perte de chance<sup>59</sup>.

Une dame F possédait un portefeuille de titres en dépôt d'une valeur de près de 450 000 euros auprès d'une institution bancaire, sur un compte ouvert aux noms de Madame F et de Monsieur D. Selon une première fiche relative au dépôt-titres, la manière de signer se faisait « seul(e) » avec un « bon pour pouvoir », mais une mention indiquait que cette fiche avait été remplacée par une autre du 3 mai 1991. Or, en avril 1991, Madame F avait passé devant

<sup>56</sup> Cass. (ch. réun.), 1<sup>er</sup> avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 174 ; voy. références notes 1 et 2.

<sup>57</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 5 juin 2008, R.G. n° C.07.0199.N ; voy. S. LIERMAN, « Het verlies van genezings- en overlevingskansen blijft vergoedbaar », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 214 ; A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable ! », *J.T.*, 2009, p. 31.

<sup>58</sup> Une motivation similaire se retrouve dans les arrêts postérieurs de ces chambres : voy. N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 605.

<sup>59</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 6 décembre 2013, R.G. n° C.10.0204.F, concl. av. gén. WERQUIN. La même chambre prononcera un autre arrêt le même jour, portant le R.G. n° C.10.0245.F, dont l'analyse peut rejoindre celle qui sera développée pour l'exemple choisi.

notaire un mandat au profit de sa fille, Madame W., qui s'avérera être son unique héritière. Celle-ci s'était alors présentée à la banque le 2 mai suivant et avait signé un ordre de transfert vers un de ses comptes. Toutefois, le lendemain, un agent de la banque prévenait Madame W. que l'opération n'avait pu se réaliser faute des signatures des deux titulaires du compte, devenues indispensables. Finalement, ces derniers écriront conjointement et le dépôt-titres sera transféré vers un compte au nom de Monsieur D. uniquement.

En 2000, au décès de sa mère, Madame W. estime son préjudice en tant qu'héritière à la somme de 450 000 euros et poursuit la condamnation de la banque en première instance, puis en appel, en précisant alors que son dommage doit être examiné sous l'angle de la perte d'une chance de recevoir dans la succession les titres litigieux. La Cour d'appel de Bruxelles y fit droit par un arrêt du 16 octobre 2009 : après avoir constaté que, « vu la cotitularité, emportant une présomption d'indivision par moitié, le dommage à la date du 2 mai 1991 est limité à la moitié de la valeur du compte-titres », les juges d'appel décident que « le dommage de la défenderesse s'élève cependant à l'indemnité correspondant à la perte d'une chance d'hériter de ce montant », évaluée à 75 %.

Au terme d'une motivation proche de celle tenue en 2004, la Cour de cassation accueille le pourvoi formé par la banque : « Il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé ; ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit. Le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage subi s'il constate qu'un doute subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage. [...] [L]arrêt considère que la mère de la défenderesse, dont il constate qu'elle est décédée le 21 juin 2000, « aurait pu, durant sa vie, utiliser son capital à d'autres fins ». Il ressort de cette considération que l'arrêt n'exclut pas que, sans la faute de la demanderesse, le dommage de la défenderesse eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé. Il ne justifie dès lors pas légalement sa décision de condamner la demanderesse à payer à la défenderesse une « indemnité correspondant à la perte d'une chance », évaluée à septante-cinq pour cent, « d'hériter du montant de 222 629,21 euros » ».

La Cour a suivi l'avis de l'avocat général Werquin, qui avait conclu à la cassation en reprenant, pour l'essentiel, son argumentation précédant l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, tout en répondant à différents propos que les défenseurs de la conception extensive n'avaient pas manqué d'opposer depuis lors.

Cet arrêt offre une illustration intéressante de la difficulté qu'il peut y avoir à rattacher les hypothèses rencontrées à l'une ou l'autre conception de la théorie. Or, pour progresser logiquement, il faut d'abord s'entendre sur ce dont on parle.

## Section 2

### Le difficile rattachement à l'une ou l'autre conception

On l'a évoqué, la perte de chance est habituellement présentée selon deux conceptions. La première restreint la théorie à la perte de chance d'obtenir un avantage probable ; la seconde l'étend à la perte de chance d'éviter la survenance d'un risque. Y a-t-il une différence entre éviter la survenance d'un risque et éviter une perte, un préjudice ? Lorsque certains auteurs, comme les chambres néerlandaises de la Cour, présentent la théorie en exposant que « la faute peut faire perdre à autrui une chance d'obtenir un avantage, un profit ou celle d'éviter une perte, un inconvénient »<sup>60</sup>, énoncent-ils les deux conceptions ou bien ne font-ils que nuancer la première ? La question mérite d'être posée lorsqu'on se réfère, notamment, aux conclusions de l'avocat général.

Celui-ci plaide avec force contre l'abandon de la conception extensive, laquelle se décline, dans le secteur médical où elle est d'application fréquente, en la perte de chances de survie ou de guérison. Il qualifie cette conception d'« artifice de raisonnement » inventé dans le but de pallier l'absence de lien causal entre la faute et le dommage subi. Selon ses termes, la perte d'une chance est alors un « préjudice imaginaire » intercalé entre la faute et le seul préjudice effectif, et la perte de chance d'éviter la survenance d'un risque résulterait de l'emploi « vicieux » de l'expression « perte d'une chance »<sup>61</sup>. Mais, réciproquement, il ne manque pas de défendre ce qu'il apparente à la conception restrictive en visant, indifféremment, la « chance de réaliser un gain ou d'éviter une perte »...

Reprenons l'hypothèse soumise à la Cour dans l'arrêt commenté. En situant le problème sous l'angle de l'incertitude causale, les juges se sont implicitement placés sur le plan de la conception extensive de la théorie, dès lors qu'il est communément admis que, dans la conception restrictive, seule la détermination du dommage est en jeu, le lien causal entre la faute et la perte de l'avantage probable étant, quant à lui, certain. En accueillant le pourvoi et en cassant l'arrêt attaqué, la Cour semble condamner la possibilité d'indemniser la perte de chance d'éviter une perte, en l'occurrence celle subie par l'héritière du fait du non-transfert des titres qu'elle aurait pu recueillir dans la succession. Elle semble considérer que, dès lors qu'un lien causal certain ne peut être établi entre la faute de la banque et la perte visée, il n'était pas permis de condamner la banque pour le fait que celle-ci aurait, à tout le moins, fait perdre à l'héritière une chance d'éviter cette perte.

Rappelons que la demanderesse en responsabilité avait expressément formulé, en cours de procédure au fond, une réclamation portant sur l'indemnisation

<sup>60</sup> I. LUTTE, « La perte d'une chance : un dommage et rien qu'un dommage ! », [www.droitbelge.be](http://www.droitbelge.be), 10 octobre 2008.

<sup>61</sup> Il rejoint en cela J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 73, qui qualifie un tel emploi d'abusif.

de la perte de chance d'hériter des titres. Les choses étaient différentes dans l'arrêt de la jeune fille vitriolée (2004), car les demandes tendaient en l'espèce à la réparation des dommages résultant de l'agression (qui n'avait pas été empêchée), sans qu'il soit fait référence à une quelconque perte de chance. Dans les diverses interprétations données à cette décision, le chef de demande a d'ailleurs quelquefois été pointé comme pierre d'achoppement. Nous sommes également d'avis qu'il est loisible au juge de retenir un préjudice consistant en la simple perte de chance « pourvu que cela lui soit suggéré en conclusions »<sup>62</sup>, à titre principal ou subsidiaire<sup>63</sup> de la réparation du dommage « final ». Le principe dispositif l'exige, le juge ne pouvant ni statuer *ultra petita* ni modifier l'objet de la demande<sup>64</sup>. Le respect des droits de la défense imposerait, en outre, une réouverture des débats. À en suivre l'avocat général Werquin, ce n'est toutefois pas là que le bât blesse : « La manière dont la victime présente son dommage est indifférente : il importe peu qu'après avoir articulé, à titre principal, que la faute commise est la cause de l'état dans lequel elle se trouve, elle fasse valoir, à titre subsidiaire, un autre dommage, la perte d'une chance, dès lors qu'un tel dommage, à savoir la perte d'une chance, ne se conçoit pas en cas de dommage réellement subi »<sup>65</sup>.

Il est exclu de lire l'arrêt du 6 décembre 2013 comme induisant une condamnation générale de la théorie de la perte de chance, conceptions restrictive et extensive confondues, puisque la Cour en admet encore régulièrement le principe<sup>66</sup>. À première vue, l'arrêt pourrait donc s'interpréter comme suit : la Cour a effectivement assimilé la « perte d'une chance d'éviter une perte » à la « perte d'une chance d'éviter la survenance d'un risque qui s'est réalisé ». On pourrait bien y lire une nouvelle condamnation de la seule conception extensive. Certes, l'accent mis sur le lien de causalité peut laisser penser que l'arrêt attaqué « est cassé parce qu'il n'avait pas exclu que sans la faute de la demanderesse, le dommage de la défenderesse eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé »<sup>67</sup>, mais on voit mal ce qui empêchait la cour d'appel, après avoir mis en exergue l'incertitude

<sup>62</sup> G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 99.

<sup>63</sup> Au terme de la réforme dite « pot-pourri I » (loi du 16 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice), l'article 744 du Code judiciaire impose désormais une structuration des conclusions, notamment suivant le caractère principal ou subsidiaire des moyens et chefs de demande. Le juge ne doit répondre qu'aux moyens qui auront été correctement exposés (art. 780 C. jud.).

<sup>64</sup> Art. 807 et 1138, 2<sup>e</sup>, C. jud. ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 35 et s. ; Cass., 20 février 2002, R.G. n° P01.1045.F : « [...] les juges d'appel ont alloué en outre à la demanderesse une indemnité de 500 000 francs estimée *ex aequo et bono* pour "la perte d'une chance de reprendre (à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1991) une activité à temps plein [...] dont la probabilité était envisageable, à défaut d'être certaine, compte tenu de sa situation professionnelle et familiale" ; qu'ainsi les juges d'appel ont modifié l'objet de la demande en substituant, à une prétention, une autre qui n'avait pas été formulée par la défenderesse et ont, dès lors, méconnu le principe dispositif consacré par l'article 1138, 2<sup>e</sup>, du Code judiciaire » ; Gand, 7 novembre 2012, R.G.D.C., 2014, p. 336. Le juge ne modifie pas l'objet de la demande s'il use simplement de son pouvoir de requalification (Cass., 12 novembre 2008, R.G. n° P07.1627.F).

<sup>65</sup> Th. WERQUIN, concl. précédant Cass., 6 janvier 2013, R.G. n° C.10.0204.F, pp. 12-13.

<sup>66</sup> Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 23 octobre 2015, R.G. n° C.14.0589.F ; Cass., 15 mai 2015, R.D.C., 2015, p. 924 ; R.G.A.R., 2016, n° 15254.

<sup>67</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 216.

relative au lien causal avec le dommage réellement subi, de se rabattre sur l'analyse du fondement de la demande portant cette fois sur la perte de chance et de prononcer une condamnation de ce chef, à condition de constater que, sans la faute, cette chance n'eût pas été perdue comme elle le fut *in concreto*.

Si l'amalgame entre les conclusions circonstanciées de l'avocat général Werquin et la décision de la Cour l'ayant suivi tiendrait du raccourci<sup>68</sup>, il est difficile de se départir totalement de l'idée que, comme en 2004, l'avis de l'*amicus curiae* fut décisif. Or toute son argumentation se place incontestablement sur le terrain du rejet de la conception extensive.

Mais les faits de la cause nous semblent constituer une illustration de plus de l'illusion qu'il peut y avoir à ranger les hypothèses selon deux catégories séparées et imperméables. La critique doctrinale relative au caractère artificiel de la distinction entre les deux conceptions n'est pas nouvelle<sup>69</sup>. En l'espèce, un préjudice est réellement subi, comme c'est le cas face à des chances perdues de guérison ou de survie. Est-il propre de parler alors d'un « risque » qui se réalise ? Une héritière qui ne recueille rien dans une succession voit-elle se réaliser un risque auquel elle était soumise déjà neuf ans auparavant ou a-t-elle en fait perdu la chance de recueillir une coquette somme au décès de sa mère, neuf ans après qu'un fait fautif de la banque est venu rompre le cours normal des événements ? La deuxième qualification colle sans doute davantage à la façon dont une telle situation est communément ressentie. Il paraît difficile de considérer qu'alors qu'elle n'avait pas de droit acquis à recueillir quoi que ce soit dans la succession, la fille se serait trouvée exposée à un risque déjà en germe au moment de l'intervention fautive de la banque. Prenons un exemple opposé. Dans une affaire traditionnellement rangée parmi les applications correctes de la théorie, la Cour a fait droit aux prétentions d'une partie qui estimait qu'en raison de l'adultère commis par son conjoint, le couple avait perdu une chance de se réconcilier<sup>70</sup>. Puisqu'on parle d'une possibilité de réconciliation, cela signifie qu'il y avait de « l'eau dans le gaz » entre les époux : n'est-il pas plus adéquat de considérer que le risque d'une rupture, qui préexistait à la faute incriminée, s'est finalement réalisé, ce qui classerait l'hypothèse dans la conception extensive ?

Une cour d'appel anglaise a eu à connaître d'une affaire dans laquelle une société commerciale reprochait à un cabinet d'avocats de l'avoir négligemment conseillée

<sup>68</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 223, n° 23 : « Cet arrêt ne s'est pas expressément prononcé sur la question controversée relative à la définition de la chance perdue, lorsque celle-ci aurait consisté à éviter un risque qui s'est effectivement déjà produit ».

<sup>69</sup> En ce sens, parmi d'autres, B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 491, n° 6 ; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », CUP, vol. 96, 2007, pp. 47 et s., spéc. n° 16 ; N. ESTIENNE, « La responsabilité : le devenir de la perte d'une chance ? », in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.D.G.J., 2008, pp. 365 et s., spéc. pp. 384 et s., n° 22 ; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », R.G.D.C., 2005, pp. 311 et s., n° 12-19.

<sup>70</sup> Cass., 8 décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 354.

lors de la reprise d'une entreprise. La société avait hérité de dettes imprévues qui ne furent jamais récupérées. La cour reconnut le préjudice consistant en la perte d'une chance substantielle d'obtenir du vendeur des garanties quant à la santé financière de l'entreprise. Doit-on parler, dans pareille hypothèse, de la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou de la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque<sup>71</sup> ? Tout n'est-il pas question de point de vue<sup>72</sup> ?

Les autoproclamés défenseurs de l'orthodoxie causale opposent que les situations diffèrent en ce que, en cas de perte de chance d'obtenir un avantage, la chance n'a même pas pu être jouée, contrairement aux chances d'éviter la survenance d'un risque, qui se situent dans le passé et deviennent l'objet d'une recherche « périmée ». Nous posons la question : quelle serait la position de ces auteurs si un cheval de course n'était pas empêché de prendre le départ, mais voyait débouler sur la piste un chien mal gardé venant le perturber en pleine compétition ? Les portes de l'indemnisation du jockey se fermentaient-elles subitement au motif que, cette fois, le cheval était en train de courir sa chance ?

Force est de constater que le cas de l'héritière déçue se rapproche davantage de celui du cheval privé de concours que de l'intervention médicale qui tourne mal, et que l'appréciation de la Cour de cassation démontrerait bien la difficulté à rattacher chaque situation à une conception déterminée. Ici aussi, la chance de voir les titres profiter à la succession, sous réserve de ce qu'en aurait fait la titulaire jusqu'à son décès, si le transfert n'avait pas été fautivement bloqué, n'a pas pu être tentée, de sorte que, quand bien même le lien causal serait établi, le préjudice demeure incertain. L'arrêt pourrait donc avoir pour conséquence inique de condamner une application tout à fait correcte de la théorie de la perte de chance, analysée dans sa conception restrictive, à cause d'une identification erronée de l'hypothèse de départ. À moins qu'il ne faille rechercher une autre interprétation encore à l'arrêt du 6 décembre 2013, qui ne condamnerait la théorie ni dans son ensemble ni dans sa conception extensive...

### Section 3

## Le sort de la conception extensive

### § 1. La perte d'une chance, dommage réparable

Selon M. Werquin, c'est parce que la réalisation future de la chance perdue restera à jamais incertaine, et que la victime ne peut prouver que la faute du

<sup>71</sup> *Allied Maples Group Ltd. v. Simmons*, [1995] 1 WLR 1602, [1995] 4 All ER 907, cité par L. THÉVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », in *Questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 246. Cet auteur opte pour la deuxième catégorie et estime que « de la responsabilité de l'avocat à celle du médecin, il ne devrait plus y avoir un grand pas à franchir ».

<sup>72</sup> Voy. encore Mons, 26 octobre 2012, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 178, qui assimile la chance perdue par un médecin d'éviter une révocation à la perte d'une chance « d'une issue plus favorable de la situation ». En l'espèce, il avait été fait l'impasse sur une procédure de concertation et de médiation qui aurait pu déboucher sur une réintégration du médecin dans ses fonctions antérieures.

défendeur lui a fait perdre un profit ou a causé la survenance d'une perte, qu'il peut être recouru au concept de perte de chance. « Il ne peut être question de perte d'une chance lorsqu'un risque s'est réalisé : le dommage ne consiste alors que dans la réalisation de ce risque »<sup>73</sup>. Si le développement qui s'ensuit est brillant, on ne peut s'empêcher de penser que le postulat sur lequel il repose – la perte de chance n'est indemnisable que lorsqu'un dommage n'a pas été éprouvé dans un contexte de risque couru – tient davantage de la pétition de principe que de la démonstration.

De la même façon que, prise dans sa conception restrictive, la perte de chance permet d'éviter l'obstacle relatif à l'incertitude du dommage, il ne s'agit pas de nier que la perte de chance d'éviter un risque réalisé serait un « artifice de raisonnement » permettant de contourner l'incertitude causale dont est marqué le préjudice global. Mais le droit de la responsabilité tout entier ne repose-t-il pas sur des constructions de l'esprit, à commencer par l'appréciation de la faute suivant le paradigme abstrait du « bon père de famille » ? Il faut donc s'interroger sur les limites juridiques à la reconnaissance d'un autre préjudice (la perte de chance) à côté du dommage « connu et démontré », car, *a priori*, on ne voit pas depuis quand une victime ne serait fondée à vanter qu'un seul dommage en lien avec une faute avérée.

Le dommage consistant en la perte de chance d'éviter un risque peut-il exister au regard du droit ? Comme le rappelle Bernard Dubuisson dans une récente étude, notre droit de la responsabilité civile ne définit pas le dommage et les intérêts dignes de réparation, et accueille largement tous les dommages dûment établis<sup>74</sup>. C'est une doctrine moderne qui a ensuite défini le dommage comme la différence négative entre deux situations, celle qui se serait produite à défaut de faute et celle constatée après la survenance de la faute. D'une « règle initialement destinée à déterminer les contours du dommage », la Cour de cassation semble avoir transformé dernièrement cette définition en « principe limitatif permettant d'écarter purement et simplement la réparation de certains dommages »<sup>75</sup>. Ainsi, un enfant né gravement handicapé ne peut-il se plaindre du fait d'être né plutôt que de ne pas être, la vie avec un handicap ne pouvant être comparée au néant. L'auteur ne manque pas d'alerter sur les dangers d'une application rigoureuse de cette théorie de la « différence négative », qui « pourrait conduire à rejeter la réparation d'autres préjudices considérés aujourd'hui comme réparables, ce qui nous fait douter de sa pertinence ». Il y aurait lieu, par exemple, d'écarter la réparation de la perte de chance : « dans ce cas, la comparaison entre les deux situations est en effet vouée à l'échec car la situation qui aurait existé si la faute n'avait pas été commise est par définition indéterminée ». La perte d'une chance ne

<sup>73</sup> Th. WERQUIN, *op. cit.*, p. 13.

<sup>74</sup> B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 209.

<sup>75</sup> *Ibid.*

serait donc plus considérée comme un élément du patrimoine méritant réparation... mais la critique vaudrait indifféremment pour les chances d'obtenir un avantage ou d'éviter la réalisation d'un risque.

On préférera s'en tenir à la définition classique du dommage, à savoir la lésion d'un *intérêt stable et légitime*, qu'il soit juridiquement protégé ou non<sup>76</sup>. Le dommage résultant de la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque répond en tout point à cette définition. Dans l'affaire du vitriol, n'était-il pas *certain* que la passivité des autorités, en dépit des plaintes réitérées, avait fait perdre à la jeune femme une chance d'éviter son agression ? Dès l'instant où aucune initiative n'a été prise pour éviter le drame, elle a subi un *dommage réel*, et non point imaginaire, résultant de l'atteinte portée à son intérêt légitime au bénéfice de quelque mesure de protection. Permettre, au contraire, l'indemnisation du seul risque réalisé reviendrait à restreindre la notion de dommage indemnisable à la lésion d'un droit, ce qui n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>77</sup>. Dans le domaine médical qui fait tant débat, dès lors que l'intervention fautive du médecin participe d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne en dehors des conditions préalablement convenues entre parties, il y va d'un dommage, et le seul point à résoudre concerne le préjudice concret qui en est la conséquence : c'est ici que se formalisera la discussion sur la teneur de la chance perdue, mais il ne s'agit plus alors que de questions de fait<sup>78</sup>.

Que l'on soit confronté à un participant empêché de concourir ou à un patient lésé à la suite d'une intervention médicale, un raisonnement doit être tenu sur ce qui serait advenu en l'absence de faute, et ce sans plus de certitude<sup>79</sup>. Les choses sont peut-être plus évidentes si la chance n'a même pas pu être tentée<sup>80</sup>, mais la chance perdue est, par définition, toujours *passée*. Pour un joueur, l'incertitude du résultat de sa mise n'est-elle pas la même, que le dé ne soit pas encore lancé ou que, déjà lancé, il demeure caché sous le cornet à dés<sup>81</sup> ? En cas de risque réalisé, le dommage était certes déjà en

<sup>76</sup> Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 946-958, n° 947-952 *quater*.

<sup>77</sup> N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales ? », *J.T.*, 2005, p. 361, n° 7.

<sup>78</sup> B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 216, n° 17.

<sup>79</sup> « Même dans les hypothèses rangées dans la première catégorie, le profit attendu aurait très bien pu échapper à la personne lésée même si la faute n'avait pas été commise » (B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 492, n° 7).

<sup>80</sup> Ce qui fait dire à certains qu'en participant effectivement à une épreuve alors qu'il est diminué à la suite de la faute d'un tiers, un étudiant ne serait, par exemple, plus fondé à postuler la réparation de la perte de chance d'éviter l'éventuel échec qui s'ensuivrait ; voy. J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 78, n° 13 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 98, n° 282. Est-ce que traiter la situation de la sorte ne fait pas peser injustement le risque sur les épaules de la victime, alors qu'on ne manque pas d'avancer par ailleurs que celle-ci ne peut contribuer fautivement à aggraver son dommage ?

<sup>81</sup> L'image est de S. WADDAMS, « The valuation of chances », 30 *Canadian Business Law Journal*, 1998, p. 86 ; « Que la chance n'ait pu être tentée, ou qu'elle ait échoué, peu importe ; ce qui compte, c'est de savoir si le potentiel de chance de la victime a, ou non, été injustement diminué » (Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 159).

germe avant l'intervention fautive, mais il s'agit là d'une question de causalité, indifférente de la reconnaissance ou non de la perte de chance en tant que dommage réparable. Si l'on est prêt à contracter avec un médecin pour empêcher la survenance d'un risque, c'est qu'on reconnaît une valeur patrimoniale à l'enjeu ; si, fautivement, le médecin ne respecte pas ses obligations de moyen et que le risque préexistant se réalise, le dommage imputable au médecin est ailleurs que dans la réalisation de ce risque en tant que tel<sup>82</sup>.

Comme dans la conception restrictive, le juge appelé à se prononcer sur des chances d'éviter un risque ne peut réécrire l'histoire. Il est bien établi que le juge ne peut modifier les faits de l'espèce pour tenir compte de ce que le dommage *aurait également pu* survenir dans d'autres circonstances<sup>83</sup>. Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit. Ici, l'auteur du dommage a, par sa faute, interrompu le cours des événements, rendant impossible de savoir ce qui se serait passé sans la faute : il doit, dès lors, être possible de constater qu'il a créé des conditions de survenance du dommage qui *n'auraient* précisément *pas dû* être, et qu'il doit en répondre<sup>84</sup>. En quelque sorte, la faute qu'un médecin aurait commise en cours d'opération vient rompre l'équilibre entre le risque que l'opération comportait à la base et le bénéfice escompté ; or, c'est au vu d'une correcte proportion entre les deux que le patient a consenti à l'intervention, proportion mise à mal par la faute du praticien. En reconnaissant que « le médecin pouvait encore influencer le profil évolutif [du] processus inéluctable » dans lequel était engagé le patient, et en établissant que le même médecin a fautivement accru les conditions de survenance du risque – sans avoir créé le risque en tant que tel –, il doit être possible d'accorder une indemnisation de ce dommage, non autrement défini que « la suppression de chances que la victime pouvait escompter »<sup>85 86</sup>.

<sup>82</sup> « Qu'il doit [...] être rappelé que la notion de perte de chance ne doit intervenir qu'à propos de l'étendue du droit de la victime, pour évaluer son préjudice ; qu'elle ne saurait conduire à déclarer le médecin partiellement responsable d'un risque » (Cass. fr., 22 mars 2012, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14913). Il en irait autrement face à des obligations de résultat, mais la question de la perte de chance ne se pose alors généralement pas.

<sup>83</sup> Cass., 8 juin 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 691 ; Cass., 29 octobre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15183.

<sup>84</sup> I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *op. cit.*, p. 92, 2<sup>e</sup> col.

<sup>85</sup> H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1061. En définitive, il est « difficile d'admettre qu'une chance perdue puisse être indemnisée lorsqu'elle est qualifiée de dommage réparable alors qu'elle ne le serait pas lorsque la faute a consisté à exposer la victime à un risque » (I. DURANT, *op. cit.*, p. 70, n° 48) ; Cass. fr., (1<sup>er</sup> ch. civ.), 13 mars 2007, n° 05-19020 : « Attendu qu'il résulte [de l'article 1147 du Code civil] que toute personne victime d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, a droit d'en obtenir l'indemnisation de celui qui l'a causé et, selon [l'article 731 du même code], que le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de survie, étant né dans son patrimoine, se transmet à son décès à ses héritiers... », cité par D. BANDON-TOURRET, « La perte de chance de survie : quelles conditions d'indemnisation ? », *Gaz. Pal.*, 2011, Dossier, p. 583.

<sup>86</sup> Citons un dernier exemple tiré du droit du sport : un boxeur montant sur le ring accepte bien entendu le risque de se prendre des coups, mais il doit pouvoir compter dans le même temps sur le respect des règles du jeu, propres à circonscrire ce risque. Dès lors qu'il doit abandonner le combat à la suite d'une morsure de son adversaire, celui-ci doit non seulement réparer le dommage corporel causé par son geste fautif, mais il doit également assumer les conséquences liées à l'impossibilité pour la victime de poursuivre la compétition et d'éventuellement emporter le titre. « La perte de chance est parfaitement légitime dans notre droit de la responsabilité civile, à condition de respecter l'exigence selon laquelle le responsable ne

Finalement, le doute sur le bien-fondé de la conception extensive semble moins tenir des arguments de droit relatifs au dommage que de l'ambiguïté qui est souvent entretenue, aujourd'hui encore, entre cette condition de la responsabilité et l'exigence de certitude causale<sup>87</sup>. Il serait peut-être temps de passer une fois pour toutes à une réception large, mais claire et rigoureuse, de la théorie.

## § 2. Abandonner la distinction

L'avocat général Werquin a le mérite de la persévérance. Il ne se départit pas de sa ligne de conduite, même après que la chambre néerlandaise de la Cour a affirmé sans ambages, dans son arrêt du 5 juin 2008 (l'affaire du *cheval Priznak*<sup>88</sup>), que « la perte d'une chance réelle de guérison ou de survie est prise en considération pour l'indemnisation si la faute est la condition *sine qua non* de la perte de cette chance ». Si d'aucuns essaient, surtout *a posteriori*, de donner à l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004 une portée compatible avec ces derniers enseignements, l'avocat général n'entend pas faire dire aux décisions de la Cour, dont il est peut-être le commentateur le plus avisé, ce qu'elles ne disent pas : « La première et la troisième chambre néerlandaise de la Cour ne se sont pas conformées aux principes qu'en chambres réunies, la Cour a dégagés le 1<sup>er</sup> avril 2004 en l'étendant, en outre, à d'autres matières que la responsabilité médicale »<sup>89</sup>. D'ailleurs, dans ses conclusions précédant l'arrêt de 2008, l'avocat général Vandewal avait, lui aussi, conclu à la cassation, au motif qu'on ne peut recourir à la théorie de la perte d'une chance pour masquer l'incertitude concernant le lien de causalité entre la faute et le dommage, se rapprochant par là incontestablement de la position de son homologue francophone.

Il faut dire que les attendus de la chambre néerlandaise mettent en exergue l'absence de toute dérogation à une appréciation rigoureuse du lien causal selon le test de l'équivalence des conditions, là où, en 2004, la Cour semblait reprocher aux juges du fond d'avoir contourné cette notion. Dès lors qu'on ne laisse subsister aucun doute sur le lien de causalité entre la faute et le dommage visé, à savoir la perte d'une chance de survivre dans le chef du cheval, et qu'on exclut que, même sans la faute du vétérinaire, ce dommage

peut être tenu que de la perte dont il est la cause. Ceci implique que la victime avait des chances de succès avant le fait imputable au défendeur, les a perdues à cause de son fait, alors que ce fait ne constituerait pas le jeu normal de la chance » (Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, pp. 168-169).

<sup>87</sup> Citons, comme tout le monde, le doyen R. SAVATIER, « Le droit des chances et des risques dans les assurances, dans la responsabilité civile, dans la médecine et sa synthèse dans l'assurance de la responsabilité médicale », *Rev. gén. ass. terr.*, 1973, p. 475, selon qui le juge ne peut « accorder une indemnité partielle sur le simple énoncé de son embarras et sous prétexte qu'une chance existait que la faute ait causé le dommage, alors qu'en réalité, cette prétendue chance objective se confond avec son incertitude subjective sur les causes du dommage ».

<sup>88</sup> Un vétérinaire avait examiné un cheval présentant des symptômes gastriques importants et n'avait pas pratiqué le sondage qui s'imposait ; s'ensuivit une rupture gastrique fatale qui eût pu être évitée ou, du moins, différée. L'expert judiciaire considérait dans son rapport qu'il était fort probable qu'un lien de causalité existât entre la faute et le décès du cheval, estimant la perte de chance d'éviter ce dommage à hauteur de 80 %.

<sup>89</sup> Th. WERQUIN, *op. cit.*, p. 11.

se serait produit tel qu'il s'est réalisé, le débat est incontestablement clarifié, visiblement à suffisance pour rallier certains détracteurs de la conception extensive.

La différence entre les deux hypothèses de risque réalisé soumises à tour de rôle à la Cour (l'agression au vitriol en 2004, le décès du cheval en 2008) ne saute pourtant pas aux yeux. Elle n'est sans doute pas de nature, mais de degré. Alors que, dans le deuxième cas, une expertise permettait de fonder une appréciation des chances perdues sur la base de données scientifiques, le risque auquel avait été exposée la jeune fille vitriolée en raison de la carence des autorités publiques n'était, quant à lui, ni mesurable ni objectivable, vu l'impossibilité de cerner scientifiquement le degré de résolution criminelle de l'auteur : le pourcentage des chances perdues était donc indéterminable, ce qui explique d'ailleurs les divergences d'appréciation entre les différents juges du fond qui s'étaient succédé dans cette affaire. C'est ce qui faisait dire au professeur Dubuisson, en 2007, que, « dans un tel contexte, on peut parfaitement comprendre que la Cour de cassation ait été amenée à exercer par deux fois sa censure sur les décisions rendues par les juges du fond, mais il semble préférable de limiter pour l'instant la portée de sa jurisprudence à ce type de situations ». Et l'auteur de conclure que les juges du fond auraient été mieux inspirés, juridiquement parlant, de refuser toute indemnisation à la victime, même si, humainement, une telle solution n'était bien sûr pas souhaitable<sup>90</sup>.

Les choses étaient comparables dans l'affaire jugée en 2013<sup>91</sup>. Ici aussi, la survenance de la chance dépendait de la seule volonté d'une personne, la *de cuius* : il ne dépendait que de celle-ci de conserver, voire de faire fructifier le portefeuille-titres ou, au contraire, de dilapider le capital constitué avant son décès. On pourrait certes objecter que le sort d'un portefeuille-titres ne dépend pas uniquement de la volonté de son titulaire, mais dépend également (en grande partie, diront certains) des aléas du marché, mais ce n'est pas ce qui avait été mis en avant par la Cour d'appel de Bruxelles ; celle-ci avait retenu le fait que la défunte aurait « pu durant sa vie utiliser son capital à d'autres fins », et c'est bien cette motivation qui était soumise au contrôle de la Cour de cassation. Il demeurerait donc impossible de sonder les intentions de la mère de la plaignante et sa décision potentielle n'était pas un événement futur et incertain dont la survenance peut être soumise à une loi de probabilités, comme doit en principe l'être la chance dont on poursuit la réparation. À cet égard, il est indifférent que la réalisation de la chance dépende de la volonté de l'auteur du dommage (p. ex., l'agresseur au vitriol), de la victime elle-même ou encore d'une autre personne : « un acte de volonté ne comporte

<sup>90</sup> B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 493.

<sup>91</sup> Comp. l'analyse de P.-A. FORTIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », in *Droits des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 28-31.

pas d'élément aléatoire et ne se prête pas à un calcul de probabilités »<sup>92</sup>. Les caractères réel et sérieux de la chance ne pouvant pas être prouvés, il n'est pas étonnant que la Cour de cassation ait sanctionné le recours à la perte de chance. Au-delà des conceptions et des positions de principe, une application rigoureuse de la théorie est à ce prix.

Que la Cour ait ou non rattaché l'espèce qui lui était soumise à la conception extensive, alors que l'approche restrictive pouvait sembler plus correcte, importe finalement peu, puisque les caractéristiques de la chance prétendument perdue pouvaient en elles-mêmes emporter la cassation, non pas sous l'angle du lien causal, mais bien du dommage, insuffisamment certain. Une autre illustration est donnée par l'arrêt du 12 octobre 2005, à l'occasion duquel la chambre francophone avait encore condamné le recours à la perte de chance. La faute avait, cette fois, consisté en une abstention de porter secours à la victime d'une agression qui avait finalement succombé à ses blessures. À l'examen du dossier, il n'était cependant pas certain que, prise en charge à temps, la victime aurait encore présenté une chance de survivre. La sanction de la Cour était une nouvelle fois logique<sup>93</sup>.

Il est sans doute temps de viser indistinctement, sous le vocable « perte de chance », tant celle d'obtenir un avantage que d'éviter la survenance d'un risque, pour concentrer la réflexion sur les conditions que ces chances doivent réunir pour être dignes d'être réparées. On écarterait ainsi les difficultés de rattachement mises en évidence plus haut, susceptibles de déboucher sur des solutions qui, pour le coup, peuvent parfois paraître tout à fait arbitraires selon le point de vue adopté. Au contraire, « une solution qui assure le traitement uniforme des préjudices présente l'avantage d'éviter le morcellement de la responsabilité civile selon la nature du préjudice subi »<sup>94</sup>. On s'érigerait, dans le même temps, en gardien du lien causal au même titre que les contempteurs de la théorie de la perte d'une chance d'éviter un risque, puisqu'il ne devrait jamais être question de faire droit à la demande s'il n'apparaît pas que les chances étaient certaines, ni même raisonnables, avant que survienne le fait générateur de responsabilité, et s'il est impossible de retenir un lien causal certain entre ce fait et la perte de chance postulée<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 213, n° 9 ; voy. aussi Cass. fr., 2 octobre 1984, *J.C.P.*, 1984, IV, p. 338 : « La perte d'une chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain, dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime ».

<sup>93</sup> Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1913.

<sup>94</sup> M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *D.*, 2013, Études et comm., p. 622.

<sup>95</sup> Pour une correcte application, Liège, 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1082, note G. GENICOT. Voy. également Gand, 7 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2014, p. 335, à propos d'une perte de chance d'acquiescer des bénéfices à la suite du non-respect d'un droit de préférence. On pourrait objecter que le fait de faire valoir un droit de préférence dépend de la seule volonté du titulaire de ce droit, sans que cette chance puisse être scientifiquement mesurée, mais la motivation de la Cour permet de retenir l'existence d'une chance réelle et sérieuse, l'incertitude se marquant en l'espèce davantage dans l'évaluation du dommage que dans l'intention de conclure la convention.

La perte de chance n'est pas un « moyen commode d'élargir le champ de la responsabilité à moindre coût »<sup>96</sup>. Il nous semble, au contraire, que le droit n'a pas fait mieux, jusqu'ici, pour appréhender l'aléa, pour « discipliner l'incertitude ». Le monde juridique ne peut s'obstiner à tourner le dos au jeu des probabilités alors que la pratique s'en accommode souvent très bien ; il ne peut opposer un rejet dédaigneux, en se drapant du manteau de l'orthodoxie (jamais ce terme n'aura été autant brandi que dans cette matière), aux demandes de victimes dont on sent bien qu'elles ont perdu quelque chose de légitime, qui va au-delà de la simple *malchance*. Ne pas le reconnaître, c'est courir le risque d'une appréciation dévoyée du lien causal. En effet, connaissant la tendance de la jurisprudence à favoriser l'indemnisation de la victime, le risque est grand que les juges fassent « comme si » le lien causal était certain là où, pourtant, un doute subsiste<sup>97</sup>. « La faute médicale créant un danger évident pour la santé et la sécurité du patient, si ce danger se réalise, dès lors qu'il entre dans l'ordre des choses qu'une déficience dans les soins administrés fasse obstacle à la guérison ou même provoque une aggravation de la maladie, le lien de causalité doit être déclaré certain »<sup>98</sup> : ce propos ne traduit-il pas, en fin de compte, une position bien plus radicale, en défaveur de l'auteur présumé du dommage ? Une telle appréciation érige la faute en condition décisive de la responsabilité, tant elle semble déteindre sur tout le reste et dicter la solution du litige. Il importe, au contraire, de respecter l'ensemble des conditions strictes auxquelles le droit de la responsabilité subordonne le transfert des coûts liés à la réparation d'un dommage sur un tiers responsable<sup>99</sup>, fût-ce en se repliant sur une fraction seulement du dommage subi. Si c'est, enfin, le terme « chance » qui dérange, car paraissant dénaturé lorsqu'il s'agit d'éviter un risque déjà en germe, il faudrait peut-être le changer<sup>100</sup>. Qu'importe l'étiquette, pourvu qu'on appréhende cette réalité. Une position radicale pourrait même aller jusqu'à franchir le pas d'une politique d'indemnisation ouvertement partielle<sup>101</sup>, si notre droit n'était pas dominé par le précepte de la réparation intégrale du dommage.

### § 3. Retour à la perte de chance de prouver

La perte de chance de prouver un élément de la responsabilité peut témoigner du même ordre de difficultés de rattachement à l'une ou l'autre conception, lorsqu'il s'agit pour la victime de rechercher un coupable dans un contexte de risque auquel elle était soumise et qui s'est finalement réalisé.

<sup>96</sup> Th. WERQUIN, *op. cit.*, p. 9.

<sup>97</sup> E. MONTERO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire ? », note sous Mons, 10 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1091.

<sup>98</sup> Th. WERQUIN, concl. précédant Cass., 1<sup>er</sup> avril 2004 (disponibles sur [www.cass.be](http://www.cass.be)), p. 16.

<sup>99</sup> B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *op. cit.*, p. 217.

<sup>100</sup> Comme les chambres néerlandaises de notre Cour suprême, la Cour de cassation de France semble de moins en moins s'embarrasser de questions de langage : voy. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 14 octobre 2010, n° 09-69.195, *D.*, 2010, p. 2430.

<sup>101</sup> En ce sens : I. DURANT, *op. cit.*, p. 70, n° 48.

À première vue, étant donné que la faute à l'origine de la disparition du moyen de preuve est distincte de la faute à l'origine du dommage ressenti au premier chef, il peut être affirmé que la perte de la chance d'établir une responsabilité révèle une perte d'un avantage probable, celui pour la victime de ne pas devoir supporter son dommage, mais de pouvoir en reporter l'indemnisation sur un tiers. La perte de chance de prouver s'inscrirait ainsi indubitablement, selon nous, dans la conception restrictive ; mais les quelques commentaires sur le sujet ne trahissent pas une parfaite unanimité<sup>102</sup>. En effet, le dommage est réalisé, la perte est définitivement constatée et seule demeure la question de savoir si, sans la faute, elle aurait été évitée. L'amalgame résulte du lien étroit entre le dommage réellement subi et la dette de responsabilité qui en découle. Quoi qu'il en soit, tous s'accordent à dire que la perte d'une chance de prouver peut être admise, et la jurisprudence en est le reflet<sup>103</sup>. De quoi alimenter la thèse d'une assimilation large.

Nous avons vu que, dans les cas de pertes de chances de prouver, la question essentielle était celle de savoir si une chance *réelle* existait de parvenir à établir la responsabilité du dommage final. Une double application de perte de chance comme dans le jugement du Tribunal de première instance d'Anvers n'est possible que s'il est satisfait aux exigences de dommage certain. Ne pas les respecter, c'est faire de la perte de chance un concept aux contours flous et fragiliser la théorie tout entière, qui serait alors sujette à la critique<sup>104</sup>.

Il est temps de se pencher plus avant sur le contenu des conditions à remplir et sur la question toujours épineuse de l'évaluation.

### Chapitre 3

## Réflexions sur une délicate indemnisation

On peut parler de la perte de chance comme d'un « insaisissable préjudice intermédiaire »<sup>105</sup>. Déterminer la valeur économique de ce qui a été perdu dans les cas analysés est loin d'être une sinécure. La critique relative à la difficile évaluation du préjudice résultant de la perte de chance est cependant sans incidence sur la reconnaissance du principe même de ce dommage ; il faut donc s'efforcer de le circonscrire au mieux en vue de sa réparation intégrale. Au demeurant, le défi ne paraît pas plus relevé que lorsqu'il s'agit

<sup>102</sup> Q. DE RAEDT, *op. cit.*, p. 231.

<sup>103</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 « Le fait générateur et le lien causal », coll. Les Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 374-375 ; J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 93.

<sup>104</sup> B. WEYTS et Q. DE RAEDT, *op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>105</sup> J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 34.

d'indemniser un préjudice extrapatrimonial<sup>106</sup>. S'il est perçu comme tel, c'est peut-être à cause des tergiversations jurisprudentielles des dernières années quant à l'acceptation de la théorie : après avoir concentré leurs efforts pour convaincre le juge du bien-fondé de leur demande, il n'est pas rare de voir les plaideurs renvoyer au texte de leurs conclusions quant au *quantum* du dommage... qui y est pourtant, souvent, développé de façon très lapidaire.

À la base même de la théorie de la perte de chance, il y a l'impossibilité pour le juge de condamner un responsable à la réparation d'une partie du préjudice, selon un jugement de probabilité. Palliant la difficulté causale, l'écueil n'en resurgit pas moins au moment de déterminer l'étendue des chances que la victime possédait avant le fait générateur de responsabilité, celles qu'elle a définitivement perdues, mais surtout leur rapport avec la valeur du dommage final. Il convient de se pencher sur les conditions que doit réunir la chance visée pour être prise en considération (section 1), avant d'envisager son évaluation concrète (section 2). Nous terminerons à ce propos par quelques réflexions en cas de reconnaissance d'un préjudice autonome.

### Section 1

## Des chances dignes d'être réparées

La Cour d'appel de Mons rappelle les conditions qui doivent être remplies pour que la perte d'une chance puisse donner lieu à réparation : « Tout d'abord, la perte de chance doit être établie et doit être définitive, en ce sens que la chance d'obtenir un avantage ou d'éviter la survenance d'un désavantage doit avoir complètement disparu. Ensuite, la perte de chance doit être sérieuse, réelle ou raisonnable. Cela suppose que la perte de chance soit quantifiable et repose sur des méthodes d'analyse sérieuses. Il faut aussi que la perte de chance soit en relation de causalité certaine avec la faute »<sup>107</sup>. On passera rapidement sur la condition de perte définitive, qui ne semble pas poser de difficultés insurmontables. On ne pourrait indemniser une victime alors qu'en dépit de la faute commise par un tiers, elle conserverait la possibilité d'encore jouer sa chance et donc, finalement, de ne subir aucun dommage. Lorsque, par exemple, un huissier de justice perd de vue le délai de l'*actio iudicati*, la chance du créancier est à jamais perdue, car la poursuite de l'exécution forcée n'est plus envisageable<sup>108</sup> ; il en va différemment pendant le délai de prescription. Au-delà de cette condition liminaire, il est enseigné que la chance perdue doit être réelle et/ou sérieuse<sup>109</sup>. Ces deux caractères reposent sur une appréciation de fait. Mais que visent-ils exactement ? Constituent-ils vraiment deux conditions distinctes de la perte de chance ?

<sup>106</sup> E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 1090.

<sup>107</sup> Mons (20<sup>e</sup> ch.), 10 septembre 2015, R.G. n° 2014/506, disponible sur <http://jure.juridat.fgov.be>.

<sup>108</sup> Anvers, 28 octobre 2013, R.D.J.P., 2014, p. 210.

<sup>109</sup> P. ex., Liège, 15 mars 2012, R.G.A.R., 2013, n° 14953 ; Liège, 5 septembre 2014, J.L.M.B., 2015, p. 1456.

## § 1. Une chance « réelle », une chance certaine

La Cour de cassation se réfère, dans ses exigences, à la perte d'une chance « réelle » d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage<sup>110</sup>. À ce qualificatif est parfois adjoint celui de « raisonnable ». On s'entend généralement pour affirmer que la chance doit s'écarter du pur hasard, de la coïncidence ou encore de l'attente subjective de la victime. Elle doit présenter un caractère objectif<sup>111</sup>. En d'autres termes, la chance doit avoir une consistance, être entrée dans la sphère de potentialités de la victime : celle-ci doit s'en être emparée d'une quelconque manière, l'avoir fait sienne en l'intégrant à son patrimoine, de telle sorte qu'un lien concret pouvait être revendiqué avec cette chance<sup>112</sup>. Ainsi, le propriétaire du cheval fautivement empêché de concourir doit s'être inscrit à la course préalablement à la survenance du fait générateur.

Ce sont ces caractéristiques qui sont englobées par l'exigence d'une chance *réelle*. Il ne s'agit en aucun cas d'affirmer que, sans la faute, la personne lésée aurait obtenu l'avantage espéré, car le recours à la perte d'une chance implique par définition que cette question est insoluble. Dans le cas d'un soumissionnaire évincé d'un marché public, le juge motive inadéquatement sa décision s'il considère que la preuve de la perte d'une chance raisonnablement certaine d'obtenir le marché n'est pas rapportée, au motif que la demanderesse « n'invoque en l'occurrence aucun élément concret et précis, justifiant que le choix se serait porté sur elle si les irrégularités dénoncées n'avaient pas été commises et notamment que son offre présentait le caractère le plus intéressant »<sup>113</sup>. Pour rejeter toute indemnisation, la cour aurait dû constater que l'existence même d'une chance n'était pas démontrée, mais non exiger la preuve que l'entreprise évincée aurait emporté le marché.

Dire qu'une chance doit être réelle, c'est consacrer ni plus ni moins la certitude de cette chance et, ensuite, de sa perte<sup>114</sup>. Encore faut-il donc qu'elle soit *sérieuse*, si on veut donner une portée effective à chacun des termes.

## § 2. L'exigence de chance « sérieuse » : une question de seuils ?

Une des premières questions surgissant dans le cadre de l'indemnisation des chances perdues concerne la prise en compte de seuils minimum et maximum, en deçà ou au-delà desquels la réparation ne se justifierait plus (chances très

<sup>110</sup> Cass., 15 mars 2010, R.G. n° C.09.0433.N.

<sup>111</sup> G. VINEY, *Traité de droit civil. Les obligations, la responsabilité : conditions*, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 260 ; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 3<sup>e</sup> éd., Anvers-Bruxelles, Maklu-Bruylant, 1996, pp. 277-278 ; Cass., 2 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1085 ; Cass., 7 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 884.

<sup>112</sup> C. MÜLLER, *La perte d'une chance : étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 260.

<sup>113</sup> Mons, 20 juin 2008, *Entr. et dr.*, 2009, p. 380.

<sup>114</sup> M. BACACHE, *op. cit.*, p. 621, n° 7 ; « L'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation de la chance ne soit jamais certaine » (Cass. fr., 6 juin 1990, *Bull.*, p. 573, n° 224).

faibles) ou se confondrait avec le préjudice intégral ou réellement subi (chances très élevées). À partir de quand une chance est-elle *suffisamment* réelle et raisonnable ?

### A. Seule l'absence de tout préjudice ferait obstacle à l'indemnisation (approche qualitative)

S'il faut comprendre la condition relative au caractère sérieux de la chance comme une application du « cours normal des choses », la chance n'étant sérieuse que lorsque le préjudicié pouvait raisonnablement compter sur sa réalisation<sup>115</sup>, plus rien ne distinguerait encore la théorie des chances de la réparation du dommage intégral, puisque nous savons que la certitude judiciaire peut se contenter d'un degré élevé de probabilité au moment de retenir l'existence du lien causal entre la faute et le dommage réellement subi. Quel niveau doit, dès lors, être effectivement atteint pour qu'on puisse considérer que le lien de causalité avec le préjudice final est établi ?

Une vision englobante voudrait, par exemple, qu'une chance évaluée à 95 % entraîne une condamnation à la réparation de tout le dommage subi, car une certitude à 100 % n'est pas exigée et est souvent impossible à établir<sup>116</sup>. Mais, à l'opposé, il doit pouvoir être affirmé que, du moment que des outils scientifiques permettent de mettre en évidence un pourcentage – fût-il minime – de chances mettant en doute le lien causal, l'examen doit se rapporter aux seules chances restantes, et non au préjudice réellement subi, dont on ne peut prouver le caractère suffisamment certain. « Avoir une chance (très) élevée d'obtenir tel marché, tel emploi ou telle promotion ne revient pas à avoir l'assurance ou le droit de l'obtenir »<sup>117</sup>. Le résultat pourrait être tout autre si, à défaut de statistiques, le juge tirait son estimation de ce qui lui semble correspondre à l'expérience générale de la vie. Dans ce cas, sans doute, est-il plus contestable qu'une responsabilité entière ne soit pas retenue sur la base d'une hésitation toute relative et subjective. Mais il paraît, en revanche, difficilement admissible d'aggraver la responsabilité de l'auteur de la faute lorsque celui-ci peut se retrancher derrière des éléments objectifs étayant une répartition du risque<sup>118</sup>.

De la même façon, le principe de la réparation intégrale du dommage peut s'opposer à l'établissement d'un seuil minimal. Même la faute avec l'incidence la plus légère devrait donner lieu à une compensation. C'est surtout

<sup>115</sup> Comp. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 50, n° 36 (la réalisation de la chance doit être « probable »).

<sup>116</sup> Th. VANSWEEVELT, *op. cit.*, p. 292 : « on pourrait encore faire état [...] d'un cours normal des choses lorsqu'un acte médical (omis *in casu*) aurait conduit à la guérison ou à la survie dans 80 % des cas ». Notons que l'arrêt de principe du 19 juin 1984 consacrait déjà la théorie de la perte de chance face à des chances évaluées à 80 % (Cass., 19 juin 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 548). Le même pourcentage a servi à l'indemnisation des chances de survie du cheval Prizrak dans l'arrêt du 5 juin 2008.

<sup>117</sup> J.-M. BINON, *op. cit.*, p. 396.

<sup>118</sup> Pour un exemple de cas où la perte de chance fut évaluée à 99 %, Cass., 19 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 212 ; Anvers, 28 octobre 2013, *R.D.J.P.*, 2014, p. 208.

un problème de preuve qui risque de se poser<sup>119</sup>, mais l'adage *de minimis non curat praetor* n'est normalement pas d'application. Cette considération semble particulièrement sensible en matière médicale : « No matter how small that chance may have been – and its magnitude cannot be ascertained – no one can say that the chance of prolonging one's life or decreasing suffering is valueless »<sup>120</sup>. Dans le même sens et à l'extrême, on retrouve des « décisions qui, partant du principe qu'un procès n'est jamais perdu d'avance et que, même s'il est aléatoire, il constitue un moyen de pression sur l'adversaire, ont admis que toute faute ayant entravé la poursuite de l'instance a nécessairement privé le plaideur d'une chance d'améliorer sa situation actuelle » ; la faiblesse de la chance ne devrait avoir « d'influence que sur le montant de la condamnation qui se trouve réduit d'autant »<sup>121</sup>.

La Cour de cassation française a clairement posé le principe : « Attendu que pour limiter l'indemnisation accordée aux époux X... au montant des frais de procédure engagés en pure perte, l'arrêt retient que la perte de chance d'obtenir la réformation du jugement du tribunal de commerce était faible, dès lors que l'issue de l'appel manqué apparaissait incertaine [...] ; qu'en statuant ainsi par des motifs impropres à démontrer l'absence de toute probabilité de succès de l'appel manqué, alors que la perte certaine d'une chance, même faible, est indemnisable, la cour d'appel a violé le texte susvisé »<sup>122</sup>. Il ne s'agit que de la transposition des règles d'indemnisation du droit commun, au terme desquelles tout préjudice est indemnisable, quelle que soit sa grandeur, pourvu qu'il soit certain et légitime. « Dans ces conditions, le caractère "sérieux" de la perte de chance, relevé dans certains arrêts aux côtés du caractère réel, apparaît comme redondant par rapport à ce dernier et renvoie à une appréciation qualitative et non quantitative : est sérieux ce qui est fondé et non ce qui est substantiel »<sup>123</sup>. Une fois établie la réalité de la chance, il n'est donc plus besoin de se pencher sur l'importance de celle-ci pour en admettre l'indemnisation. La chance doit être simplement réelle, et commencera alors le travail d'évaluation concrète.

D'après cet enseignement, plutôt que de parler du caractère sérieux de la chance, on serait mieux inspiré de s'en tenir à l'exigence de dommage *certain*, déjà exprimée par la condition de chance réelle. Une telle terminologie est

<sup>119</sup> E. MONTERO et A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 1090 ; comp. B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 493.

<sup>120</sup> « Peu importe à quel point la chance était réduite – son ordre de grandeur ne pouvant d'ailleurs être vérifié – personne ne peut dire que la chance de prolonger une vie ou de diminuer la souffrance est sans valeur » (traduction libre) (*James v. United States*, 483 F. Supp. 587 (U.S. District Court, N.D. California, 1980), cité par C. MÜLLER).

<sup>121</sup> G. VINEY, *op. cit.*, p. 99 ; voy. D. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 79 : l'auteur y note que des chances « minimales » sont suffisantes pour permettre à la théorie d'être mise en œuvre. Mais ces chances avaient, en l'espèce, été évaluées à 15 %, ce qui relativise ce qui est « minime » et renvoie à l'incontournable question des seuils (voy. *infra*, pp. 184 et s.).

<sup>122</sup> Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 16 janvier 2013, D., 2013, Études et comm., p. 619.

<sup>123</sup> M. BACACHE, *op. cit.*, p. 621, n° 8.

peut-être paradoxale dans une matière dominée par l'incertitude, mais « dire que le dommage doit être "certain" n'est pas affirmer un caractère particulier du préjudice, mais constater qu'il doit exister et que sa preuve doit être rapportée par le demandeur »<sup>124</sup>.

## B. La perte de chance comme préjudice de substitution (approche quantitative)

D'après le dictionnaire *Larousse*, le sérieux est le « caractère de ce qui mérite attention, du fait de sa valeur propre, de son importance, de sa gravité ». Une autre position est possible, qui colle peut-être davantage à cette définition.

Dans la doctrine relative à l'évaluation de la perte de chance, un point rencontre l'unanimité : en aucun cas la condamnation ne peut porter sur la réparation de l'intégralité de l'avantage attendu, mais elle doit se limiter à une partie de celui-ci, correspondant à ladite chance<sup>125</sup>. Ceci dit, il n'est pas possible de faire entièrement abstraction du préjudice final, avec lequel la perte de chance entretient nécessairement un rapport de dépendance. C'est parce que le justiciable a perdu son procès qu'il est autorisé à invoquer une perte de chance à l'encontre de son avocat ; c'est parce que le patient est décédé que ses ayants droit sont fondés à poursuivre la réparation de la perte d'une chance de voir leur auteur survivre.

Quelle que soit la conception – restrictive ou extensive – à laquelle on se rattache, il n'est pas discutable que la perte de chance est un préjudice de substitution par rapport au dommage que la victime pouvait ne pas courir, un « dommage de garantie, qui suppose à la fois l'existence et la défaillance du dommage principal »<sup>126</sup>. Selon M. Bacache, cette nature particulière devrait permettre de justifier certains écarts par rapport au droit commun de la responsabilité. Comme il s'agit à la base de pallier l'incertitude causale entre le fait générateur et le préjudice ressenti de prime abord, « des conditions supplémentaires pourraient être exigées pour admettre le caractère réparable de ce chef de préjudice particulier. À ce titre, l'élévation du niveau de gravité du préjudice de substitution pourrait servir à compenser l'incertitude inhérente à la réparation du préjudice substitué. La réparation du préjudice de perte de chance devrait pouvoir refléter l'incertitude première touchant à la réparation du préjudice final puisque la certitude seconde n'est que de substitution. Dans ces conditions, le caractère "sérieux" de la perte de chance ne serait plus redondant par rapport à son caractère "réel". Il constituerait une exigence

<sup>124</sup> G. VINEY, *op. cit.*, n° 275.

<sup>125</sup> « L'arrêt qui répare le dommage né de la perte de chance de postuler à [un] emploi par l'octroi des avantages du statut auquel le défendeur n'a pu accéder, viole les articles 1382 et 1383 du Code civil » (Cass., 23 octobre 2015, R.G. n° C.14.0589.F) ; « Seule la valeur économique de la chance perdue est réparable. Cette valeur ne saurait constituer le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu » (Cass., 21 octobre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 1999) ; Cass., 17 décembre 2009, R.G. n° C.09.0190.N ; *Pas.*, 2009, I, p. 3056 ; Anvers, 28 octobre 2013, *R.D.J.P.*, 2014, p. 210 ; Th. VANSWEEVELT, *op. cit.*, p. 288.

<sup>126</sup> M. BACACHE, *op. cit.*, p. 622, n° 13.

supplémentaire et impliquerait une appréciation quantitative et non seulement qualitative du préjudice, sérieux devenant synonyme de substantiel »<sup>127</sup>. Ainsi, la condition de sérieux de la chance serait maintenue, la chance devant toujours être réelle et sérieuse<sup>128</sup>. Inhérent à la logique même de ce dommage dont il est demandé réparation (à titre subsidiaire le cas échéant), ce maintien permettrait d'éviter de s'engouffrer dans une discussion qui deviendrait trop abstraite par son éloignement du dommage réellement subi.

Pour cette raison, par cet équilibre qu'elle permet d'offrir à la théorie de la perte d'une chance, cette thèse a notre préférence. Elle nous semble d'autant plus défendable que notre Cour de cassation, bien qu'ayant posé comme principe que tous les dommages dont l'existence est établie doivent être réparés, même les plus minimes<sup>129</sup>, n'a pas encore été amenée à prendre une position aussi tranchée que celle de son homologue d'outre-Quévrain en ce qui concerne la perte de chance.

La référence au dommage final subi *in concreto* est donc pratiquement incontournable : il reste au centre des attentions, bien que le débat se soit déplacé sur un autre préjudice théorique, car c'est bien ce risque dans son ensemble qui s'est réalisé alors qu'il aurait pu être évité<sup>130</sup>. Tout le droit de la responsabilité civile est construit autour du dommage final, le montant de l'enjeu perdu devant, en principe, se déterminer pas son biais<sup>131</sup>.

À défaut de prouver le caractère sérieux, tout en établissant la perte d'une chance réelle, la personne lésée ne pourrait prétendre, selon nous, qu'à un préjudice autonome, distinct de l'évaluation du dommage réalisé.

Une telle position impose inévitablement de déterminer le seuil à partir duquel une chance est « sérieuse ». L'analyse de la jurisprudence montre que les pertes de chances reconnues portent très souvent sur des pourcentages dépassant les 50 %, mais il ne faut pas en tirer de conclusion hâtive. Depuis longtemps, des décisions acceptent de réparer des chances d'éviter la réalisation d'un risque bien inférieures<sup>132</sup>. En réalité, on pose ici un problème insoluble, dans la mesure où tracer une frontière nette (10 %, 20 %, 50 %...) emporte en soi le risque de différences de traitement non justifiées selon que l'on se situe juste au-dessus ou juste en-dessous du seuil<sup>133</sup>.

Naturellement surgirait la tentation de jouer artificiellement sur le pourcentage de chances pour permettre – ou non – l'indemnisation. Nul doute que l'enjeu du litige occuperait une place prépondérante, le juge étant peut-être

enclin à considérer comme sérieuse une chance représentant quelques pour cent seulement, s'il s'agit de rapporter celle-ci à un dommage final très conséquent, alors qu'il aurait tendance à retenir un seuil sensiblement plus élevé face à des conséquences moins graves pour la victime.

Nous n'avons pas la prétention de fixer de tels seuils, tout simplement parce que nous ne pensons pas qu'ils puissent l'être. Ce qui compte, c'est que les juges développent une jurisprudence cohérente (à l'instar de ce qui sera encore dit à propos du préjudice autonome), en pointant les motifs de nature à conforter leur appréciation de ce qui est « sérieux ». La proximité du moment auquel l'espoir déçu aurait pu se concrétiser à défaut de faute pourrait, par exemple, constituer l'un de ces critères : « En effet, plus ce moment est éloigné, plus il est vraisemblable que des circonstances extérieures l'auraient, de toute façon, empêché de se réaliser [...] »<sup>134</sup>. Ainsi, dans l'arrêt du 6 décembre 2013 analysé plus haut, les chances étaient d'autant moins certaines que neuf années s'étaient écoulées entre la faute reprochée à la banque et l'ouverture de la succession ; si le décès de la mère de la demanderesse était intervenu seulement quelques semaines ou quelques mois après le refus de transfert de l'argent, la décision aurait pu être tout autre.

Travailler en ce sens permettra de dégager progressivement des réflexes dans le raisonnement des juges et d'offrir certaines balises propres à réduire l'arbitraire et les disparités entre les décisions.

### § 3. L'exigence de lien causal, miroir des chances sérieuses

Il ne fait plus aucun doute qu'une fois la chance établie, le demandeur en responsabilité doit prouver que, sans le fait générateur, il n'aurait pas perdu la chance en question. La faute doit être la condition *sine qua non* de la perte de cette chance, selon le test de l'équivalence des conditions. La perte d'une chance procède d'une substitution de dommage, sans qu'il soit, à aucun moment, dérogé à l'exigence causale.

La Cour de cassation, dans un récent arrêt de rejet, semble valider un certain amalgame entre cette dernière et la condition du sérieux de la chance. En l'espèce, un mémorant s'était vu autoriser par ses promoteurs à présenter son travail de fin d'études, qui s'était finalement soldé par un échec. Il prétendait avoir perdu la chance de défendre son mémoire dans de meilleures conditions et de réussir. Il fut débouté de sa demande, sans que la Cour trouve à y redire : « L'arrêt considère "qu'il n'est pas démontré que, si les promoteurs avaient refusé leur autorisation à l'impression [...], [le demandeur] [...] aurait soit obtenu le couronnement de ses études en obtenant pour son mémoire la note minimale requise [...], soit eu des chances sérieuses de l'obtenir" et que, "au contraire, s'il s'était heurté à un refus d'impression et de présentation de son mémoire, il aurait dû soit y renoncer provisoirement (pour le retravailler à nouveau)

<sup>134</sup> G. VINEY, *op. cit.*, p. 100.

<sup>127</sup> M. BACACHE, *op. cit.*, p. 622, n° 14.

<sup>128</sup> P. ex., Liège, 3 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 847, où le juge a considéré que la chance postulée était « si ténue » qu'elle ne constituait pas un préjudice indemnifiable.

<sup>129</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 30 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 337.

<sup>130</sup> L. THÉVENOZ, *op. cit.*, p. 255 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. 103.

<sup>131</sup> B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 493.

<sup>132</sup> Sent. arb., 10 octobre 1927, *R.G.A.R.*, 1928, p. 292 ; Mons, 16 février 1981, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10479, note.

<sup>133</sup> Et ce, de manière quelque peu arbitraire en présence notamment de rapports d'expertise incapables d'établir des niveaux de probabilité incontestables (C. MÜLLER, *op. cit.*, p. 265).

ou définitivement, soit prendre le risque de présenter son mémoire en l'état, sans l'aval du promoteur, sans qu'il soit démontré qu'en ce cas, il aurait eu de sérieuses chances de réussir". Il suit de ces motifs que l'arrêt ne refuse pas d'indemniser le dommage allégué par le demandeur au motif que ce dommage consisterait en une chance perdue qui ne serait pas sérieuse mais parce qu'il exclut l'existence d'un lien causal entre la faute de la défenderesse et tout le dommage du demandeur dès lors qu'il lui paraît certain que, en l'absence de chance sérieuse de réussite, pareil dommage se serait, sans la faute, néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé »<sup>135</sup>.

L'absence de chances sérieuses d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice induirait donc une absence de lien causal, ce qui est logique, puisque rien ne permet alors de soutenir que, sans la faute, le dommage ne se serait pas produit de la même façon. À notre connaissance, c'est la première fois que les choses sont ainsi prononcées par notre Cour de cassation, le raisonnement étant déjà répandu dans la jurisprudence de fond<sup>136</sup>. On peut y voir une indication de plus du lien intime qu'entretiennent l'exigence de dommage certain et celle de lien de causalité dans notre droit de la responsabilité civile.

## Section 2

### Méthodes d'évaluation

La dernière étape consiste à chiffrer le préjudice. De nombreuses décisions évaluent les pertes de chances en procédant à une indemnisation *ex aequo et bono*. On sait qu'un tel mode de réparation doit normalement rester subsidiaire par rapport à d'autres méthodes permettant d'approcher davantage une indemnisation *in concreto*<sup>137</sup>. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de repartir de la valeur de l'enjeu perdu (§ 1). Quand la référence à cette perte devient trop abstraite, la voie d'un préjudice autonome est envisageable (§ 2).

### § 1. L'indemnisation différentielle

#### A. Le principe

Lorsqu'elle est possible, la technique de l'indemnisation différentielle est la démarche à privilégier. Elle consiste à rapporter à la valeur du dommage final (l'enjeu poursuivi par la chance initialement détenue) le pourcentage correspondant à la probabilité de réalisation de la chance perdue. L'indemnisation

<sup>135</sup> Cass., 9 octobre 2015, inédit, R.G. n° C.14.0277.F, p. 3.

<sup>136</sup> « Dans le doute quant aux causes de l'ischémie, force est de constater que les demandeurs, sur qui pèse la charge de la preuve, ne peuvent établir un lien causal certain entre les fautes et la perte de chance qu'ils invoquent, ne démontrant en effet pas que des soins optimaux de l'ischémie auraient certainement donné une chance sérieuse à la victime de ne pas subir les séquelles qu'elle présente » (Liège, 22 novembre 2012, R.G.A.R., 2014, n° 15072) ; « Si la chance est des plus aléatoires, il y a lieu d'exclure tout lien causal entre la faute commise et le dommage allégué » (Comm. Bruxelles, 4 février 2014, D.A./O.R., 2014, p. 64).

<sup>137</sup> D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 13.

revenant à la victime est alors une fraction du dommage réellement subi<sup>138</sup>. Plus précisément, puisqu'il s'agit d'inclure l'hypothèse d'une simple diminution des chances à côté de la perte de chance au sens strict du terme, « l'indemnisation est le produit de la différence entre la quantité de chance initiale et la quantité de chance finale par le montant de l'avantage escompté »<sup>139</sup>.

Le moyen d'y arriver n'est pas invariable. Dans une première série de cas, la solution s'impose d'elle-même. Lorsque la chance est disponible sur un marché donné, en ce sens qu'une loi de l'offre et de la demande permet de lui attribuer une valeur en temps normal, le juge peut se référer à cette valeur pour indemniser la victime. Il en va ainsi de la perte d'un billet de loterie ou d'un pari sportif : le prix du billet est censé traduire adéquatement l'aléa et le dommage correspond à ce prix ; le dommage du parieur devrait, quant à lui, correspondre à la cote donnée par les *bookmakers*, multipliée par le montant de sa mise.

À côté de ces exemples relativement évidents, on trouve des chances qui prennent place dans un contexte économique déterminé ou déterminable. C'est le cas du cheval de course, dont la probabilité de victoire (toujours fonction de sa cote) sera appliquée au *prize money* de la compétition. La perte d'une chance d'un bon placement en Bourse entre également dans cette catégorie<sup>140</sup>.

Une telle valeur de marché n'est pas toujours disponible. La santé, une procédure en justice visant à la réputation d'une personne, l'espoir de développer une vie de famille ne sont pas naturellement négociables comme peuvent l'être les objets d'autres dommages. Théoriquement, la détermination de la valeur de la chance devrait néanmoins procéder d'un raisonnement *a priori*, puisque l'indemnisation de la victime implique une comparaison avec la situation dans laquelle celle-ci aurait dû se trouver en l'absence de faute. Antérieurement à la survenance du fait dommageable, à quel prix la personne lésée aurait-elle été disposée à abandonner la chance qu'elle détenait ? B. Dubuisson compare la situation avec le fonctionnement des assurances : le montant de la prime y est totalement indépendant de la réalisation du risque couvert, car le prix

<sup>138</sup> I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *op. cit.*, p. 95 ; Y. CHARTIER, *op. cit.*, pp. 39 et 686, n° 558 ; I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, pp. 41-44 ; H. NYS, « Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie », R.W., 1988-1989, p. 1161, n° 22 ; P. SARGOS, « L'évolution du droit de la responsabilité médicale dans la jurisprudence civile de la Cour de cassation de France », R.G.A.R., 1999, n° 13134, n° 25. À titre d'illustration, dans l'arrêt du 5 juin 2008, la Cour de cassation a avalisé la méthode utilisée par les juges d'appel : ceux-ci ont déterminé la valeur économique de la chance en appliquant le pourcentage de 80 % retenu au montant total des recettes que la mort de l'animal n'avait pas permis de toucher (évaluées à près de 400 000 euros) (S. LIERMAN, *op. cit.*, p. 798). Un auteur s'est penché sur la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne pour montrer l'évolution, à ce niveau, des décisions rendues vers une application de plus en plus rigoureuse de cette règle de l'« indemnisation différentielle » : J.-M. BINON, *op. cit.*, pp. 379-396.

<sup>139</sup> Ch. QUÉZEL-AMBRUZAZ, *op. cit.*, p. 161, qui cite l'exemple d'un cheval qui n'aurait pas été empêché de prendre part à la course, mais aurait été drogué.

<sup>140</sup> Voy. N. VANDERSTAPPEN, « Le dommage boursier par désinformation et les conditions de sa réparation : morceaux choisis sur la question du lien causal et de la perte de chance », *Dr. banc. fin.*, 2013, liv. 5, pp. 260-273.

est approché préalablement, par un procédé de mutualisation et en référence à la loi des grands nombres. Les plans de l'assureur seront déjoués en cas de survenance de dommages d'une grande gravité, mais cela n'en demeure pas moins la seule façon d'appréhender la valeur économique du risque. La détermination de la valeur économique de toute chance devrait idéalement obéir aux mêmes principes, puisqu'on la pose comme un préjudice spécifique. Ce serait toutefois oublier que la mutualisation s'oppose à l'idée même de responsabilité civile, qui s'attache à régler la situation particulière d'une personne subissant un dommage concret<sup>141</sup>. C'est perdre de vue également que, dans bien des cas, la chance perdue n'a pas de prix et que la victime n'aurait poursuivi qu'une chose : la jouer jusqu'au bout.

Reprenons l'exemple des soins de santé. On peut d'abord considérer que la chance a une valeur économique qui correspond, en tout cas, à la valeur de la contre-prestation que le patient se promettait d'offrir en consultant le médecin. Consciente de l'aléa entourant son état de santé, la future victime était disposée à payer une certaine somme d'argent (frais d'hôpitaux, de traitements, honoraires...) pour être soignée. Pour cette raison, il ne serait déjà pas fondé de la priver de réparation<sup>142</sup>. Mais on comprend d'emblée que la valeur de la chance perdue dépasse cette simple « valeur de marché ». En réalité, sauf exception, et comme déjà exposé à propos des conditions de prise en compte de la chance, l'évaluation ne peut faire abstraction du dommage final. Face à un accident médical, la démarche doit donc consister, dans un premier temps, à chiffrer le dommage conformément aux règles habituelles de la réparation du dommage corporel, avant d'y appliquer la probabilité initiale de survenance de la chance<sup>143</sup>.

Dans un contexte où des données scientifiques sur les chances et les risques sont de plus en plus disponibles grâce aux études rendues nécessaires dans les pays faisant application de la théorie de la perte de chance, surmonter l'obstacle de l'indemnisation n'est plus tellement une gageure<sup>144</sup>. Les difficultés liées à l'interprétation des preuves statistiques se résolvent dans une certaine mesure par la pertinence de l'intervalle de confiance qui, sans pouvoir éradiquer totalement le hasard, permet de créditer davantage le résultat de l'enquête. Le grand nombre d'enquêtes corroborant l'ampleur des chances renforcera la conviction de l'expert, puis du juge<sup>145</sup>. La technique de l'indemnisation

<sup>141</sup> B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 494.

<sup>142</sup> C. MÜLLER, *op. cit.*, p. 262. « If someone is prepared to contract for a chance and a fortiori to give consideration for it, it would be inconsistent for the law to treat it as being of no value, particularly since "value" in this context does not depend exclusively on profitability » (B. COOTE, « Chance and the burden of proof in contract and tort », *62 Australian Law Journal* (1988), p. 768).

<sup>143</sup> *Comp. Liège*, 22 janvier 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1758.

<sup>144</sup> C. MÜLLER, *op. cit.*, p. 374.

<sup>145</sup> Malgré ce sentiment, le juge ne peut cependant jamais se baser exclusivement sur les données statistiques, mais il doit partir de celles-ci pour les rapprocher des circonstances concrètes de la cause ; « une généralisation des statistiques médicales est interdite » (Th. VANSWEEVELT, *op. cit.*, p. 289). En fait, un passage doit s'opérer d'une probabilité purement statistique à une probabilité estimative, ce qui consiste à rapporter la

différentielle apparaît, dans la majorité des cas, comme « la forme la plus équitable de compensation de la perte d'une chance »<sup>146</sup> et doit, à ce titre et dans toute la mesure du possible, être privilégiée.

## B. L'ex aequo et bono

Il est souvent enseigné que, si les éléments d'une évaluation concrète du dommage ne sont pas disponibles, le juge n'a d'autre choix que de recourir à une indemnisation forfaitaire<sup>147</sup>. Les décisions le font lorsque la chance, quoique certaine, n'est pas précisément mesurable ou lorsque le préjudice final ne peut pas être approché concrètement. Pour autant que la méthode d'évaluation utilisée soit susceptible d'aboutir à une réparation intégrale, le pouvoir souverain d'appréciation du juge lui permet de recourir à celle de son choix<sup>148</sup>. L'évaluation *ex aequo et bono* n'est cependant autorisée que s'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre un autre mode de calcul proposé par la victime et qu'il constate l'impossibilité de déterminer autrement encore le dommage<sup>149</sup>.

Une décision avait accordé une somme de 10 000 euros à une personne qui recherchait la responsabilité de son conseil, celui-ci ayant omis d'introduire une procédure d'appel et ayant ainsi fait perdre à sa cliente une chance de récupérer le droit d'exploiter une marque renommée et d'échapper au paiement d'astreintes. Selon le juge d'appel, « la certitude et la réalité d'une chance ne portent pas sur le résultat espéré ou les chances de réussite » de la procédure d'appel, de sorte qu'une appréciation basée sur ceux-ci serait dénuée de pertinence. La Cour de cassation a considéré qu'en ne tenant pas compte des chances de réussite en appel, l'arrêt n'était pas légalement justifié<sup>150</sup>.

En réalité, malgré la présentation qui en est généralement faite, il nous semble que l'évaluation *ex aequo et bono* n'est rien d'autre qu'une application particulière de l'indemnisation différentielle. Ici aussi, il est possible de reconstruire artificiellement, par une règle de trois, le raisonnement suivi par le juge pour déterminer le pourcentage de chances retenu et appliqué à la valeur de l'enjeu. La différence se situe éventuellement à deux niveaux. Premièrement, il est possible que le juge ne puisse cerner scientifiquement la probabilité de réalisation de la chance : ce qu'il fait alors implicitement, c'est évaluer cette probabilité en équité, avant de procéder à l'indemnisation différentielle. Cette

moyenne résultant d'un grand nombre d'observations de cas similaires à un cas précis, de manière à en vérifier la pertinence : B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 493 ; C. MÜLLER, *op. cit.*, p. 149. Notons que, dans les litiges relatifs aux chances de gain d'un procès, les juges ont leur tâche facilitée par leur propre expertise en la matière. L'objectif est qu'ils appliquent la même technique dans tous les domaines.

<sup>146</sup> J.-M. BINON, *op. cit.*, p. 394.

<sup>147</sup> *Gand*, 7 novembre 2012, *R.G.D.C.*, 2014, p. 332 ; *Mons*, 26 octobre 2012, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, où un forfait est accordé à défaut pour l'appelant de fournir des éléments chiffrés en ce qui concerne sa situation matérielle.

<sup>148</sup> *Cass.* (3<sup>e</sup> ch.), 18 septembre 2013, *Consilio*, 2014/2, pp. 72 et s., note M. FIFI, « L'insoutenable a-t-il un prix ? ».

<sup>149</sup> *Cass.* (2<sup>e</sup> ch.), 19 mars 2014, *R.G.* n° P13.0366.F ; *Cass.*, 20 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 179.

<sup>150</sup> *Cass.* (3<sup>e</sup> ch.), 21 octobre 2013, *R.G.* n° C.13.0124.N, p. 3.

évaluation est d'ailleurs inévitable, si on veut donner une portée effective à la condition de chance « sérieuse ». Deuxièmement, il se peut que l'enjeu lui-même ne puisse être approché que forfaitairement, faute de données matérielles objectives. La perte de chance ne présente toutefois aucune spécificité de ce point de vue et l'indemnisation différentielle se fera sur l'enjeu ainsi évalué. Comme l'indemnisation de la perte d'une chance prend par définition la forme d'une réparation par équivalent<sup>151</sup>, il importe d'avoir à l'esprit que toute traduction en termes monétaires d'une perte – qu'elle soit patrimoniale ou extrapatrimoniale – témoigne d'une certaine approximation. Lorsque le dommage réellement subi n'est pas exactement quantifiable (par exemple, perte d'une chance de remporter un procès dont l'enjeu était autre que purement pécuniaire), le forfait accordé sans plus d'explication peut d'autant plus sembler n'être qu'une simple compensation bien insuffisante. La réparation n'apparaîtrait plus que comme un expédient, loin de l'utopie d'une réparation intégrale qui est en fait souvent malmenée<sup>152</sup>. Les juges garderont cela à l'esprit au moment de motiver une indemnisation *ex aequo et bono*.

La préoccupation doit être de ne pas verser dans la « barémisation forfaitaire et réductrice »<sup>153</sup> de l'indemnisation de la perte de chance. Encore une fois, la mesure du dommage final doit servir de garde-fou, le but étant bien de coller approximativement au dommage<sup>154</sup>. Même par le biais d'une évaluation *ex aequo et bono*, l'indemnisation différentielle permet de se calquer au maximum sur la mesure du dommage réellement subi rapporté à l'importance de la chance perdue. Contrairement à un préjudice parfaitement autonome, le forfait octroyé devra donc l'être au regard de l'importance du dommage réalisé.

## § 2. Le forfait octroyé au titre de préjudice autonome : quelques lignes directrices

La perte de chance de prouver offre une illustration de l'intérêt, dans certaines hypothèses, de s'écarter de la référence au dommage réellement subi, qui n'est peut-être plus aussi pertinente. En résumé, il pourrait en aller ainsi chaque fois qu'il s'agit de réparer les conséquences d'une faute autre que celle matériellement à l'origine du dommage réellement subi<sup>155</sup> ou encore lorsqu'aucun élément tangible ne permet d'établir la consistance d'un dommage (certain dans son principe).

Soyons clairs, nous nous permettons d'intégrer à notre propos la réflexion sur un préjudice autonome, car, comme nous l'avons exposé, nous partageons

<sup>151</sup> Comme il ne s'agit pas d'octroyer à la victime l'entière de l'enjeu soumis à la chance, on voit mal comment une réparation en nature serait envisageable.

<sup>152</sup> Voy. l'étude de I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 441 et s., spéc. p. 478.

<sup>153</sup> D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>154</sup> P. VAN OMMELAGHE, *Traité de droit civil*, t. II « Les obligations », Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1654, n° 1121.

<sup>155</sup> *Supra*, p. 161.

l'idée qu'un dommage doit « réellement » avoir été subi par la victime pour ouvrir la voie à une quelconque réparation. Que celle-ci, au stade de son évaluation, soit complètement détachée du montant final de l'enjeu ne nous semble pas, *a priori*, incompatible avec ce que nous avons dit concernant le caractère réel de la chance. L'estimation prendra ici un contour plus abstrait encore que dans le cadre d'une évaluation *ex aequo et bono*, à l'occasion de laquelle une référence à l'enjeu initial est implicitement maintenue.

Approcher un dommage par abstraction n'est pas nouveau en droit belge : « Si l'évaluation du dommage peut prendre la forme d'une évaluation abstraite, l'établissement du dommage lui-même peut procéder du recours à une méthode favorisant l'abstraction »<sup>156</sup>. La clause pénale, les intérêts moratoires et l'intervention dans les frais d'avocats de la partie qui l'emporte en sont des exemples. Le principe de la réparation intégrale y prend un tour différent (référence au dommage *prévisible* dans la clause pénale) ou est simplement mis de côté (indemnité de procédure), alors pourtant que le dommage réellement subi peut être parfaitement mesurable. Une telle abstraction n'est pas nécessairement défavorable à la victime, bien au contraire, puisqu'elle la dispense de la charge d'une preuve qui peut s'avérer compliquée<sup>157</sup>.

À l'instar du préjudice d'impréparation, une difficulté critique d'un dommage autonome, d'ordre moral, relatif à la privation fautive d'un élément de preuve n'en réside pas moins dans la fixation du montant accordé : la victime pourrait-elle prétendre à autre chose qu'une indemnité symbolique et comment fixer celle-ci ?

En établissant de manière abstraite le montant de la condamnation, certains pourraient opposer que le préjudice autonome cacherait en réalité une volonté de sanctionner l'auteur du dommage. Un attachement au principe de la réparation intégrale du dommage, pierre angulaire de notre droit de la responsabilité civile, empêche pourtant de verser dans des dommages et intérêts « punitifs ». De la même façon que la responsabilité civile n'est pas censée tenir compte de la récidive, la jurisprudence rappelle régulièrement le caractère indemnitaire, et non punitif, des dommages et intérêts<sup>158</sup>. « L'action en réparation d'un dommage moral n'a pas pour but d'infliger une peine privée à la partie responsable du dommage »<sup>159</sup>. Mais il faut bien admettre que, même en se limitant à une condamnation symbolique de l'auteur de la faute, celle-ci inviterait déjà le juge à se concentrer non sur le préjudice subi, mais sur le comportement répréhensible, induisant une fonction comminatoire.

Malgré l'affirmation de principe, notre droit connaît des allocations de dommages et intérêts qui peuvent prendre un tour assez punitif ou tenant compte,

<sup>156</sup> I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage », *op. cit.*, p. 486.

<sup>157</sup> *Ibid.*, p. 479.

<sup>158</sup> X. THUNIS et B. FOSSÉPREZ, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 240.

<sup>159</sup> Cass., 10 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 147.

en tout cas, du comportement de l'auteur du dommage. La volonté de punir l'auteur d'une faute intentionnelle est, par exemple, bien établie à travers l'application de l'adage *fraus omnia corrumpit*<sup>160</sup>. On sait qu'en matière contractuelle, l'article 1150 du Code civil prévoit une aggravation de l'obligation de réparation dans le chef du débiteur auteur d'un dol. La meilleure illustration demeure celle des atteintes aux droits de la personnalité, où on a noté une évolution de l'octroi d'une indemnisation symbolique vers des montants nettement plus consistants<sup>161</sup>. Dans l'évaluation du dommage qui nous préoccupe, on pourrait s'inspirer de cette dernière jurisprudence, mais en gardant à l'esprit le risque de dérives sur le plan des principes. On sera donc attentifs à ce que le comportement plus ou moins adéquat, volontaire (p. ex., délit de fuite) ou involontaire, à l'origine de la perte de chance de prouver n'influence pas outre mesure le montant de la condamnation<sup>162</sup>.

Par contre, chiffrer de manière conséquente le préjudice autonome n'a pas automatiquement pour effet de rendre la faute lucrative dans le chef de la victime, en surindemnisant son préjudice<sup>163</sup>. Le risque de surindemnisation nous paraît d'autant plus facile à évacuer face à une impossibilité de prouver la responsabilité du dommage final, puisque, par définition, la victime ne cumulera jamais l'indemnisation octroyée au titre du préjudice autonome avec la réparation du dommage final. L'absence d'imputabilité du dommage réalisé, faute de preuve, doit être la condition *sine qua non* de la reconnaissance d'un préjudice autonome pour impossibilité de prouver.

À titre de comparaison, la situation analysée ne se confond pas non plus, par exemple, avec les hypothèses de sanctions prévues dans la loi relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé pour forcer la collaboration à l'administration de la preuve. Cette loi a établi, en faveur du Fonds des accidents médicaux, un arsenal de « peines privées » visant à contraindre les intervenants au dossier médical à fournir tous documents et renseignements utiles à l'établissement de la responsabilité. La logique n'est donc pas la même, puisque l'hypothèse implique l'existence de moyens de preuve qui, une fois obtenus, permettront de régler l'imputabilité de l'accident thérapeutique<sup>164</sup>. Toute condamnation dans ce cadre ne saurait avoir qu'un caractère punitif et incitatif (comparable à l'astreinte) ; une telle vision du préjudice autonome que l'on vise à circonscrire ici serait réductrice.

Il ne faut pas perdre de vue que, par le mécanisme de l'assurance, le poids de l'évaluation du dommage se répercute indirectement sur la collectivité : il ne doit donc jamais être envisagé à la légère. Parallèlement, « le montant que fixe la jurisprudence devient le barème d'orientation pour tous ceux

<sup>160</sup> Cass., 6 novembre 2002, R.C.J.B., 2004, p. 267.

<sup>161</sup> D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *op. cit.*, pp. 481 et s.

<sup>162</sup> Pol. Verviers, 25 juin 2002, R.G.A.R., 2004, n° 14327.

<sup>163</sup> X. THUNIS et B. FOSSÉPREZ, *op. cit.*, p. 276, citant D. FASQUELLE et R. MESA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », R.G.A.R., 2004, n° 13949.

<sup>164</sup> Art. 15 de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé.

qui seraient tentés de transgresser ces intérêts extrapatrimoniaux. La fixation de dommages réalistes est donc essentielle dans une conception où le droit a pour mission de faire respecter les droits »<sup>165</sup>. Certes, le caractère dissuasif (préventif) n'est pas tellement le rôle assigné à la responsabilité civile dans la conception dominante. Mais la prévention est une conséquence normale d'une juste et correcte indemnisation des dommages déjà survenus. « Si cet objectif de prévention s'affirme, il est probable que le mode de détermination des dommages et intérêts sera différent. Il va se centrer sur le coût des mesures de prévention que l'auteur aurait dû prendre et les comparer aux mesures réellement prises. La perspective est de trouver des règles incitant l'auteur d'un dommage potentiel à prendre un niveau de prévention optimal »<sup>166</sup>. Cette motivation peut être aisément transposée à l'établissement, la conservation et la production des éléments de preuve.

Finalement, comme l'écrit G. Genicot à propos du préjudice d'impréparation, « il convient assurément de veiller à ce que le montant de la réparation ne soit ni “de l'ordre du symbolique”, ni à l'inverse “excessif”, ce qui méconnaîtrait le principe de proportionnalité qui a une importance croissante, y compris dans les évaluations pécuniaires des effets de la responsabilité »<sup>167</sup>. Contrairement à notre intuition première, se détacher complètement du préjudice réellement subi n'est peut-être pas la panacée. Quelle autre mesure que le dommage concret pourrait servir de base à une jurisprudence cohérente et, partant, gage de sécurité juridique ? Ainsi, tout en conférant à ce préjudice moral une « consistance acceptable et non anecdotique »<sup>168</sup>, on évitera l'impression d'une stigmatisation hors de toute proportion avec le dommage à réparer.

## Conclusion

La perte d'une chance de prouver un élément de la responsabilité offre une illustration du besoin de lignes claires qui traverse la théorie de la perte de chance. La pertinence de celle-ci dépend d'un attachement sans concession aux principes entourant les trois conditions de la responsabilité civile. Mais, une fois celles-ci vérifiées, rien ne s'oppose à ce que les termes « perte d'une chance » recouvrent les réalités diverses que les praticiens inclinent à leur assigner.

Les cas analysés relèvent simplement d'une application spécifique qui contribue à justifier que l'on s'écarte, en fin de compte, de la dichotomie classique entre perte d'une chance d'obtenir un avantage et perte d'une chance d'éviter un

<sup>165</sup> E. MAACKAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Themis, 2008, p. 341, n° 1241.

<sup>166</sup> X. THUNIS et B. FOSSÉPREZ, *op. cit.*, p. 250.

<sup>167</sup> G. GENICOT, *op. cit.*, p. 120.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 121.

risque : la jurisprudence de la Cour de cassation ne nous semble pas consacrer l'une au détriment de l'autre.

Il faut insister, par contre, sur le respect rigoureux des conditions de chance réelle *et* sérieuse, ce dernier qualificatif pouvant induire une approche quantitative propre à asseoir la légitimité de la perte d'une chance considérée comme ce qu'elle est : un dommage de substitution. La référence inévitable au dommage réellement subi, que ce soit au stade de la reconnaissance ou de l'évaluation, participe de cette volonté.

Comme cela se développe en droit médical à propos des manquements à l'obligation d'information du patient, une alternative est envisageable, celle d'un préjudice moral autonome. Celui-ci peut paraître préférable lorsque la personne dont la responsabilité est recherchée n'est pas matériellement à l'origine du dommage réalisé, et s'impose, selon nous, lorsque la teneur du préjudice est devenue indéterminable. Cette façon d'indemniser la perte d'une chance ne permet pas de faire l'impasse sur le caractère certain du dommage. Elle permet, en revanche, de reconnaître l'atteinte à l'intérêt stable et légitime de *savoir* qui est responsable d'une situation dommageable. On sait à quel point une personne lésée met un point d'honneur à être reconnue comme telle, fût-ce symboliquement. Dans l'impossibilité de cerner scientifiquement le préjudice, néanmoins établi en son principe, l'objectif doit alors être celui d'une certaine égalité entre les victimes, sans pour autant verser aveuglément dans la logique barémique. On gardera donc, ici aussi et malgré tout, le dommage réellement subi en point de mire.