

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne

Cataldo, Andréa; Putz, Audrey

Published in:

La preuve en droit privé : quelques questions spéciales

Publication date:

2017

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cataldo, A & Putz, A 2017, La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne: le recours à la perte de chance. dans *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*. UB³, numéro 64, Larcier , Bruxelles, pp. 69-88.

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 preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance

ANDRÉA CATALDO

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

AUDREY PÜTZ

Maître de conférences à l'Université de Namur
Avocate au barreau du Brabant wallon

Section 1.	Propos liminaires	40
Section 2.	La perte d'une chance de prouver la responsabilité	43
Section 3.	Conditions nécessaires à une juste réparation	50

SECTION 1.

PROPOS LIMINAIRES

1. Contrairement à la responsabilité contractuelle, soumise à un régime strict de règles probatoires gouverné par la prééminence de l'écrit, la preuve des conditions de la responsabilité extracontractuelle est libre. Il s'agit en effet de prouver un fait générateur en lien de causalité avec un dommage, soit des faits juridiques qui peuvent être prouvés par toutes voies de droit. En ce sens, la preuve en matière aquilienne est essentiellement empirique. Pour humaines qu'elles soient, la science juridique et, plus haut encore, l'œuvre de Justice, sont néanmoins marquées par une exigence de rigueur qui se traduit ici dans la charge (et le risque corrélatif) de la preuve. L'article 1315 du Code civil⁽¹⁾ est ainsi l'écueil sur lequel se heurteront nombre de prétentions émises par les victimes. La tâche du demandeur en réparation est de lever tout doute raisonnable sur l'existence de chacune des trois conditions de la responsabilité. Si une condition est inexistante ou qu'elle n'est pas prouvée, ce qui revient au même (*idem est non esse aut non probari*), il ne peut y avoir de responsabilité. La victime doit alors supporter son dommage, sans pouvoir en reporter la charge sur un tiers.

2. Le droit de la preuve est sans doute celui où se noue la relation la plus étroite entre science et droit. En responsabilité civile, le recours à la connaissance scientifique (littérature et rapports d'expertise) est le premier jalon du raisonnement permettant de retenir une faute, un dommage et un lien de causalité. Parfois, l'adéquation entre connaissance scientifique et responsabilité civile est totale : l'action en responsabilité aboutit ou échoue du fait de la certitude ou de l'incertitude des connaissances scientifiques. Parfois, les choses sont moins évidentes car le droit prend quelques distances avec la réalité. Car prouver, c'est dire ce qui est vrai, et « dans le langage du droit, le vrai c'est aussi "ce qui est désigné par le droit, ce qui est conforme au droit et ce qui est conforme à la vérité morale" »⁽²⁾. La figure des présomptions (art. 1349 à 1352 C. civ.) est révélatrice : « Elles aident le juge à prouver l'existence d'une condition de la responsabilité alors que la connaissance scientifique est partielle, controversée, et qu'elle ne permet pas au juge d'assimiler le fait juridique au fait scientifique. Le

(1) Et l'article 870 du Code judiciaire qui en est la traduction procédurale.

(2) E. TRUILHÉ-MARENGO, « La preuve entre science et droit », *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 7, citant le *Vocabulaire juridique* de G. CORNU.

juge aura alors recours à l'approximation. Le fait qu'il constatera s'approchera de la réalité scientifique sans la toucher »⁽³⁾. C'est ainsi que le juge tient parfois compte d'une simple « causalité probable » pour condamner à la réparation du dommage, lorsque les indices sont graves, précis et concordants. Comme l'écrit un auteur, « en raison des limites inhérentes à la procédure judiciaire, l'appréciation des preuves en justice consiste toujours, ultimement, à peser des probabilités plutôt qu'à retenir des certitudes géométriques »⁽⁴⁾.

3. Loin de s'inscrire dans une telle optique de distanciation de la connaissance scientifique, la technique de la perte de chance permet au contraire de s'en rapprocher⁽⁵⁾. Lorsqu'il n'est pas certain que le fait générateur est, concrètement, à l'origine du dommage subi par la victime, celle-ci est autorisée à invoquer la probabilité que le fait générateur en question entraîne, abstraitement, le même dommage. La réparation du dommage sera proportionnelle à cette probabilité. Exception à la règle du « tout ou rien », la perte de chance introduit la statistique dans le droit de la responsabilité civile. La rigueur scientifique est alors respectée. Mais cela suppose que les données soient disponibles pour identifier avec précision le risque de survenance du dommage. À défaut d'évaluation chiffrée de ce risque par un expert, le juge est à nouveau contraint de procéder par approximation. « C'est une situation de certitude du risque, face à une incertitude du dommage »⁽⁶⁾. Que les données soient ou non disponibles, l'appréciation du juge sera également souveraine.

Quand on compare présomption et perte de chance, on observe le danger qu'il peut y avoir à refuser d'appliquer le raisonnement probabiliste au droit de la responsabilité civile. Un juge sensible à la situation de la victime pourrait être tenté de retenir l'existence d'un lien causal pourtant douteux, en recourant notamment à des présomptions qu'il estimerait graves, précises et concordantes, dans le seul but d'accorder une indemnisation. De ce point de vue, la perte de chance garantit un lien plus étroit entre réalité et vérité judiciaire.

(3) E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 138.

(4) P. KINSCH, « Probabilité et certitude dans la preuve en justice », *J.T.L.*, 2009, p. 37, cité par M. MERVILLE, « La preuve du lien de causalité et le préjudice environnemental individuel », *Amén.*, 2014, p. 18.

(5) E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 142.

(6) *Ibid.*, p. 144.

4. Dans le droit de la responsabilité, la perte de chance joue donc un rôle important dans la mesure où elle pallie une éventuelle incertitude causale, en substituant, à l'avantage attendu ou à la perte subie, un autre dommage – la chance perdue d'obtenir cet avantage ou d'éviter cette perte – qui est bien, lui, en lien causal avec le fait générateur. L'institution peut s'avérer réellement salvatrice dans certains domaines, comme la réparation du dommage environnemental, où le fardeau probatoire de la causalité est souvent très lourd voire insurmontable (7). Nous avons déjà eu l'occasion de défendre cette construction juridique, en nous penchant notamment sur la jurisprudence de la Cour de cassation, qui ne nous semble pas condamner une acception large de la théorie (8). Relevons simplement à ce stade que le débat relatif à la légalité de la perte de chance pourrait être rendu obsolète par les travaux de réforme du Code civil actuellement en cours, si ceux-ci devaient aboutir à une reconnaissance expresse de ce préjudice de substitution (9).

5. Du point de vue de la preuve, la perte de chance intervient également à un autre niveau. On sait qu'en matière contractuelle, l'article 1348 du Code civil consacre une exception au principe de la preuve écrite « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure » (4°). Cette précision est sans intérêt en matière aquilienne, comme nous l'avons rappelé ; si c'était nécessaire, le même article prévoit d'ailleurs une autre dérogation pour les « obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits » (1°). Mais il arrive qu'au-delà des cas de force majeure, une faute soit à l'origine du défaut des pièces probantes. Dans cette hypothèse, se crée une perte de chance de prouver une responsabilité, situation sur laquelle nous proposons de nous pencher.

Nous définissons et illustrons d'abord la notion de « perte d'une chance de prouver » (section 2), avant d'aborder les conditions pour que cette

(7) M. MERVILLE, « La preuve du lien de causalité et le préjudice environnemental individuel », *op. cit.*, p. 15. Le dommage économique (responsabilité pour rupture intempestive des pourparlers, violation du droit de la concurrence, information fautive en matière d'investissements, etc.) est un autre exemple de secteur où la perte de chance peut être d'une grande utilité : « *In het hedendaagse economische leven is het van fundamenteel belang om een waarde te kleven op kansen en verwachtingen* », S. BAËYENS, « De theorie van het verlies van een kans : een rechtsvergelijkende analyse toegepast op de zuivere vermogensschade », *R.W.*, 2016-2017, p. 363.

(8) A. CATALDO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance... de prouver », *Trois conditions pour une responsabilité civile – sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 145-194.

(9) Voy. B. DUBUSSON, « Faut-il réformer le Code civil (II) ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *J.T.*, 2016, p. 681. L'auteur ajoute que la reconnaissance du principe d'une responsabilité proportionnelle serait sans doute plus convaincante encore.

perte de chance donne droit, au même titre que n'importe quelle autre perte de chance, à une réparation adéquate (section 3).

SECTION 2.

LA PERTE D'UNE CHANCE DE PROUVER LA RESPONSABILITÉ

§ 1. Notion

6. La victime a la charge de prouver la réunion des conditions de la responsabilité. Elle échoue parfois par la faute d'un tiers ayant rendu cette preuve impossible. Un service de police négligent peut par exemple faillir dans sa mission de constatation de faits qui, à les supposer établis, auraient fondé une infraction. Le même genre de négligence peut être à l'origine d'une disparition de pièces qui existaient bel et bien au départ (ex. pièce du dossier répressif égarée (10)), sans compter les hypothèses où une personne, sachant qu'elle a causé un dommage à autrui, supprime volontairement toute trace de son méfait. Par hypothèse, la victime subit un dommage. Elle aurait normalement pu agir en réparation de ce dommage contre l'auteur de celui-ci. Elle se retrouve au contraire avec une créance de responsabilité qu'elle ne peut mettre à charge d'un tiers, car elle ne pourra jamais prouver soit le fait générateur initial (appelons-le F1), soit la consistance effective de son dommage, soit le lien de causalité entre cette faute et ce dommage.

Pour autant qu'une (autre) faute (appelons-la F2) puisse être identifiée au départ de cette absence de preuve, la victime est alors naturellement tentée de se retourner contre l'auteur de cette faute F2. Cette nouvelle prétention est généralement formulée sous l'angle de la perte d'une chance, celle de voir engager la responsabilité – demeurée non prouvée – de l'auteur de la faute (F1) à l'origine du dommage réellement subi. 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 (11).

(10) Malgré la numérisation généralisée de nos jours, ce genre de situation se produit malheureusement encore.

(11) Cette situation ne se confond pas avec celle où une partie ne collaborerait pas à l'administration de la preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire. La preuve est alors toujours possible, le juge disposant d'outils propres à contraindre la partie réticente, comme la production de documents (art. 871 et 877 et s. C. jud.).

La faute F2 sera généralement considérée comme établie dans les développements qui suivront.

Comme nous le pressentons, il se peut que l'auteur des deux fautes visées 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 le service d'archivage qui égare fautivement un dossier médical n'est pas, techniquement, à l'origine du dommage du patient. Cela n'est pas de nature à modifier les principes qui seront énoncés, mais l'équité pourrait dicter des solutions différentes.

7. La perte d'une chance de prouver fait ainsi référence à la perte de la possibilité de prouver une des conditions de la responsabilité civile et, partant, la responsabilité tout entière. Cette perte de chance engage, en tant que telle, une autre responsabilité, celle de la personne à qui le défaut de preuve est imputable. Le dommage réparable n'est plus le même, la Cour de cassation ayant rappelé à diverses reprises que le dommage résultant de la perte de chance ne peut équivaloir au montant total de l'avantage que la chance aurait procuré ou au préjudice subi (12).

Le concept n'est pas neuf (13) ; il s'agit d'un exemple classique, quoique peu développé, de perte de chance d'obtenir un avantage probable. Les problèmes qu'il permet de mettre en évidence et les solutions auxquelles il est susceptible de mener en font un sujet d'étude s'inscrivant parfaitement dans le droit de la preuve de la responsabilité, qu'elle soit délictuelle mais aussi contractuelle.

§ 2. Illustrations

8. La perte d'une chance de prouver la responsabilité est invoquée en jurisprudence dans des domaines variés. À chaque fois, en raison de 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) (a), soit la réalité ou l'étendue de son dommage (b), soit encore le lien de causalité entre les deux premiers (c).

a) La faute

9. C'est au niveau de la faute que la perte de chance de prouver se rencontre le plus souvent. La personne à l'origine de la disparition du moyen de preuve rend impossible l'établissement d'une faute et, partant, de la responsabilité tout entière. Dans cette hypothèse, un dommage concret peut être observé mais il demeure à jamais impossible de le rattacher à un fait générateur en particulier, alors que la pièce perdue l'aurait peut-être permis. Prenons deux exemples (14).

10. 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 (15). 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 » (16). Le dommage que peut 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 » (17). Nous le verrons, pour être indemnisé, le demandeur en réparation doit en tout cas démontrer que, sans le délit de fuite, il aurait pu disposer avec certitude

(14) On pourrait citer également le cas des services de police qui ont été condamnés, suite à la perte d'un dossier, pour avoir fait perdre à la victime une chance de rapporter la preuve de son accident (Pol. Bruxelles, 6 décembre 2005, *C.R.A.*, 2007, p. 260) ou d'identifier l'auteur de celui-ci (Pol. Bruxelles, 18 avril 2013, *Bull. Ass.*, 2014, p. 67). Une autre situation est celle où il est reproché aux autorités publiques de ne pas avoir accompli les devoirs qui auraient effectivement permis de se constituer la preuve recherchée (Liège, 3 juin 2015, *R.G.* n° 2014/731, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>).

(15) Pol. Hasselt, 5 mars 1997, *Bull. Ass.*, 1997, p. 654.

(16) Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, *Bull. Ass.*, 2006, p. 217.

(17) Bruxelles, 27 juin 1991, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12032. La cour 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 ». La cour estima ensuite que le préjudice résultant de la perte de chance ne pouvait être évalué qu'en équité et était sans rapport avec le dommage matériel ou corporel effectivement constaté suite à l'accident. Pour d'autres exemples : Pol. Furnes, 11 avril 2011, *C.R.A.*, 2011, p. 5 ; Pol. Liège, 6 juin 2005, *J.J. Pol.*, 2006, p. 173.

(12) Cass., 23 octobre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15271 ; Cass., 15 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1199 ; Cass., 21 octobre 2013, *R.G.* n° C.13.0124.N. ; Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755.

(13) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEN, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 374-375 ; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 93 ; B. WEYTS et Q. DE RAEDT, « De verlies van een kans-theorie », *La justice : enjeux et perspectives de demain*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 81-82.

d'éléments complémentaires lui permettant d'apporter la preuve d'une faute en relation causale avec l'accident et ses conséquences(18).

11. Une autre illustration peut être prise dans le secteur médical. Le cas concerne un patient qui, après une opération de *by-pass* coronaire, avait dû subir une nouvelle intervention dont la cause demeurait indéterminée : ce préjudice résultait soit de l'oubli d'une compresse, soit d'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 au C.P.A.S. qu'il appartenait d'assurer la garde et la conservation des dossiers médicaux dans ses archives, et c'est lui qui fut finalement 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. 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(19). 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 condamnation dans une proportion aussi importante ne manque pas d'interpeller.

12. On le voit, 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 matériellement à

(18) 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. En l'espèce, une demi-heure après les faits, la police avait pu entendre le fugitif et examiner son véhicule.

(19) Civ. Bruxelles, 10 octobre 1996, R.G.A.R., 1998, n° 13014.

l'origine du dommage subi par le patient. Si le dossier médical n'avait pas été perdu, c'est la responsabilité du médecin ou de l'hôpital qui aurait pu être établie, et non celle du C.P.A.S., chargé seulement de la conservation du dossier(20).

b) Le dommage

13. Pour cette condition, partons d'un exemple issu du secteur bancaire. Un couple, de son vivant, confie la gestion de son portefeuille d'actions à l'un de ses héritiers. À l'ouverture de la succession, les autres héritiers reprochent au mandataire en question ainsi qu'à la banque d'avoir rendu impossible la détermination des sommes leur revenant et ce, en raison de la perte de documents bancaires. Ces derniers auraient permis de chiffrer l'ampleur d'un détournement opéré par le mandataire, et ainsi le dommage des ayant-droits.

Les manquements sont établis : le mandataire a détourné des fonds et a manqué à son obligation de rendre compte de la gestion des avoirs qui lui avaient été confiés ; quant à l'institution bancaire, elle a méconnu 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 a laissé disparaître les documents qui auraient permis de déterminer l'ampleur de leur préjudice(21).

Ces fautes sont ainsi à l'origine d'un autre dommage consistant en la perte d'une chance de prouver le *quantum* des fonds détournés.

Nous pourrions également envisager que le détournement des fonds lui-même ne puisse être prouvé en raison de l'absence des documents bancaires permettant de visualiser la gestion des fonds par le mandataire. Dans ce cas de figure, les fautes du mandataire et de la banque seraient également à l'origine d'un préjudice consistant en la perte d'une chance de prouver une autre faute du mandataire, outre l'existence même d'un dommage qui en résulterait et non sa seule consistance. Cette dernière hypothèse est cependant sujette à caution. Nous y reviendrons.

(20) Pour un autre exemple, Bruxelles, 4 février 2014, *Rev. dr. santé*, 2015-16, p. 74, note M. EGGERMONT.

(21) Cette illustration s'inspire d'une décision de la cour d'appel de Liège (7^e ch.), 2 avril 2015, inédit, R.G. n° 212/868, cassée par un arrêt du 19 février 2016, R.G. n° C.15.0336.F.

c) Le lien causal

14. 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 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* (22).

15. 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 (23). Selon B. Weyts et Q. De Raedt, l'élément qui est l'objet de la preuve perdue serait ainsi le dommage puisque la faute reprochée empêche de savoir si la victime disposait bel et bien d'un capital de chances, et son éventuelle proportion. Si les commentateurs sont d'accord, en équité, avec la solution donnée par le tribunal, le moyen d'y arriver (application de la perte d'une chance de prouver une perte de chance) ne les satisfait pas. Selon eux, il aurait été plus correct de reconnaître un dommage moral, séparé du dommage corporel, pour l'impossibilité de

(22) Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 224.

(23) B. WEYTS et Q. DE RAEDT, « De verlies van een kans-theorie », *op. cit.*, 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.

savoir si ce dernier pouvait, d'une façon ou d'une autre, être rattaché à la faute du médecin (24).

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. Les chances de la victime doivent être réelles (voy. section 3).

16. Pour notre part, 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. Présenter les choses de cette façon permet de rencontrer la nécessité de démontrer le caractère certain des chances perdues et de justifier ainsi l'indemnité allouée, du moins au titre d'un préjudice autonome (25).

17. Plutôt que de parler de perte de chance de prouver, on aurait pu, dans cette dernière illustration, songer à engager la responsabilité du généraliste en soutenant qu'il avait directement fait perdre à la victime une chance de survie. L'incertitude complète quant à l'existence même d'une telle chance empêche toutefois d'accorder une indemnisation à ce titre, la réalité de la chance n'étant pas établie. La perte de chance de prouver le lien de causalité présente alors toute son utilité.

(24) Q. DE RAEDT, « Het verlies van een kans op het verlies van een kans », *op. cit.*, p. 233.

(25) *Infra*, n° 36.

SECTION 3.

CONDITIONS NÉCESSAIRES À UNE JUSTE RÉPARATION

§ 1. Conditions

18. La perte d'une chance de prouver est, on l'a dit, un cas de perte de chance parmi d'autres. La fragilité du lien entre la faute à l'origine de l'absence de preuve et le dommage réellement subi par la victime oblige à se pencher sur les conditions que la chance doit remplir pour être indemnisable. Ces conditions sont communes à toutes les chances perdues, mais la perte de chance de prouver impose peut-être une rigueur accrue. Il ne s'agit pas d'en faire un « lot de consolation »⁽²⁶⁾ pour victimes déçues.

Un arrêt de la cour d'appel de Mons synthétise les qualités attendues : « Tout d'abord, la perte de chance doit être établie et doit être définitive [a], 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 [c], réelle [b] 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 [d] »⁽²⁷⁾. Le principe dispositif doit encore être respecté [e].

a) Perte définitive

19. Cette condition ne pose pas de difficultés particulières. On ne peut indemniser une victime alors qu'en dépit de la faute commise par un tiers, elle conserve la possibilité d'encore jouer sa chance et donc, au final, 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⁽²⁸⁾ ; il en va différemment pendant le délai de prescription. En règle générale, la responsabilité civile est un domaine du droit qui reste enfermé dans l'idée de réparation d'un dommage déjà survenu.

b) Chance réelle

20. 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⁽²⁹⁾. À ce qualificatif (et à celui de sérieux qui sera examiné ensuite) est parfois adjoint celui de « raisonnable ». La chance doit s'écarter du pur hasard, de la coïncidence ou encore de l'attente subjective de la victime ; elle ne peut relever de la pure spéculation. Elle doit présenter un caractère objectif⁽³⁰⁾. La victime doit pouvoir revendiquer un lien concret avec sa chance⁽³¹⁾. Par exemple, le propriétaire d'un cheval de course fautivement empêché de concourir bénéficie d'une indemnisation pour la perte d'une chance de l'emporter, pour autant qu'il fût effectivement inscrit à la compétition.

Il ne s'agit en aucun cas d'affirmer que, sans la faute, la personne lésée aurait obtenu l'avantage espéré. S'il est recouru à la figure de la perte de chance, c'est précisément parce que le lien de causalité avec la perte de cet avantage est incertain. La Cour de cassation sanctionne les motivations qui méconnaissent cette règle de logique : « En considérant que la perte de chance invoquée par la demanderesse ne constitue pas le dommage au motif que la chance que son offre soit retenue est, non pas inexistant, mais incertaine, l'arrêt viole les dispositions légales précitées »⁽³²⁾. En l'espèce, une entreprise avait été fautivement privée de la possibilité de soumissionner à un marché public, la cour d'appel allant même jusqu'à considérer qu'il était « certain qu'elle aurait répondu à la seconde offre émise par la [défenderesse] comme elle l'avait fait quelques mois plus tôt ». La demanderesse postulait une indemnisation pour la perte d'une chance d'obtenir le marché. Les juges n'avaient quant à eux reconnu qu'un préjudice moral pour la privation de la possibilité de participer. Or, pour refuser de la sorte la perte de chance qui était réclamée, il aurait fallu constater que les chances de l'entreprise étaient inexistantes, ce qui n'était pas le cas⁽³³⁾. Non seulement la motivation était impropre, mais le principe dispositif ne semblait pas non plus avoir été respecté (ce moyen,

⁽²⁹⁾ Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.14.0410.F ; Cass., 15 mars 2010, R.G. n° C.09.0433.N.

⁽³⁰⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions*, Paris, LGDJ, 1982, p. 260 ; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 3^e 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.

⁽³¹⁾ C. MÜLLER, *La perte d'une chance : étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne, Staempfli, 2002, p. 260.

⁽³²⁾ Cass., 13 mai 2016, R.G.A.R., 2016, n° 15325.

⁽³³⁾ Pour une autre illustration critiquable, Mons, 20 juin 2008, *Entr. et dr.*, 2009, p. 380.

⁽²⁶⁾ B. WEYTS, « Compensation for the Loss of Small Chances in (Belgian and French) Tort Law », *ERPL*, 2014, p. 1067.

⁽²⁷⁾ Mons (20^e ch.), 10 septembre 2015, R.G. n° 2014/506, disponible sur <http://jure.juridat.fgov.be/>.

⁽²⁸⁾ Anvers, 28 octobre 2013, *R.D.J.P.*, 2014, p. 210.

surabondant, n'est cependant pas examiné). Dire qu'une chance doit être réelle, revient donc à consacrer la certitude de cette chance⁽³⁴⁾.

c) Chance sérieuse

21. Bien que le propos ne soit pas toujours des plus clairs, l'exigence de chance réelle se double généralement de celle de chance sérieuse⁽³⁵⁾. Indirectement, cette question renvoie à celle d'un seuil de gravité à partir duquel la chance mériterait d'être prise en considération. Autrement dit, la chance doit être réelle, mais à partir de quand l'est-elle suffisamment ?

i. D'une approche qualitative à une approche quantitative

22. Une application stricte du principe de la réparation intégrale du dommage devrait s'opposer à l'établissement d'un seuil minimal, rendant inutile l'exigence de sérieux de la chance. Dans l'état actuel, il faut bien reconnaître que la jurisprudence incline, du moins dans les principes, à ne rejeter aucun préjudice, aussi minime soit-il⁽³⁶⁾. Dès lors, serait sérieux ce qui est fondé, qualitativement parlant, et non ce qui est substantiel⁽³⁷⁾. La terminologie habituellement employée (« chance réelle et sérieuse ») paraîtrait ainsi quelque peu redondante ; autant s'en tenir à l'exigence de dommage certain, déjà exprimée par la condition de chance réelle.

23. Nous pensons au contraire que la définition du « sérieux » attendu doit être l'occasion de donner un meilleur équilibre à la théorie de la perte de chance.

Si la victime en vient à invoquer une perte de chance, c'est parce qu'elle subit un dommage en premier chef dont elle ne peut obtenir la réparation faute de démontrer la réunion des trois conditions de la responsabilité

(34) M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *Rec. Dall.*, 2013, Études et comm., 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. crim.*, 1990, p. 573, n° 224.

(35) Ex. Liège, 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1456 ; Liège, 15 mars 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14953.

(36) Cass., 30 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 337. À la différence de son homologue française, notre Haute juridiction n'a toutefois pas encore, à notre connaissance, pris expressément position face à une hypothèse de perte de chance, voy. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 16 janvier 2013, *Rec. Dall.*, 2013, Études et comm., p. 619.

(37) La faiblesse de la chance n'ayant « d'influence que sur le montant de la condamnation qui se trouve réduit d'autant » (G. VINET, *Traité de droit civil*, op. cit., p. 260) ; B. WEYTS, « Compensation for the Loss of Small Chances in (Belgian and French) Tort Law », op. cit., p. 1068. Voy. D. PHILIPPE, « Perte de chance et détermination du dommage », note sous Comm. Bruxelles, 4 février 2014, *D.A./O.R.*, 2014, p. 79 : l'auteur observe que des chances « minimales » sont suffisantes, mais ces chances avaient, en l'espèce, été évaluées à 15 %, ce qui pourrait déjà représenter un seuil conséquent...

civile. La perte de chance entretient donc nécessairement un rapport de dépendance avec le préjudice réel, dont on ne peut faire abstraction. C'est d'autant plus vrai lorsqu'on parle de la perte d'une chance de prouver une responsabilité : pour pouvoir engager la responsabilité, pour perte de chance, de la personne à l'origine de l'absence de preuve, il faut bien que cette preuve se rapporte à quelque chose de tangible, qu'elle corresponde à une véritable perte. À défaut, nous serions en train de parler d'un préjudice totalement hypothétique.

La perte de chance est indéniablement 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 »⁽³⁸⁾. 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 supplémentaire et impliquerait une appréciation quantitative et non seulement qualitative du préjudice, sérieux devenant synonyme de substantiel »⁽³⁹⁾. Ainsi, la condition de sérieux de la chance serait maintenue, la chance devant toujours être réelle et sérieuse⁽⁴⁰⁾. Inhérent à la logique même de ce dommage dont il est demandé réparation (à titre subsidiaire le cas échéant), ce maintien permet d'éviter de s'engouffrer dans une discussion qui deviendrait trop abstraite par son éloignement du dommage réellement subi.

(38) M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », op. cit., p. 622, n° 13.

(39) *Ibid.*, p. 622, n° 14.

(40) 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 indemnisable. Le Hoge Raad néerlandais incline en ce sens, lorsqu'il décide que l'exigence de chance réelle exclut des chances très faibles, HR, 21 décembre 2012, *Deloitte Belastingadviseurs v H&H Beheer*, NJ, 2013, 2759, cité par S. BAEYENS, « De theorie van het verlies van een kans : een rechtsvergelijkende analyse toegepast op de zuivere vermogensschade », op. cit., p. 368. Ce dernier auteur n'est pas du même avis : « De vereiste van een reële kans heeft betrekking op het bewijs van het bestaan van de schade. Schade van een geringe omvang blijft schade en dient door middel van het aansprakelijkheidsrecht te worden vergoed ». Il ne s'explique pas, ce faisant, sur la signification de l'exigence de chance sérieuse.

La référence au dommage final subi *in concreto* est donc pratiquement incontournable : il reste au centre des attentions, même si le débat s'est 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(41). Tout le droit de la responsabilité civile est construit autour du dommage final, le montant de l'enjeu perdu devant en principe se déterminer par son biais(42).

24. Pour autant, l'établissement d'un seuil de gravité chiffré est impossible. Par la force des choses, cela induirait des discriminations entre victimes, selon qu'elles se situent juste au-dessus ou juste en-dessous du seuil. Très souvent, les rapports d'expertise ne permettent d'ailleurs pas de retenir un taux suffisamment précis. Seul le législateur pourrait éventuellement (mais au prix de quelle justification ?) poser un acte de pure politique d'indemnisation en fixant un taux minimum. Il s'agit néanmoins de donner une consistance au caractère sérieux de la chance, sur laquelle les juges doivent se pencher avec cohérence. Plusieurs éléments sont susceptibles de les guider dans la motivation de leurs décisions.

L'enjeu global jouera instinctivement un rôle déterminant : la tentation sera grande d'abaisser l'exigence de gravité face à un préjudice lourd, et de se montrer plus strict face à des répercussions moins dommageables pour la victime.

Dans la même veine, c'est la nature du dommage qui pourrait servir de catalyseur : le dommage corporel pourrait ainsi ouvrir plus facilement l'indemnisation qu'un dommage purement matériel, même en présence de chances relativement faibles.

La proximité du moment auquel l'espoir déçu aurait pu se concrétiser à défaut de faute serait un autre critère : « En effet, plus ce moment est éloigné, plus il est vraisemblable que des circonstances extérieures l'auraient, de toute façon, empêché de se réaliser [...] »(43). Il en va de même de l'éloignement dans l'espace(44).

(41) L. THÉVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *Questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Berne, Stämpfli, 2002, p. 255.

(42) B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, p. 493.

(43) G. VINEY, *Traité de droit civil*, op. cit., p. 100.

(44) « Les facteurs temps et distance jouent ainsi un rôle indirect dans le problème de la causalité en exerçant une influence sur la preuve du lien causal. Ils s'ajoutent aux autres présomptions que le juge pourra trouver dans les faits et desquels il peut déduire l'existence ou l'absence d'un lien causal certain », R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 133.

Gageons que, peu à peu, des balises propres à garantir la sécurité juridique se dégageront.

ii. Un besoin d'outils objectifs

25. Lorsqu'on étudie attentivement la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de perte de chance(45), on se rend compte que la sanction du recours à la théorie peut souvent s'expliquer par l'impossibilité d'objectiver les chances perdues. Dans le fameux arrêt du 1^{er} avril 2004 dit de la « jeune fille vitriolée »(46), le risque auquel la victime avait été exposée n'était pas mesurable, vu l'impossibilité de cerner le degré de résolution criminelle de l'agresseur(47). La chance est en principe un événement futur et incertain dont la survenance peut être soumise à une loi de probabilités. Cela implique que la réalisation de la chance ne soit pas tributaire, notamment, de la volonté d'une personne, qu'elle soit l'auteur du dommage, la victime elle-même ou un tiers : « Un acte de volonté ne comporte pas d'élément aléatoire et ne se prête pas à un calcul de probabilités »(48). Le préjudice résultant d'un manquement à l'obligation d'information pesant sur un médecin est difficilement évaluable précisément pour cette raison : quelle aurait été la décision du patient correctement informé ? Au-delà d'une analyse coût-bénéfice, on ne le saura jamais(49). On peut dès lors comprendre les réticences de certains auteurs à admettre la perte d'une chance en cette matière.

Si les moyens de déterminer objectivement la proportion de la chance ne sont pas disponibles, il faut en conclure que la condition de sérieux de la chance, voire même son caractère réel, ne peuvent être vérifiés. La perte d'une chance ne présente pas alors les garanties suffisantes du dommage réparable. Et ne pas respecter les conditions de chance réelle et sérieuse,

(45) Ex. Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1913.

(46) Une jeune fille avait été défigurée à l'acide sulfurique par son ex-compagnon. Auparavant, celui-ci l'avait menacée à plusieurs reprises suite à leur rupture. Elle en avait alerté les forces de l'ordre qui n'avaient pas pris de mesures particulières. Elle estimait dès lors que les autorités publiques lui avaient causé un dommage, car l'agression aurait pu être évitée. Les juges du fond avaient octroyé une indemnisation pour perte de chance, évaluée différemment selon les juridictions. La Cour de cassation cassa à deux reprises cette motivation (Cass. (ch. réun.), 1^{er} avril 2004, R.G. n° C.01.0211.F et C.01.0217.F).

(47) B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question », op. cit., p. 493. Le même raisonnement peut selon nous être appliqué à un arrêt plus récent de la chambre francophone de la Cour qui sanctionne une autre application de la théorie, Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.12.0204.F, concl. Th. WERQUIN (voy. A. CATALDO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance... de prouver », op. cit., pp. 165-177).

(48) 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. 213, n° 9.

(49) Cet obstacle ne paraît toutefois pas décisif dans la jurisprudence de fond, ex. : Gand, 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 109.

c'est faire de la perte de chance un concept aux contours flous et fragiliser la théorie tout entière, l'exposant à la critique.

Mais il ne faut pas non plus se montrer excessivement rigoureux. Dans le cas d'un avocat ayant omis d'interjeter appel dans le délai légal, la seule circonstance que la décision de poursuivre la procédure dépendait du bon vouloir du client ne peut suffire à priver celui-ci d'une indemnisation pour la chance perdue de gagner le procès. Dès le moment où il est établi, le cas échéant par un faisceau de présomptions, que telle était l'intention du justiciable, la chance est objectivable et ses caractères réel et sérieux pourront être examinés (en fonction de l'issue probable du procès).

26. Résumant cette approche substantielle et objective que nous voulons défendre, on citera encore une décision rendue en matière de perte de chance de prouver la genèse d'un accident suite à un délit de fuite : « Il appartient [...] à la demanderesse originaire d'établir que la chance perdue 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 » (50) (nous soulignons).

d) Lien causal certain

27. La condition suivante ne se rapporte pas tellement à la chance en tant que telle, mais davantage à sa relation avec le fait générateur de responsabilité (dans le cas qui nous occupe, la faute à l'origine de l'absence de preuve). Une fois la chance établie avec ses précédentes caractéristiques, le demandeur en responsabilité doit prouver que, sans le fait générateur, il n'aurait pas perdu la chance en question. La théorie doit passer le test de l'équivalence des conditions. La perte d'une chance procède d'une substitution de dommage, certes, mais une fois cette substitution opérée il n'est pas question de déroger à l'exigence causale : « La perte d'une chance réelle [...] 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 » (51). Ce lien causal n'est pas à confondre avec

(50) Civ. Bruxelles, 3 juin 2005, *Bull. Ass.*, 2006, p. 217.

(51) Cass., 5 juin 2008, R.G. n° C.07.0199.N. ; Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0286.N. ; I. BOONE et K. RONSJIN, « Vergoeding voor het verlies van een kans na het arrest Prizrak », *C.R.A.*, 2015/4, p. 6.

celui, indéterminé, unissant la faute au dommage sous-jacent (l'avantage espéré ou la perte subie) (52).

28. La Cour de cassation, dans un récent arrêt de rejet, semble valider un certain amalgame entre l'exigence de lien causal et la condition de 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 ne 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) 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 » (53).

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. Cette façon de raisonner se retrouve dans la jurisprudence de fond (54). On peut y voir une indication du lien intime qu'entretiennent les conditions de dommage certain et de lien de causalité dans notre droit de la responsabilité civile.

(52) Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1688 ; Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 839 ; Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755.

(53) Cass., 9 octobre 2015, R.G. n° C.14.0277.F.

(54) « 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.

e) Respect du principe dispositif

29. En termes de procédure, il faut enfin que la demande d'indemnisation portant sur une perte de chance soit expressément formulée. Face à la perte d'un avantage probable ou à un risque réalisé, le juge peut retenir le préjudice consistant en une simple perte de chance, pour autant que cela soit suggéré dans les conclusions des parties, à titre principal ou subsidiaire. C'est une application du principe dispositif, le juge ne pouvant ni statuer *ultra petita* ni modifier l'objet de la demande (55). Le respect des droits de la défense impose en outre, au juge qui envisagerait une perte de chance dont il n'a pas été formellement saisi, de rouvrir les débats. Cette dernière condition n'a pas trait à proprement parler aux qualités que doit revêtir la chance perdue. Elle est néanmoins à ce point essentielle que, selon de nombreux commentateurs, c'était là l'unique raison de la censure de la Cour de cassation dans l'arrêt du 1^{er} avril 2004 (56).

§ 2. Évaluation et réparation

30. La dernière étape consiste à chiffrer le préjudice. De nombreuses décisions évaluent les pertes de chance 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*. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de repartir de la valeur de l'enjeu perdu (a). Quand la référence à cette perte devient trop abstraite, la voie d'un préjudice autonome est envisageable (b).

a) L'indemnisation différentielle

i. Le principe

31. L'indemnisation différentielle 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 revenant à la victime est alors une fraction du

(55) Art. 807 et 1138, 2^e, C. jud. ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 35 et s. ; Cass., 20 février 2002, R.G. n° P.01.1045.F. Le juge ne modifie pas l'objet de la demande s'il ne fait qu'user de son pouvoir de requalification (Cass., 12 novembre 2008, R.G. n° P.07.1627.F.).

(56) On peut toutefois douter du caractère décisif de cet argument quand on a égard aux conclusions de l'Avocat général Th. WERQUIN, précédant cet arrêt et celui du 6 décembre 2013.

dommage réellement subi (57). Plus précisément, puisqu'il s'agit d'inclure l'hypothèse d'une simple diminution des chances à côté de la perte de chances 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 » (58). Cette technique est actuellement la seule 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. Pour autant que le caractère réel et sérieux de la chance puisse être établi, rien ne s'oppose au maintien de cette solution traditionnelle.

32. Dans des cas de 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 en est-il d'un constat amiable d'accident, qui permet généralement au juge de prendre attitude quant aux responsabilités en présence, ou d'un dossier médical comme dans l'affaire de l'opération de *by-pass*, puisque les radiographies qui y figuraient nécessairement représentaient la preuve ultime d'une faute ou de l'absence de faute du personnel médical.

D'autre part, la probabilité dans laquelle l'instrument de preuve aurait permis d'établir la responsabilité d'un tiers. Dans l'exemple du *by-pass*, 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

(57) I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 95 ; I. DURANT, « à propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, coll. CUP, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 41-44 ; 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. 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, « La réparation de la perte d'une chance dans la jurisprudence européenne : une question de chance ? », *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Anthemis, 2008, pp. 379-396.

(58) Ch. QUÉZEL-AMBRUZAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010, 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.

identifié. Dans un tel cas de figure, n'est-il pas plus conforme à la science probabiliste de retenir une chance de 50 % ? Lorsque le moyen de preuve porte sur une issue relevant du « tout ou rien », cette solution présenterait une certaine cohérence (59). On pourrait y voir un rapprochement avec la causalité alternative, retenue lorsqu'il est impossible d'identifier le responsable au sein d'un groupe dont fait nécessairement partie l'auteur du dommage. En présence de deux auteurs potentiels, la répartition sera alors de 50/50 entre ceux-ci, ce qui permet d'éviter de recourir fictivement à des présomptions pour indemniser ou débouter la victime (60).

Si, en revanche, des éléments permettent de fonder une probabilité différente pour chaque issue, l'évaluation de la chance perdue devrait suivre ces probabilités (61).

33. 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 (62). 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 (63). La technique de l'indemnisation différentielle apparaît, dans la majorité des cas, comme « la forme la plus équitable de compen-

(59) C'est d'ailleurs celle retenue par plusieurs décisions en matière d'accidents de circulation, lorsqu'il est certain que la responsabilité de l'accident incombe nécessairement à l'un des deux véhicules impliqués.

(60) E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile », *op. cit.*, p. 149.

(61) Comp. avec la perte d'une chance d'obtenir une réformation en degré d'appel par la faute d'un avocat : « 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 de pourcentage » (p. 79).

(62) C. MÜLLER, *La perte d'une chance : étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, *op. cit.*, p. 374.

(63) Malgré ce sentiment, le juge ne pourra cependant jamais se baser exclusivement sur les données statistiques, mais devra partir de celles-ci pour les rapprocher des circonstances concrètes de la cause ; « une généralisation des statistiques médicales est interdite », Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, *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 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... », *op. cit.*, p. 493 ; C. MÜLLER, *La perte d'une chance : étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, *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.

sation de la perte d'une chance » (64) et doit, à ce titre et dans toute la mesure du possible, être privilégiée.

ii. L'ex aequo et bono

34. 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 (65). 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 qu'elle soit susceptible d'aboutir à une réparation intégrale, le pouvoir souverain d'appréciation du juge lui permet de recourir à la méthode d'évaluation de son choix (66). L'évaluation *ex aequo et bono* n'est cependant admise que s'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre un autre mode de calcul proposé par les parties et qu'il constate l'impossibilité de déterminer autrement encore le dommage (67).

35. En réalité, malgré la présentation qui en est généralement faite, l'évaluation *ex aequo et bono* des chances perdues n'est rien d'autre qu'une application particulière de l'indemnisation différentielle. Il est toujours possible de reconstruire, 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 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.

(64) J.-M. BINON, « La réparation de la perte d'une chance dans la jurisprudence européenne : une question de chance ? », *op. cit.*, p. 394.

(65) 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.

(66) Cass., 18 septembre 2013, *Cons. Man.*, 2014, pp. 72 et s., note M. FIR.

(67) Cass., 19 mars 2014, R.G. n° P.13.0366.F. ; Cass., 20 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 179.

Comme l'indemnisation de la perte d'une chance prend par définition la forme d'une réparation par équivalent⁽⁶⁸⁾, 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⁽⁶⁹⁾. Il s'agit de garder 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 de l'indemnisation de la perte de chance. La mesure du dommage final doit servir de garde-fou, le but étant bien de coller approximativement au dommage⁽⁷⁰⁾. 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 doit donc l'être au regard de l'importance du dommage réalisé.

b) Un forfait octroyé au titre de préjudice autonome ?

36. Il faut bien reconnaître que la technique de l'indemnisation différentielle est souvent impossible à mettre en œuvre lorsque les éléments de preuve font défaut. Une autre solution doit être recherchée. Revenant à l'origine historique de la perte de chance, reprenons l'exemple du cheval de compétition empêché de prendre part à une course hippique par une faute du transporteur⁽⁷¹⁾. 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 multiplier la chance donnée au

(68) Comme il ne s'agit pas d'octroyer à la victime l'entièreté de l'enjeu soumis à la chance, on voit mal comment une réparation en nature serait envisageable.

(69) Voy. l'étude d'I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage », *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 441 et s., spéc. p. 478.

(70) P. VAN OMMEGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1654, n° 1121.

(71) Ex. TGI Senlis, 19 mai 1970 et Paris, 21 novembre 1970, *J.C.P.*, 1972, Jurisprudence, n° 16990, note A. BENABENT.

cheval, comprise entre 0 et 1, par l'enjeu de la course. On obtient ainsi le montant de la condamnation du transporteur. Il serait 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 que le cheval empêché ait effectivement été inscrit à ladite course et que ses chances ne fussent pas hypothétiques.

Si la solution est une application traditionnelle de l'indemnisation différentielle, on ne voit pas ce qui empêcherait, dans la rigueur des principes, le propriétaire lésé d'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 de point de vue et de préjudice, visant uniquement celui lié à la non-participation⁽⁷²⁾. Il ne serait plus question de perte de chance de l'emporter. 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 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...

37. Notons que l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 13 mai 2016 ne remet pas en cause cette analyse. Cette affaire concernait une entreprise qui avait été privée de la possibilité de soumissionner à un marché public en raison des carences fautives de l'Administration dans la publicité préalable à la mise en vente d'un terrain. Devant les juridictions de fond, l'entreprise postulait une indemnisation pour la perte d'une chance d'obtenir le marché. La cour d'appel de Mons avait retenu l'existence d'une faute dans le chef de la Ville de Tournai, tout en considérant que le seul préjudice indemnisable était d'ordre moral et consistait en la privation de la possibilité de participer au marché public. À juste titre, ce raisonnement est sanctionné : pour refuser de la sorte la perte de chance qui était réclamée, il aurait fallu constater que les chances de voir retenir la candidature de l'entreprise étaient inexistantes, ce qui n'était pas le cas. La cour d'appel avait d'ailleurs estimé que l'entreprise aurait répondu à la seconde

(72) Comp. J.-M. BINON, « La réparation de la perte d'une chance dans la jurisprudence européenne : une question de chance ? », *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 ».

offre émise par l'Administration comme elle l'avait fait quelques mois plus tôt. Les chances de l'entreprise étaient réelles même s'il n'était pas certain qu'elle aurait, au final, obtenu le marché. La cassation s'imposait en présence d'un raisonnement juridique erroné (73). Mais il ne peut aucunement en être déduit que l'indemnisation d'un dommage moral – consistant en l'absence de participation au marché public – est à exclure. Un tel préjudice demeure possible et on se plaît à constater qu'il est envisagé par la cour d'appel, même si, en l'espèce, il n'était pas sollicité par l'entreprise.

38. La réflexion peut être transposée à la perte de chance de prouver (74). 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. En France, la Cour de cassation a franchi un pas important en affirmant, 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 (75). Ce préjudice ne se confond pas avec les séquelles directes de l'intervention elle-même, 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 » (76).

Derrière cette jurisprudence, on retrouve le souci de ne pas faire du droit à l'information du patient, droit subjectif consacré chez nous dans la loi sur les droits du patient (77), 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.

39. 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 serait impossible d'identifier le débiteur ou la teneur. La même question se pose 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.) (78). 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 toute perte réalisée. C'est pourquoi le dommage postulé doit prendre la forme d'un véritable « préjudice d'impréparation », reconnu uniquement si le patient subit un dommage concret suite à l'intervention non consentie (79). Un certain « principe du raisonnable » plaide en ce sens (80).

Nous pensons que cette condition à la reconnaissance d'un dommage autonome s'impose d'autant plus en cas de perte de chance de prouver. 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

(73) Voy. S. LARIELLE, « La perte d'une chance : entre certitude et probabilité ? », *Les pages*, 2016/11, p. 3.

(74) 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 ».

(75) Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 3 juin 2010, *J.T.*, 2011, p. 109.

(76) 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.

(77) Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, art. 8.

(78) D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 2, *Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 481-502.

(79) G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *Droit médical et dommage corporel – État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 116-117.

(80) 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.

ne justifie pas, à elle seule, l'octroi de dommages et intérêts(81). La personne qui se prétend lésée doit donc bien démontrer l'atteinte à un intérêt stable et légitime se doublant d'un préjudice concret(82). 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 de ce dernier n'est donc 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(83). Ce garde-fou est donc indispensable. Il s'agit de réparer la chance perdue pour ce qu'elle est (un intérêt juridiquement protégé), 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. 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 »(84).

40. Au rang des préoccupations à rencontrer, on trouve le risque de voir l'auteur d'un dommage (ou plus largement toute personne ayant 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 que la condamnation à

(81) 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.

(82) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 946-947, n° 948-950.

(83) 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.

(84) J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *La réparation du dommage. Questions particulières*, Limal, Anthemis, 2008, p. 93.

laquelle il s'expose avec ce préjudice autonome. On parle alors de faute lucrative. Pour rencontrer ce risque, on peut déjà compter sur les moyens offerts par le droit pénal (ainsi de l'incrimination du délit de fuite). Dans un futur proche, il n'est pas exclu que les travaux de réforme du Code civil prennent l'orientation d'une reconnaissance des fonctions préventive et punitive parfois dévolues à la responsabilité civile mais qui, actuellement, ne doivent pas avoir voix au chapitre(85).

Lorsque les auteurs des fautes F1 et F2 vues en commençant sont différents, la solution du préjudice moral autonome peut paraître plus raisonnable et élégante que le recours à tout prix à l'indemnisation différentielle. Ici, le risque de détournement de la preuve est moins aigu, bien que des collusions soient toujours possibles 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 une indemnisation à laquelle elle aurait pu prétendre. 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.

Une autre hypothèse dans laquelle la solution du dommage autonome devrait s'imposer est celle où la preuve perdue se rapporte à la consistance, au quantum, 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*, comme l'a fait le juge dans l'affaire du point de beauté excisé, n'est-il pas moins fallacieux de viser directement un préjudice moral autonome(86) ?

41. 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.

(85) B. DUBUISSON, « Faut-il réformer le Code civil (II) ? Interrogations et propositions concernant la responsabilité extracontractuelle », *op. cit.*, p. 681.

(86) Q. DE RAEDT, « Het verlies van een kans op het verlies van een kans », *op. cit.*, p. 233.

Approcher un dommage par abstraction n'est pourtant 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 » (87). La clause pénale, les intérêts moratoires et l'intervention dans les frais d'avocat 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 (88).

La victime pourrait-elle prétendre à autre chose qu'une indemnité symbolique et comment fixer celle-ci ? 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 » (89). Finalement, 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 » (90), on évitera une stigmatisation hors de toute proportion avec le dommage à réparer.

(87) I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage », *op. cit.*, p. 486.

(88) *Ibid.*, p. 479.

(89) G. GENICOT, « Le dommage consécutif à un manquement au devoir d'information du médecin : une valse à trois temps », *op. cit.*, p. 120.

(90) *Ibid.*, p. 121.