

Causalité, incertitude et perte de chance : de nouvelles perspectives

Céline JOISTEN¹

La présente contribution vise à exposer les principaux aboutissements de la recherche doctorale consacrée à l'étude de l'incertitude causale et des mécanismes développés par les juges ou le législateur pour surmonter celle-ci.

Pour cela, nous proposons d'envisager le lien de causalité sous un nouvel aspect, souvent méconnu par notre système juridique, qui consiste à distinguer deux éléments au sein de cette notion : l'enchaînement des faits et le scénario contrefactuel. Cette perspective permet de présenter les mécanismes destinés à pallier un problème d'incertitude causale (la perte de chance, la responsabilité proportionnelle, la responsabilité de groupe, etc.) comme un remède à l'incertitude ayant trait à l'un ou l'autre élément du lien de causalité. Nous prendrons l'exemple du mécanisme de la perte de chance et de sa nouvelle mouture dans la proposition de loi du livre 6 du Code civil.

Deze bijdrage zet de belangrijkste resultaten uiteen van het doctoraal onderzoek over causale onzekerheid en de mechanismen die de rechters of de wetgever hebben ontwikkeld om deze te overwinnen.

Hiertoe stellen we voor om het oorzakelijke verband vanuit een nieuwe invalshoek te bekijken, die vaak wordt miskend door ons rechtssysteem en die bestaat uit het onderscheiden van twee elementen binnen dit concept: de opeenvolging van feiten en het contrafeitelijke scenario. Dit perspectief maakt het mogelijk om de mechanismen die bestemd zijn om een probleem van causale onzekerheid te verhelpen (het verlies van een kans, de proportionele aansprakelijkheid, de groepsaansprakelijkheid, enz.), voor te stellen als remedie voor onzekerheid met betrekking tot het ene of het andere element van het oorzakelijke verband. We zullen het voorbeeld nemen van het mechanisme van het verlies

van een kans en de nieuwe versie daarvan in het wetsvoorstel van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

TABLE DES MATIÈRES

I.	Le lien de causalité et l'incertitude	459
	Section 1. La causalité : notions	459
	Section 2. L'incertitude du lien de causalité	463
	Section 3. Le traitement de l'incertitude causale	467
II.	La perte de chance	469
	Section 1. Le régime de la perte de chance	469
	Section 2. Échanger la perte de chance contre une responsabilité proportionnelle ?	478

1. Présentation et plan – Condition essentielle de toute responsabilité civile, le lien de causalité est un lien de cause à effet entre une faute (ou, plus largement, un fait générateur de responsabilité) et un dommage. S'il est établi, il ouvre la voie à la réparation du dommage ; s'il ne l'est pas ou s'il est incertain, il fait obstacle à cette réparation. La solution n'est cependant pas toujours aussi simple puisque, même en cas d'incertitude, la personne lésée peut parfois obtenir la réparation (totale ou partielle) de son dommage. Surmontant les « affres de la causalité »², nous nous sommes interrogée sur la question de l'incertitude causale et de son traitement en droit de la responsabilité civile.

Dans un premier temps (I), les règles relatives au lien de causalité, telles qu'elles ont été développées par la Cour de cassation, sont rappelées et explicitées par notre nouvelle approche consistant à distinguer deux éléments au sein du lien de causalité (section 1). Ceci nous permet d'analyser l'incertitude causale et de montrer qu'il existe en réalité plusieurs types d'incertitudes causales différents (section 2) qui appellent des réponses différentes (section 3). Nous analysons tout particulièrement le cas du dommage pour perte de chance et la proposition d'y substituer un mécanisme de responsabilité proportionnelle (II).

1. Référendaire près la Cour de cassation et Professeure invité à l'Université de Liège (ULiège). L'autrice s'exprime en son propre nom et remercie ses promoteurs, les professeurs B. Kohl et C. Biquet, pour leur accompagnement tout au long du processus doctoral et pour la relecture attentive de

cet article. Cet article a été rédigé dans le cadre d'un mandat d'Aspirant F.R.S-FNRS octroyé par le Fonds National de la Recherche Scientifique.
2. P. ESMEIN, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », *D.*, 1964, Chron., p. 205.

I. Le lien de causalité et l'incertitude

Section 1. La causalité : notions

A. L'approche traditionnelle

2. Introduction – A l'heure actuelle et abstraction faite du projet de réforme³, les règles régissant le lien de causalité puisent leur source dans l'article 1382 de l'ancien Code civil selon lequel « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »⁴. Au-delà de ce texte succinct, c'est donc dans l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation et des cours et tribunaux⁵ ainsi que dans l'étude de la littérature juridique qui la systématise, que nous pouvons trouver un panorama des règles de fond régissant le lien de causalité.

Les règles de preuve, désormais consacrées au sein du livre 8 du Code civil, permettent par ailleurs de mieux cerner l'exigence de causalité « certaine ».

3. Règles de fond : monisme causal – La Cour de cassation de Belgique a adopté la théorie de l'équivalence des conditions⁶ comme critère de causalité⁷. Elle est appliquée par les juridictions de fond⁸ et est consacrée à l'article 6.19, § 1, de la proposition de

loi du livre 6⁹. Cette théorie consiste à retenir toutes les causes nécessaires du dommage et à les considérer toutes comme équivalentes. Une cause est nécessaire si le juge constate que, sans le fait générateur de responsabilité, le dommage tel qu'il s'est réalisé ne se serait pas produit, même si d'autres causes y ont concouru (raisonnement *sine qua non*)¹⁰. Toutes les causes nécessaires du dommage sont donc placées sur un pied d'égalité et engagent la responsabilité de leur auteur ou de la personne qui en répond ; aucun tri n'est opéré. Les causes matérielles et juridiques du dommage sont identiques¹¹. Sur le plan obligationnel, l'importance et l'impact des événements ayant contribué au dommage ne sont pas pris en compte.

En l'état actuel, le droit belge apparaît, à cet égard, isolé. En France, la théorie de la causalité adéquate complète ce raisonnement puisqu'elle retient, parmi l'ensemble des causes, uniquement celle qui contient la « possibilité objective du résultat »¹². Elle consiste donc à isoler la cause qui, selon le cours normal des choses, porte en elle la possibilité du dommage. En droit néerlandais, l'article 6:98 du Code civil¹³ limite aussi les effets de ce test de causalité en sélectionnant les causes du dommage selon plusieurs critères tels que la nature de la responsabilité, la nature du dommage, la gravité de la faute ou encore d'autres circonstances d'espèce¹⁴. Le critère de prévisibilité est

3. Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle », *Doc. parl.*, 2022-23, n° 55, 3213/001, ci-après « Proposition de loi livre 6 », ainsi que l'exposé des motifs (171 p.), ci-après « exposé des motifs 2023 ». Cette version n'intègre pas les amendements déposés à la chambre le 23 novembre 2023. Nous nous référons également à la version antérieure de ce texte, à savoir l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, version 2019, ci-après abrégé en « avant-projet 2019 » ainsi que l'exposé des motifs (233 p.), ci-après « Exposé des motifs 2019 ».

4. L'article 5.237, al. 2, du Code civil prévoit que les règles relatives à la réparation du dommage en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables au domaine contractuel. Les travaux préparatoires précisent qu'« [i]l s'agit en particulier ici de la notion de causes de non-imputabilité, du lien de causalité, de la notion de dommage et du mode de réparation du dommage ». Exposé des motifs du livre 5, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-21, 55-1806/001, p. 272.

5. H. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 654 ; voir aussi H. BOCKEN et al., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, die Keure/la Charte, 2014, p. 64 « De aanwezigheid van een causaal verband tussen fout en schade is een afzonderlijke toepassingsvoorwaarde voor buitencontractuele aansprakelijkheid ».

6. Cette théorie a été développée par le philosophe John Stuart MILL, *Système de logique déductive et inductive*, t.1, 6^e éd. trad. L. PEISSE, Paris, 1866, rééd. Pierre MADRAGA, 1988, Livre III, chap. V, p. 365 et s. et conceptualisée d'un point de vue juridique par les auteurs allemands VON BURI, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen [La causalité et ses liens avec le droit pénal]*, Stuttgart, 1885 ; VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts [Manuel de droit pénal allemand]*, 13^e éd. 1903.

7. Cass., 4 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201 ; Cass., 19 mars 1951, *Pas.*, I, p. 493 ; Cass., 5 mars 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 516 ; Cass., 11 juin 1956, *Pas.*, 1956, I, pp. 1094 et 1096. Voir plus récemment dans les arrêts concernant la perte de chance : Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 527 ; Cass., 12 octobre 2005, RG n° P.05.0262.F ; *Pas.*, 2005, p. 1913 ; Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 3045 ; Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 3056 ; Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 829 ; Cass., 22 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 472 ; Cass., 21 octobre 2013, *Pas.*, 2013, n° 537 ; Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 661 et Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 662 ; Cass., 15 mai 2015, *Pas.*, 2015, n° 311 ; Cass., 21 avril 2016, *Pas.*, 2016, n° 274.

8. Voir par exemple les nombreuses décisions citées par C. DELFORGE et al., « Chronique de jurisprudence (2015 à 2016) – La responsabilité aquilienne (art. 1382 et 1383 C. civ.) », *R.C.J.B.*, 2019, p. 653 (Mons, 14 janvier 2015, *Bull. ass.*, 2017, liv. 1, pp. 82-86 ; Bruxelles, 15 janvier 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1114 ; Civ. Bruxelles, 2 février 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15207 ; Liège, 26 mars 2015, *J.L.M.B.*, 2016, n° 16, p. 766 ; Civ. Bruxelles, 13 avril 2015, *R.G.A.R.*, 2015, liv. 9, n° 15232 ; Liège, 5 juin 2015, *M.C.P.*, 2015, sommaire, liv. 2, p. 318 ; Mons, 10 septembre 2015, *R.G.A.R.*, 2017, liv. 1, n° 15353 ; Civ. Bruxelles, 22 décembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, liv. 9, n° 15332 ; Mons, 29 janvier 2016, *F.J.F.*, 2016, sommaire, liv. 8, p. 259 ; *J.L.M.B.*, 2016, liv. 35, p. 1658 ; Mons, 29 janvier 2016, n° 2012/RG/793 (disponible sur www.juportal.be) ; Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *Con. M.*, 2016, liv. 2, p. 97 ; *J.L.M.B.*, 2016, liv. 41, p. 1954, note G. GENICOT ; Civ. Hainaut, 22 mars 2016, *R.F.R.L.*, 2016, liv. 2, p. 203 ; Cass., 21 avril 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, liv. 2, p. 107 ; Bruxelles, 24 mai 2016, *Con. M.*, 2017, liv. 4, p. 159 ; Mons, 25 octobre 2016, *J.T.*, 2016, liv. 6670, p. 767, voir toutefois M. KRUTHOF, « Een kritische analyse van het concept causaliteit in het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, p. 277 qui considère que la théorie de l'équivalence des conditions n'est pas souvent formulée dans les jugements existants et affirme que « de equivalentieleer is dus een mythe » (p. 284).

9. Art. 6.19, § 1, al. 1, de la proposition de loi du livre 6 : « 1^{er}. Un fait est la cause d'un dommage s'il est une condition nécessaire de ce dernier. Tel est le cas lorsque, sans ce fait, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit dans les circonstances concrètes présentes lors de l'événement dommageable. [...] ».

10. P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1609.

11. M. BACACHE, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 579.

12. P. JOURDAIN, G. VINEY et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2013, p. 245 ; M. BACACHE, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 581 ; H. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 658.

13. « La réparation ne s'étend qu'au dommage dont le rapport avec l'événement sur lequel se fonde la responsabilité du débiteur est tel que, compte tenu également de la nature de la responsabilité et du dommage, il peut être imputé au débiteur comme étant la conséquence de cet événement » (traduit par P. HAANAPPEL et E. MACKAAY, Deventer, Boston Kluwer, 1990).

14. A ce sujet voir les quatre règles de Brunner : ASSER/SIEBURGH 6-II 1920/64.

également pris en compte. Le législateur belge souhaite, dans la proposition de loi du livre 6, introduire un correctif similaire à l'article 6.19, § 2¹⁵.

4. Règle de fond : raisonnement *sine qua non* – Dans l'application de la théorie de l'équivalence des conditions, la Cour utilise le test de la condition *sine qua non*¹⁶. En vertu de ce test, il faut déterminer si, sans le fait générateur de responsabilité, le dommage se serait réalisé tel qu'il s'est produit *in concreto*¹⁷. Si la réponse est affirmative, le lien de causalité n'existe pas et la victime ne peut obtenir l'indemnisation de son dommage¹⁸. Si la réponse est négative, le lien de causalité est établi et la victime peut obtenir l'indemnisation de son dommage¹⁹.

Pour vérifier s'il existe un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage, le juge est tenu de reconstruire le cours normal des événements en l'absence de ce fait générateur de responsabilité et déterminer si le dommage se serait ou non produit. On parle à cet égard de reconstitution du scénario contrefactuel²⁰.

La première étape consiste à identifier précisément le comportement fautif ou le fait générateur de responsabilité et à supprimer ce comportement²¹ ou le remplacer par le comportement non fautif (ou non

générateur de responsabilité)²². La deuxième étape consiste à reconstruire le cours normal des événements au départ du comportement ainsi substitué. Dans l'un et l'autre cas, cette reconstruction doit se faire « *in concreto* », sans modifier les circonstances concrètes de l'espèce²³. Il est interdit pour le juge d'imaginer de nouvelles circonstances ou de modifier les éléments de fait dont il dispose pour recréer une réalité différente²⁴. Ainsi, selon la Cour de cassation de Belgique, « [l]e juge, qui apprécie l'existence d'un tel lien, doit reconstruire le cours des événements en omettant la faute, mais sans modifier les autres conditions dans lesquelles le dommage est survenu »²⁵.

Enfin, la dernière étape consiste à vérifier si le dommage se serait produit tel qu'il s'est produit dans cette réalité parallèle.

5. Règles de preuve – Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le lien de causalité doit être certain. Ainsi : « 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 [...] »²⁶.

15. Art. 6.19, § 2, de la proposition de loi du livre 6 : « § 2. Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée. Dans cette appréciation, il est tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de responsabilité et de la circonstance que ce fait n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage ». Comparer ancien art. 5.162 de l'avant-projet de réforme 2019 in B. DUBUISSON et al., *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Bruges, la Chartre, 2019 ; H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, pp. 239-240. Pour une critique détaillée de ces dispositions voir M. KRUIJTHOF, « Een kritische analyse van het concept causaliteit in het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, pp. 269-321.
16. Voir not. Cass., 30 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 994 ; Cass., 1^{er} avril 2004, *J.T.*, 2005, p. 357, *Pas.*, 2004, p. 527.
17. Cass., 1^{er} octobre 2019, *Pas.*, 2019, n° 488 et Cass., 7 mai 2020, n° C.19.0273.N. R. JAFFERALI montre que la Cour adopte parfois une autre formulation : « le juge ne peut exclure le lien de causalité entre une faute et le dommage subi que s'il constate que le dommage, tel qu'il s'est produit *in concreto*, serait survenu de la même manière sans cette faute » (Cass., 4 juin 2020, n° C.19.0042.N) voir R. JAFFERALI, « La causalité », R. JAFFERALI et F. GEORGE (dir.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, p. 138.
18. Cass., 28 juin 2018, *Pas.*, 2018, n° 423.
19. Sous réserve, évidemment, de l'existence d'un fait générateur de responsabilité et d'un dommage.
20. Voir pour un exposé complet au regard de la jurisprudence récente : B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, F. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 2008-2020, Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 409-416.
21. Voir Cass., 10 septembre 2021, C.20.0550.F « Le juge, qui apprécie l'existence d'un tel lien, doit reconstruire le cours des événements en omettant la faute, mais sans modifier les autres conditions dans lesquelles le dommage est survenu. » Dans le même sens : Cass., 7 avril 2022, *R.W.*, 2022-23, n° 17, p. 662 ; Cass., 12 mai 2022, *R.W.*, 2022-23, n° 20, pp. 788-789 ; Cass., 23 février 2023, C.22.0112.F.
22. Cass., 12 mai 2022, C.21.0030.N-C.21.0386.N., voir également les références citées à la note suivante.
23. Cass., 21 avril 2023, *R.W.*, 2023-24, n° 15, p. 1 ; Cass., 20 mai 2022, C.21.0417.F/4, Cass., 12 mai 2022, C.21.0030.N-C.21.0386.N ; Cass., 7 avril 2022, *R.W.*, 2022-23, n° 17, p. 662 ; Cass., 28 juin 2022, P.21.1506.N ; Cass., 5 mai 2022, *R.W.*, 2022-23, n° 8, p. 1 ; Cass., 18 mai 2021, AR P.21.0011.N ; Cass., 2 mars 2021, P.20.1335.N ; Cass., 22 janvier 2021, C.19.0303.N/1 ;

- Cass., 4 février 2021 C.20.0032.F-C.20.0033.F/1 ; Cass., 10 septembre 2021, C.20.0550.F/1 ; Cass., 4 septembre 2020, AR C.20.0074.N ; Cass., 1^{er} octobre 2019, *R.W.*, 2020-21, n° 13, p. 1 ; Cass., 28 juin 2018, C.170696 ; Cass., 12 juin 2017, C.16.0428 ; Cass., 10 septembre 2015, C.12.0533.N-C.12.0597.N. Voir les arrêts plus anciens : Cass., 26 novembre 2008, P.08.1009.F, inédit ; Cass., 28 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 324 ; Cass., 19 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 646, pt 4 ; concl. Avocat général X. DE RIEMAECKER avant Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161.
24. Cass., 1^{er} octobre 2019, P.19.0575.N. La doctrine va dans le même sens. Plusieurs auteurs soulignent que la Cour « altère » parfois cette exigence : R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 125 ; B. DUBUISSON, « Les mystères de l'alternative légitime » *R.G.A.R.*, n° 15819 et concl. Avocat général X. DE RIEMAECKER sous Cass. (plén.), 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161, p. 416.
25. Cass., 10 septembre 2021, C.20.0550.F. Voir également : Cass., 28 mars 2001, *Pas.*, 2001, n° 174 ; Cass., 24 mars 2005, *Pas.*, 2005, n° 185 ; Cass., 23 septembre 2011, C.100744.F ; Cass., 14 novembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 612 ; Cass., 12 juin 2017, *R.W.*, 2018-2019, n° 10, p. 381, Cass., 20 juin 2018, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15.535. Cass., 1^{er} octobre 2019, P.19.0575.N : « *De rechter moet aldus bepalen wat de verweerder had moeten doen om rechtmatig te handelen. Hij moet abstractie maken van het foutieve element in de historie van het schadegeval, zonder de andere omstandigheden ervan te wijzigen, en nagaan of de schade zich ook in dat geval zou hebben voorgedaan. Indien de rechter daarbij vaststelt dat de schade zich op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan of oordeelt dat zulks onzeker is, is er geen oorzakelijk verband tussen fout en schade* » ; Cass., 22 janvier 2021, C.19.0303.N ; Cass., 2 mars 2021, P.20.1335.N/1 ; Cass., 28 juin 2022, P.21.1506.N ; Cass., 23 février 2023, C.22.0112.F. La Cour de cassation de Belgique précise aussi que, pour établir l'existence du lien de causalité, le juge ne doit pas non plus exclure toutes les hypothèses dans lesquelles, en l'absence de la faute, le dommage se serait tout de même produit tel qu'il s'est produit. Il lui suffit de montrer que, dans les circonstances de l'espèce, en supprimant l'élément illicite, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit, voir Cass., 20 mai 2022, C.21.0417.F « Le juge, qui apprécie l'existence d'un tel lien, doit reconstruire le cours des événements en omettant ladite violation, mais sans modifier les autres conditions dans lesquelles le dommage est survenu ».
26. Nous soulignons : Cass., 6 décembre 2013 C.10.0204.F (règles de fond uniquement). Voir également : Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 547, C.01.0211.F-C.01.0217.F (règles de fond et de preuve) qui utilise le terme « incertitude » au lieu de « doute » ; Cass., 28 juin 2008, C.17.0696.N (règles de fond) Cass., 6 décembre 2013, C.12.0245.F (règles de fond et de preuve) ; Cass., 7 janvier, 2020 P.19.0584.N (règles de fond).

Avant l'adoption du livre 8 du Code civil, le degré de preuve n'était pas déterminé par la loi et la Cour de cassation exigeait une certitude absolue. Si le juge du fond constatait qu'il y avait une forte probabilité (même évaluée à 80 %²⁷ ou 90 %²⁸) que, sans le fait générateur de responsabilité, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit et qu'il accordait à la victime l'indemnisation de tout ou partie de ce dommage, sa décision encourait la cassation²⁹. Ce standard était toutefois tempéré par la jurisprudence des juridictions de fond³⁰ qui n'hésitaient pas, malgré l'enseignement de la Cour³¹, à définir la certitude comme « un degré très élevé de vraisemblance »³² ou encore comme « une très haute vraisemblance non contredite »³³.

Depuis l'adoption du livre 8, le degré de preuve est assoupli en vertu de deux dispositions. Tout d'abord, l'article 8.5, intitulé : « Règle générale – preuve certaine »³⁴ prévoit désormais : « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, la preuve doit être rapportée avec un degré raisonnable de certitude ». La loi consacre explicitement le principe que le degré de preuve certain équivaut, non pas à une certitude absolue de 100 %, mais à un « degré raisonnable de certitude » qui « exclut tout doute raisonnable »³⁵. Si l'on se réfère à la doctrine, ce degré pourrait être évalué à 90 % par rapport à une certitude absolue³⁶. Ensuite, le législateur a introduit, à l'article 8.6 du Code civil, la possibilité de prouver par simple vraisemblance les « faits négatifs » ou les « faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine »³⁷. Cela signifie que, dans ces cas spécifiques, le juge remplace, lors de l'appréciation des preuves, la mesure normale de certitude raisonnable (art. 8.5 C. civ.) par un degré moindre de conviction. Les travaux préparatoires, s'inspirant du droit suisse, énoncent : « [s]i on devait parler en pourcentage de certitude, on pourrait mentionner 75 %, c'est-à-dire qu'il existe des éléments sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables »³⁸.

B. Proposition d'une nouvelle approche

6. Introduction – Nous proposons d'analyser le lien de causalité en l'abordant sous une nouvelle perspective qui n'est, à l'heure actuelle, que très peu connue en droit belge. Il s'agit de distinguer deux éléments propres au lien de causalité : d'une part, l'enchaînement des faits ayant conduit au dommage, d'autre part, la reconstruction du scénario contrefactuel. Nous nous inspirons des écrits de W. Vandebussche qui, dans sa thèse de doctorat, a aussi utilisé cette approche pour analyser les règles de preuve propres au lien de causalité³⁹, ainsi que du droit néerlandais qui connaît bien cette distinction⁴⁰.

7. L'enchaînement des faits – Pour établir le lien de causalité, il faut d'abord démontrer les faits matériels permettant de reconstruire l'enchaînement causal des événements (*effectieve feitelijke oorzaak*).

Examinons le cas d'un accident de voiture. Le demandeur en responsabilité doit établir comment se sont déroulés les faits dans le passé jusqu'à la survenance de l'événement dommageable. Ainsi, le conducteur fautif n'a pas respecté une priorité de droite (1), la personne lésée a freiné violemment (2), les deux véhicules se sont percutés (3), le choc des deux véhicules a propulsé la personne lésée en avant malgré sa ceinture de sécurité (4), sa tête a heurté le pare-brise (5), ce qui lui a causé une lésion cérébrale traumatique (6), engendrant un mal de tête permanent depuis l'accident (7).

Pour établir cet enchaînement des faits, le demandeur devra prouver des faits positifs qui se sont effectivement produits dans la réalité au moyen de témoignages ou de présomptions. Par exemple, dans l'hypothèse de l'accident, les parties pourront utiliser le témoignage des personnes présentes sur le lieu de l'accident, le rapport d'expertise, les traces laissées sur la route, etc.

27. Cass., 1^{er} avril 2004, *J.T.*, 2005, p. 357, *Pas.*, 2004, p. 527.

28. Cass., 23 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 87.

29. En matière de perte de chance, voir Cass., 1^{er} avril 2004, *J.T.*, 2005, p. 357, *Pas.*, 2004, p. 527.

30. Le même constat peut être posé en France. Selon P. Jourdain, « nombreux sont les décisions qui [...] s'efforcent d'alléger, au profit de la victime, le fardeau de la preuve » G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2006, n° 368.

31. I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in B. DUBUISSON et Ph. HENRY (dir.), *Droit de la responsabilité*, 2004, p. 28.

32. Bruxelles, 16 juin 2009, *R.G.A.R.*, 2010/4, p. 14631. Voir notamment : Mons, 28 juin 2011, *R.G.A.R.*, 2011/7, n° 14768 ; Civ. Bruxelles, 17 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, n° 23, pp. 1101-1110 ; Civ. Bruxelles, 21 novembre 2011, *Con. M.*, 2012, n° 3, pp. 96-115 ; Liège, 20 juin 2013, n° 2010/RG/1953 ; Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, n° 41, pp. 1954-1968 ; Bruxelles, 9 février 2017, *Res. jur. imm.*, 2020, n° 4, pp. 320-329 ; Civ. Bruxelles, 25 juin 2019, *Con. M.*, 2022, n° 1, pp. 34-48 ; Liège, 17 décembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020, n° 23, pp. 1089-1093 ; Civ. Bruxelles, 31 mai 2021, *R.G.A.R.*, 2022, n° 15845-15854.

33. Liège, 20 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15036 ; voir aussi « un degré très élevé de vraisemblance » Mons 12 octobre 2016, *Dr. pén. entr.*, 2017, n° 2, p. 151 ou encore un « degré élevé de probabilité » Civ. Bruxelles, 2 février 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15207.

34. On notera que l'attachement à la certitude demeure dans le titre de la disposition.

35. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

36. 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*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365.

37. Voir l'art. 8.6 du Code civil (art. 8.6 de la loi portant insertion du livre 8 « La Preuve » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001). Pour un commentaire de cette disposition à la lumière de la jurisprudence récente, voir D. MOUGENOT, C. JOISTEN et V. DE WULF, « La preuve civile, trois ans après la réforme » in D. MOUGENOT (dir.) *La preuve*, CUP, vol. 226, 2023, pp. 40-48.

38. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

39. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 158 et n° 159.

40. A. AKKERMANS, « Wedden op een uit de race genomen paard : naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit ? », in T. HARTLIEF et L.S. LINDENBERGH (dir.) *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag, Uitgevers, 2009, p. 87 ; G. DE GROOT et A.J. AKKERMANS, « Schadevaststelling, bewijslast en deskundigenbericht », *N.T.B.R.*, 2007, p. 507 ; E. TJONG TJIN TAI, « Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid », *N.J.B.*, 2016, n° 1605, p. 2239 ; A. AKKERMANS, « Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid », in A. AKKERMANS, M. FAURE et T. HARTLIEF, *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 96.

Cet enchaînement causal doit être prouvé selon un degré raisonnable de certitude en application de l'article 8.5 du Code civil. Un simple degré de vraisemblance pourrait toutefois suffire selon l'article 8.6 du Code civil s'il s'agit d'un « fait négatif » ou de « faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine ». Dans un arrêt du 16 septembre 2021⁴¹, la Cour d'appel de Liège admet la preuve par vraisemblance dans une hypothèse d'incertitude causale portant sur l'enchaînement des faits : « Compte tenu de la difficulté qu'il y a à identifier précisément le ou les éléments qui sont à l'origine de l'accouchement prématuré, il est impossible pour les appelants de prouver avec certitude le lien causal entre l'accident et la prématurité de sorte que, conformément à l'article 8.6 du Code civil, une preuve par vraisemblance est suffisante ». Dans un arrêt du 14 novembre 2022, rendu sur les conclusions conformes de l'Avocat général H. Mormont⁴², la Cour de cassation approuve ce raisonnement et admet que l'énonciation : « sans le stress provoqué par l'accident, le premier défendeur ne serait pas né prématurément et handicapé » est bien un fait dont, par sa nature même, il n'est pas possible d'exiger une preuve certaine.

8. Le scénario contrefactuel – Le second élément du lien de causalité est la reconstruction du scénario contrefactuel : il faut établir que, sans le fait générateur de responsabilité, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit. Nous l'avons vu précédemment, la Cour de cassation offre plusieurs balises pour reconstruire ce scénario hypothétique⁴³.

Reprenons l'exemple de l'accident. Une fois que le demandeur en responsabilité a démontré comment se sont enchaînés les faits dans le passé jusqu'à la survenance de l'événement dommageable (phase 1 à 7), il doit également établir que, sans l'accident, le mal de tête permanent dont il est atteint ne serait pas survenu.

Sur le plan probatoire, ce second élément du lien de causalité se distingue nettement de l'enchaînement des faits : il ne s'agit ni réellement de faits positifs ni

de faits négatifs *sensu stricto* à prouver mais d'hypothèses appartenant à une réalité hypothétique⁴⁴. Il ne s'agit pas de prouver une réalité, un fait passé, mais une situation hypothétique invérifiable : « *[d]e hypothetische situatie is zelf geen feit : het gaat immers niet om de werkelijkheid* »⁴⁵.

Ce scénario contrefactuel peut être prouvé par un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 du Code civil), mais non, selon nous, par une simple vraisemblance à défaut de porter sur des faits (positifs ou négatifs) conformément à l'article 8.6 du Code civil⁴⁶. Plusieurs indices laissent penser que le législateur n'a pas voulu inclure cette seconde étape du raisonnement, le scénario contrefactuel, dans le champ d'application de ce mécanisme exceptionnel de preuve allégée. D'abord, d'un point de vue littéral ou linguistique, il convient d'assigner au mot « fait » l'extension et la compréhension qu'il a habituellement⁴⁷. Or, suivant les dictionnaires usuels, on entend par « fait(s) », « les événements qui ont eu lieu, considérés dans leur réalité objective »⁴⁸, « ce qui est arrivé, ce qui a eu lieu »⁴⁹ ou encore comme « ce qui est constaté par l'observation (notamment scientifique) »⁵⁰. Le dictionnaire Le Robert définit même le fait comme « ce qui existe réellement (opposé à l'idée, au rêve, etc.) ». En outre, le texte de loi ne vise pas les faits au sens large, contrairement à ce qui est le cas des articles 8.3 et 8.4 du Code civil, mais choisit de viser les faits *négatifs* et les faits *positifs*. Ainsi, tout porte à croire que le législateur a voulu réserver, dans le texte de l'article 8.6, au mot « fait » son sens usuel sans inclure sous ce vocable de simples hypothèses. Ensuite, les travaux préparatoires s'inspirent directement de plusieurs arrêts rendus par le Tribunal Fédéral Suisse⁵¹ qui ont tous trait à un problème de preuve relatif à l'enchaînement des faits tels qu'ils se sont produits dans le passé. Le législateur a aussi souligné, à diverses reprises, le caractère exceptionnel de cette disposition. Les travaux préparatoires mentionnent qu'il s'agit bien « d'une exception au principe de la preuve certaine »⁵². L'allègement du degré de preuve était déjà admis par la jurisprudence pour les faits négatifs et « ne pas étendre l'allègement du degré de

41. Les experts s'expriment comme suit : « (...) il nous paraît impossible de dire que, sans l'accident, si minime soit-il en ce qui concerne sa dynamique, mais combien producteur d'éléments stressants pour une jeune maman dont c'est le premier enfant, les faits ne se seraient pas produits tels qu'ils se sont produits. Et cela in concreto ».

42. Concl. Avocat général H. MORMONT sous Cass. 14 novembre 2022.

43. Voir *supra* n° 4.

44. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 159 ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causal verband », *R.W.*, 2004-2005, n° 3, p. 92 : « *Deze hypothetische situatie is geen feit dat kan worden vastgesteld, maar slechts een veronderstelling, die hooguit meer of minder waarschijnlijk kan worden geacht* ». Voir dans le même sens : M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Malines, Kluwer, 2007, p. 63 ; R. DALCQ, « Sources et finalités du droit de la responsabilité civile », in *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Bruxelles, Larcier, p. 30.

45. « La situation hypothétique n'est pas un fait : il ne s'agit pas de la réalité » (traduction libre). E. TJONG TJIN TAI, « Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid », *N.J.B.*, 2016, n° 1605, p. 2239.

46. Pour rappel, l'article 8.6 du Code civil énonce : « Sans préjudice de l'obligation de toutes les parties de collaborer à l'administration de la preuve,

celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait. La même règle vaut pour les faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine ».

47. Sur cette méthode d'interprétation voir P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 153.

48. « Fait », *Dictionnaire Larousse*, disponible sur <https://www.larousse.fr> (consultation : mars 2023).

49. « Fait », *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2012.

50. « Fait », *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2012. Voir également « Fait » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF, Paris, 2004 : « Tout ce qui arrive, tout ce qui se produit, tout événement ».

51. Voir spécialement Trib. Fed. (CH), 15 mars 2010, 4D_151/2009,2.2. ; Trib. Fed. (CH), 19 décembre 2006, 133, III, 81 (la difficulté probatoire visait le défaut d'un produit) ; Trib. Fed. (CH), 29 janvier 2004, 130, III, 321 (la difficulté probatoire visait un vol). Pour une étude approfondie de ces arrêts voir V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de stratego s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, Liège, Anthemis, 2019, pp. 36-40.

52. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

preuve admis pour les faits négatifs aux faits positifs impossibles à prouver avec certitude aurait créé une discrimination injustifiée »⁵³. Dans le rapport fait au nom de la commission, il est aussi précisé que « ce n'est qu'à titre exceptionnel »⁵⁴ qu'un fait pourra être prouvé par vraisemblance.

Enfin, il faut garder à l'esprit que tous les « faits » qui relèvent d'hypothèses, sont, par leur nature même, difficiles à prouver et devraient alors entraîner une application systématique de l'allègement du degré de preuve prévu par l'article 8.6, ce qui va à l'encontre du champ d'application limité de cette disposition voulue par le législateur.

D'aucuns pourraient penser qu'une telle différence de traitement est injustifiée et place la victime confrontée à une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel dans une situation moins favorable que celle d'une victime confrontée à un problème d'incertitude causale portant sur l'enchaînement des faits puisqu'elle ne peut pas, contrairement à cette dernière, bénéficier de l'allègement du degré de preuve prévu à l'article 8.6 C. civ pour prouver le scénario contrefactuel. Cette analyse ne tient toutefois pas compte des mécanismes jurisprudentiels permettant à la victime d'obtenir, dans certaines circonstances, une indemnisation de son dommage en cas d'incertitude causale. Or, nous le verrons, en cas d'incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel, la victime bénéficie d'un statut privilégié puisqu'elle pourra demander la réparation d'un dommage pour perte de chance⁵⁵.

9. Importance de la distinction – La distinction entre ces deux éléments du lien de causalité (enchaînement des faits et scénario contrefactuel) se justifie à plusieurs titres.

Tout d'abord, rechercher ce qu'il s'est effectivement passé est différent de rechercher ce qu'il se serait passé en l'absence du fait générateur de responsabilité. Il s'agit d'un exercice mental distinct : dans le premier cas on recherche des faits qui se sont effectivement produits (*faits*), dans le second on imagine

des hypothèses qui ne se sont pas produites et ne se produiront jamais (*hypothèses*). La preuve de chacune de ces étapes causales est donc rapportée de manière distincte et selon des méthodes distinctes.

Du point de vue de droit comparé, le droit néerlandais est familier des deux éléments du lien de causalité et, en cas d'incertitude, traite celle-ci différemment suivant la composante du lien causal qu'elle affecte⁵⁶. Les juges anglais distinguent aussi fréquemment les « *past facts* » des « *future or hypothetical facts* »^{57 58}.

Cette distinction entre causalité « concrète/factuelle » et causalité « hypothétique » est bien connue en philosophie. Elle renvoie à la distinction habituellement opérée entre l'incertitude « ontologique » et l'incertitude « épistémique ». Alors que la première, qualifiée également d'incertitude « objective », porte sur la connaissance du monde qui nous entoure, la seconde, qualifiée de « cognitive », « psychologique » ou « subjective » renvoie à une incertitude d'ordre mental.

Enfin, nous le verrons, cette distinction est fondamentale puisque, en cas d'incertitude, la jurisprudence crée des mécanismes spécifiques qui visent tantôt à pallier un problème d'incertitude causale portant sur l'enchaînement des faits, tantôt à pallier un problème d'incertitude causale portant exclusivement sur le scénario contrefactuel.

Section 2. L'incertitude du lien de causalité

10. Introduction – Cette nouvelle approche du lien de causalité divisée entre *l'enchaînement des faits* et *le scénario contrefactuel* prend tout son sens en situation d'incertitude. Nous proposons de distinguer ainsi l'incertitude sur l'enchaînement des faits de l'incertitude causale propre au scénario contrefactuel et d'illustrer ces deux types d'incertitude au moyen d'exemples concrets. Ceci nous permettra d'identifier plus précisément les problèmes suscités par l'incertitude causale.

Le schéma ci-dessous synthétise la typologie proposée.

53. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, pp. 16-17. Le législateur a pour objectif d'étendre la preuve par vraisemblance, déjà admise pour les faits négatifs, aux faits positifs. Cela exclut donc la prise en compte de faits hypothétiques.

54. Rapport fait au nom de la commission du 28 mars 2019, DOC 54 3349/005, p. 4.

55. Sur le dommage pour perte de chance voir *infra* n° 17-23.

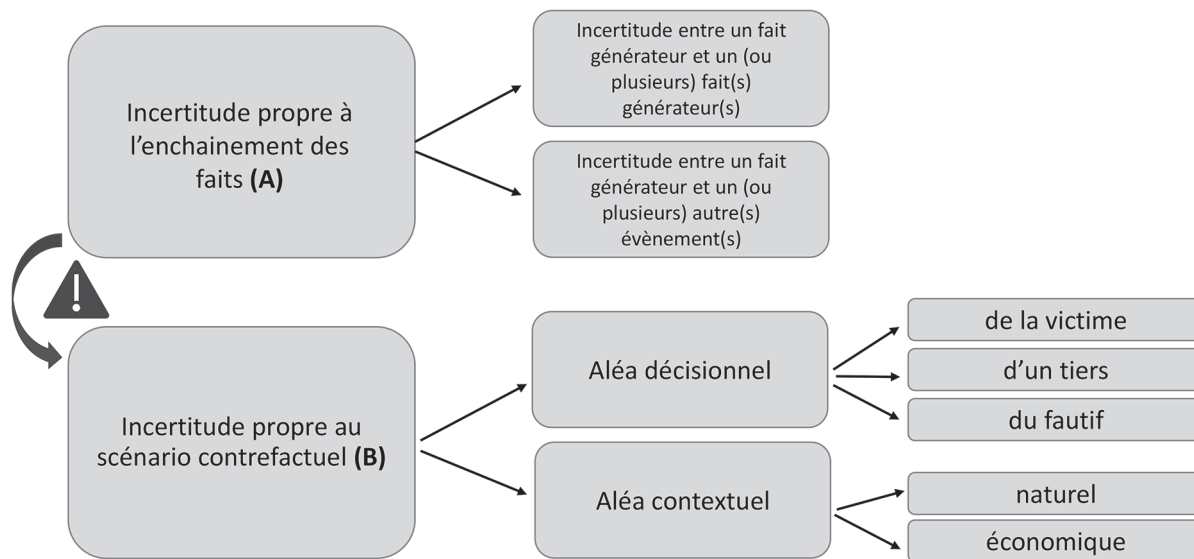
56. A. VAN, « Kansschade of proportionele aansprakelijkheid ? » *T.v.P.*, 2021, p. 49 ; voir E. TJONG TJIN TAL, « Schadevergoeding, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid », *N.J.B.*, 2016, n° 1605, pp. 2239 et s. Le Hoge Raad opère une distinction très claire entre le champ d'application de la perte de chance et la responsabilité proportionnelle. *Contra* : B. VAN VELTHOVEN, « Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid : verschillende figuren voor verschillende gevallen ? (I) », *N.T.B.R.*, 2018, n° 3 pp. 72-79 qui considère que la jurisprudence des juridictions de fond

néerlandaises est plus confuse, ce qui justifie selon lui une interchangeabilité entre la perte de chance et la responsabilité proportionnelle.

57. H. LUNTZ, « Loss of chance » in I. FRECKELTON et D. MENDELSON, *Causation in Law and Medicine*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 2002, p. 166. Voir tout particulièrement *Mallett v. McMonagle* (1970) AC 166 (HL) at 176 ; *Gregg v. Scott* (2005) UKHL 2 ; (2005) 2 A.C. 176 (HL) ; *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) AC 750 (CA) at 785.

58. J. STAPLETON, distinguait déjà en 2001 deux types d'incertitude causale de nature bien différente : d'une part, l'« *evidentiary gaps concerning past facts* » lorsque l'historique du dommage est inconnu et, d'autre part, l'« *evidentiary gaps concerning targeted but-for and hypotheticals* » lorsque l'on sait parfaitement ce qu'il s'est produit dans le passé mais que le scénario hypothétique est impossible à reconstruire de manière certaine. J. STAPLETON, « Legal Cause : Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences », *Vanderbilt Law Review*, 2001, n° 54, pp. 962-963.

Schéma n° 1 : Typologie de l'incertitude



A. Incertitude sur l'enchaînement des faits

11. Notion – Cette incertitude, qui touche à l'établissement des événements passés et à leur enchaînement, est aussi qualifiée d'incertitude de « premier degré ». Elle entraîne *ipso facto* une incertitude de « second degré » propre à la reconstruction du scénario contrefactuel⁵⁹. Cette incertitude est donc double. *Dans un premier temps*, il est impossible d'établir comment se sont enchaînés les faits et quelle a été leur incidence causale dans la survenance de la situation dommageable⁶⁰. En d'autres termes, on ne sait pas dire quelle a été la probabilité que la faute (ou, plus largement, le fait générateur de responsabilité) soit effectivement la cause du dommage car on ne sait pas si d'autres causes qui se sont effectivement produites⁶¹, antérieures ou postérieures, ont aussi eu une incidence dans la survenance du dommage. Ainsi, *dans un second temps*, cette incertitude de « premier degré » rend également la reconstruction du scénario contrefactuel impossible : puisqu'on ne sait pas ce qu'il s'est passé dans le scénario effectivement vécu avec le fait générateur de responsabilité, on ne sait pas non plus ce qu'il se serait passé dans le scénario hypothétique à reconstituer en l'absence de ce fait générateur de responsabilité.

Cette double incertitude peut être illustrée par le cas suivant. Un médecin commet une faute durant un

accouchement en laissant l'infirmière procéder à un acte délicat alors qu'il aurait dû l'effectuer lui-même. Le nouveau-né naît handicapé. Durant la grossesse, il avait déjà été constaté que le nouveau-né était mal positionné et qu'il souffrait d'une anomalie génétique rare. Le handicap du nouveau-né peut résulter de la faute du médecin mais aussi de ces deux autres causes. Dans ce cas, on ne sait pas exactement comment se sont déroulés les faits et l'incidence éventuelle de chacun de ces événements quant à la survenance du handicap : l'incertitude est donc propre à l'enchaînement causal des faits. Cette incertitude a, par conséquent, une incidence sur la reconstruction du scénario contrefactuel⁶², mais elle n'est pas spécifique à celle-ci : le problème originel est une incertitude sur le déroulement des événements dans le passé et leur influence.

Contrairement à l'incertitude spécifique au scénario hypothétique, le fait générateur de responsabilité sera une cause probable du dommage au même titre que d'autres causes probables qui se sont effectivement produites (« *werkelijke feitelijke oorzaak* »)⁶³. Par exemple, dans le cas du médecin, les autres causes probables sont le positionnement particulier de l'enfant et son anomalie génétique. Ces événements ont effectivement eu lieu dans le passé mais on ne connaît pas suffisamment les effets de chacun d'entre eux dans le développement du handicap.

59. A. VAN, « Kansschade of proportionele aansprakelijkheid ? » *T.v.P.*, 2021, p. 49.

60. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017 n° 158 ; H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, p. 256 « *Soms is het moeilijk met zekerheid te achterhalen wat er precies gebeurd is en het historisch verhaal van het schadegeval precies te reconstrueren* ».

61. Lorsque l'on ne sait pas si ces autres causes potentielles se sont effectivement produites, le degré d'incertitude est alors encore plus grand. Nous

n'envisageons pas ce cas dans la typologie. Voir pour une illustration éclairante : Liège, 22 novembre 2012, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15072 note G. GENICOT. En droit anglais voir *Wilsher v. Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074.

62. En l'espèce, on ne sait pas si, sans la faute du médecin, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit. De même, on ne sait pas si, sans le mauvais positionnement du bébé ou sans l'anomalie génétique, le bébé serait né handicapé.

63. Voir E. TJONG TJIN TAI, « Schadevergoeding, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid », *N.J.B.*, 2016, n° 1605, p. 2241.

12. Illustrations de l'incertitude portant sur l'enchaînement des faits – Il est possible de distinguer les types de causes potentielles qui entrent en concurrence avec le fait générateur de responsabilité. Celles-ci peuvent être un autre fait générateur de responsabilité (12.1) ou un ou des événements qui ne constituent pas des faits générateurs de responsabilité (12.2)⁶⁴.

12.1. L'hypothèse où un fait générateur de responsabilité entre en concurrence avec un ou plusieurs autres faits générateurs de responsabilité est généralement appelée « causalité alternative »⁶⁵. Dans cette première catégorie, l'incertitude causale réside dans l'identification de la cause génératrice du dommage parmi plusieurs faits générateurs de responsabilité qui ont effectivement eu lieu. Contrairement au cas de pluralité de responsables où il est certain que chacun a causé le dommage, ici, un fait générateur parmi plusieurs autres a, à lui seul, causé le dommage mais il est impossible de l'identifier. Un exemple topique de l'incertitude entre plusieurs faits générateurs de responsabilité est celui des victimes du distilbène⁶⁶. En France, plusieurs femmes souffraient d'un cancer de l'utérus à cause d'un médicament pris par leur mère durant la grossesse et qui était commercialisé par plusieurs fabricants. Il était impossible pour les victimes d'identifier le fabricant qui avait effectivement commercialisé le produit nocif pris par leur mère⁶⁷. Les fautes commises en groupe sont aussi susceptibles d'engendrer ce type d'incertitude : plusieurs personnes ont agi en groupe de manière fautive, par exemple par la participation à une chasse interdite, et un promeneur est blessé par un tir sans qu'il soit possible d'identifier le membre du groupe qui a causé le dommage, en l'espèce, l'auteur du tir qui a atteint le promeneur^{68 69}.

12.2. La seconde hypothèse d'incertitude causale sur l'enchaînement des faits est celle où la cause probable du dommage (fait générateur de responsabilité) entre en concurrence avec d'autres événements qui ne sont pas des faits générateurs de responsabilité. La seule distinction par rapport à la première hypothèse réside dans la nature des autres causes : alors qu'il s'agissait de comportements fautifs (ou générateurs de responsabilité) dans la première situation, il s'agit ici d'autres événements qui ne sont pas en soi générateurs de responsabilité. Songeons, par exemple, à une maladie auto-immune, à une anomalie génétique, au comportement non fautif de la victime ou d'un tiers, etc⁷⁰. La victime est confrontée à ce type d'incertitude lorsque l'état des connaissances scientifiques n'est pas suffisamment abouti dans un certain domaine⁷¹ : les données scientifiques disponibles et la connaissance du passé ne permettent pas de reconstruire exactement l'enchaînement des faits ayant conduit au dommage. Tel est le cas, par exemple, en matière médicale et environnementale, où la cause de plusieurs maladies et l'effet de certains médicaments⁷² ou de certaines substances demeurent inconnus.

Exemple

Une entreprise située en amont d'une pisciculture déverse des déchets dans la rivière alimentant cette dernière. Le propriétaire de la pisciculture constate que la moitié de sa culture est perdue et accuse l'entreprise polluante. Il est cependant impossible de déterminer si les poissons sont morts à cause de la pollution de l'entreprise ou à cause des températures particulièrement élevées. L'enchaînement des faits n'est pas parfaitement connu (on ne sait pas quel effet la pollution et les températures ont effectivement eu sur les poissons) et le scénario contrefactuel est lui aussi incertain (on ne sait pas si, en l'absence de pollution, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit).

64. Sur cette même distinction voir F. G'SELL, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris 1, thèse, 2005, p. 596 ; E. LEMAIRE, *Risques sanitaires sériels et responsabilité civile. Etude comparée des droits français et anglais*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 442 à 485.

65. L'emploi du terme « causalité alternative » est critiquable en ce qu'il peut s'avérer polysémique. voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, thèse, Larcier, 2024, n° 167 (à paraître). Dans le même sens : E. LEMAIRE, *Risques sanitaires sériels et responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 416.

66. Le diéthylstilbestrol (DES) est un médicament commercialisé entre 1934 et 1983 permettant de prévenir les avortements spontanés à répétition et de réduire les menaces d'accouchements prématurés. Sur cette affaire et la solution donnée par la jurisprudence face à ce problème voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, thèse, Larcier, 2024, n° 584 (droit français) et n° 595 (droit néerlandais).

67. En France : Cass. fr., 24 septembre 2009, n° 08-10081 et n° 08-16305. Voir également Cass. fr., 28 janvier 2010, n° 08-18837. Aux Pays-Bas : HR, 9 octobre 1992, NJ, 1994, p. 535. Pour la jurisprudence en Belgique voir Civ. Bruxelles, 5 octobre 2010, n° 2008/7891/A, *Rev. dr. santé*, 2013-14, n° 5, p.168, note D. VERHOEVEN ; Civ. Bruxelles, 5 octobre 2010, n° 2008/7893/A, *Rev. dr. santé*, 2013-14, n° 3, p.173, note D. VERHOEVEN. Dans ces deux affaires, le problème ne portait pas sur la causalité mais sur la prescription et le caractère certain du dommage puisque les victimes ne souffraient d'aucun dommage et demandaient l'indemnisation d'un préjudice futur éventuel. Voir également Groupe de recherche GROTHIUS-POTHIER, « Regards comparatistes sur la réforme belge du droit de la responsabilité extracontractuelle : quelques suggestions pour le législateur et le juge », *R.D.I.C.*, 2020, n° 2, p. 178.

68. Voir, par exemple, en droit belge Civ. Namur, 19 avril 2018, *R.G.D.C.*, 2021, n° 9, p. 481 ; Liège, 26 janvier 2006, ECLI:BE:CALIE:2006:ARR.20061213.1 (incendie déclenché par un groupe d'enfants) ; Civ. Turnhout, 11 février 1980, *Pas* 1980, I, p. 40 ; Civ. Nivelles, 13 octobre 1981, *R.G.A.R.*, 1982, n° 10535, Civ. Mons, 30 juin 1981, *Rev. gén. dr.*, 1983, p. 26. En droit français : Bordeaux, 13 octobre 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, p. 834, cassée par Cass. fr., 29 septembre 1941, *Gaz. Pal.*, 1941, p. 437 ; Cass. fr., 5 juin 1957, *Dall.*, 1957, p. 493, note R. SAVATIER ; Cass. fr., 18 mai 1955, *JCP*, 1955, II, p. 8793, note P. ESMEIN et renvoi Bourges, 5 février 1957, *Dall.*, 1957, p. 330 ; Orléans, 15 octobre 1974, *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, p. 543, n° 7, obs. G. DURRY ; Cass. fr., 19 mai 1976, *Bull. Civ. II*, n° 163 ; Cass. fr., 12 juillet 1971, *Dall.*, 1972, p. 227 ; Cass. fr., 6 mars 1975, *Bull. civ. II*, n° 79 ; Cass. fr., 29 novembre 1978, *Dall.*, 1979, p. 345 ; Cass. fr., 1^{er} avril 1998, n° 95-20804, *Bull. civ.*, II, n° 119. Voir aussi tous les exemples cités par J. DEMAREZ, *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, LGDJ, Paris, 1967.

69. Pour une série d'exemples à travers la jurisprudence de plusieurs pays européens H. KOZIOL, « Full, No, or Partial Liability ? » in K. BARKER et R. GRANTHAM, *Apportionment in Private law*, Hart Publishing, 2020, pp. 70 et s.

70. Contrairement aux prédispositions pathologiques ou à l'état antérieur de la victime, il n'est pas certain que ces événements aient causé le dommage, il ne s'agit que de causes probables.

71. Voir en ce sens A. CASTERMANS et P. HOLLANDER, « Omgaan met onzekerheid », *N.T.B.R.*, 2013, n° 21, à la hauteur de la note n° 61.

72. Par exemple, on ne sait pas si les problèmes cardiaques résultent de la prise d'un médicament administré fautivement dans le passé ou de la sensibilité particulière de la personne atteinte de ces troubles. G. TAMM, « Le lien de causalité entre la prise d'Isoméride et l'apparition d'une hypertension artérielle aiguë primitive », *Gaz. Pal.*, n° 155, p. 27.

B. Incertitude propre au scénario contrefactuel

13. Notion – L'incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel peut être qualifiée d'incertitude de « second degré »⁷³. En effet, l'incertitude touche uniquement la reconstruction des événements en l'absence de fait générateur de responsabilité. On ne sait pas comment se serait déroulé le cours des choses si le fait générateur de responsabilité n'avait pas interrompu celui-ci⁷⁴. En revanche, l'enchaînement causal des faits est lui, parfaitement connu.

Songeurs à un avocat qui n'a pas interjeté appel dans les délais. Il est certain que le fait de ne pas interjeter appel dans les délais prive le justiciable d'un degré de juridiction et, partant, d'un résultat plus favorable. L'enchaînement des faits tel qu'il s'est produit avec la faute de l'avocat est donc parfaitement connu. En revanche, nul ne sait et nul ne saura jamais quelle aurait été l'issue du procès si l'avocat n'avait pas commis cette faute. Le juge d'appel aurait-il réformé la décision ? Le justiciable aurait-il obtenu une décision plus favorable ?

Dans cette situation, le fait générateur de responsabilité sera une cause probable du dommage au même titre que d'autres causes qui appartiennent au scénario hypothétique (« *hypothetische oorzaak* »)⁷⁵. Ces autres causes hypothétiques seront appelées « *aléas* ». Par exemple, dans le cas de l'avocat, la cause hypothétique sera la décision hypothétique du juge d'appel (aléa décisionnel d'un tiers).

14. Illustrations de l'incertitude propre au scénario contrefactuel – Il est possible de distinguer plusieurs types d'incertitude causale portant exclusivement sur le scénario contrefactuel en fonction des différents aléas qui peuvent entrer en concurrence avec le fait générateur de responsabilité. Nous distinguons à cet égard les aléas décisionnels (14.1) des aléas contextuels (14.2).

14.1. L'aléa décisionnel est la décision hypothétique d'un individu (la victime, le fautif ou un tiers) que celui-ci aurait peut-être pu prendre dans le scénario contrefactuel. Dans cette hypothèse, le dommage résulte soit du fait générateur de responsabilité, soit du choix hypothétique qu'aurait posé un individu qui aurait de toute façon conduit au dommage. Cet

aléa est « d'ordre psychologique »⁷⁶, il est propre aux caractéristiques personnelles de cette personne⁷⁷ et s'apprécie donc *in concreto* selon les circonstances de l'espèce. L'aléa décisionnel complique la reconstruction du scénario contrefactuel puisqu'il est difficile de savoir avec certitude quelle aurait été la décision de cette personne en l'absence du fait générateur de responsabilité. Les illustrations sont nombreuses : songeurs, par exemple, au patient qui n'a pas pu choisir l'opération qu'il souhaitait en raison de la faute du médecin qui ne l'a pas informé correctement (*aléa décisionnel de la victime*), ou encore au justiciable qui n'a pas pu obtenir gain de cause en appel en raison du défaut de son avocat d'interjeter appel en temps utile puisqu'on ne saura jamais ce que le juge aurait décidé dans ce scénario contrefactuel (*aléa décisionnel d'un tiers*). Parfois, l'aléa est propre au fautif lui-même : par exemple, lorsque l'employeur n'auditionne pas le travailleur préalablement à son licenciement alors qu'il en a l'obligation, le travailleur perd la possibilité d'exposer ses arguments lui permettant de conserver son travail. Si l'employeur avait respecté cette obligation, on ne sait pas s'il aurait *in fine* décidé de conserver le travailleur (*aléa décisionnel du fautif*).

14.2. L'aléa contextuel ou objectif se caractérise par l'absence d'appréciation individuelle. Nommé également « aléa technique » par A. Minet dans sa thèse de doctorat sur la perte de chance⁷⁸, cet aléa fait généralement l'objet d'études scientifiques ou techniques. Plusieurs données statistiques sont en outre disponibles⁷⁹. L'aléa contextuel peut être d'ordre naturel ou économique. S'il est naturel, il renvoie au développement hypothétique d'un être vivant (l'homme, la faune, la flore, l'environnement). Par exemple, lorsque le vétérinaire ne soigne pas à temps un animal qui perd ensuite la vie, on ne sait pas si un traitement en temps utile aurait permis ou non sa survie compte tenu de son état déjà critique. S'il est économique, il renvoie au développement hypothétique d'un processus économique qui n'a pas pu aboutir. Songeurs, par exemple, à l'impossibilité d'exercer une activité lucrative sur un marché donné pendant une certaine période en raison de la faute d'un individu : on ne connaît pas les bénéfices qui auraient pu être obtenus (*aléa de marché*). Il en va de même pour le cas où la victime est dans l'impossibilité de récupérer une créance en raison de la faute d'un tiers : on ne sait pas si, sans cette faute, le débiteur aurait payé de

73. A. VAN, « Kansschade of proportionele aansprakelijkheid ? » *T.v.P.*, 2021, p. 49.

74. H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, p. 255 : « *het blijkt moeilijk vast te stellen wat er zou gebeurd zijn indien de fout of andere tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis niet zouden hebben plaatsgevonden* ».

75. B. VAN VELTHOVEN, « Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid : verschillende figuren voor verschillende gevallen ? (I) » *N.T.B.R.*, 2018/3 p. 77 qui souligne que ces autres causes hypothétiques sont rarement analysées comme des « causes » puisque celles-ci ne se sont pas

produites. Pourtant, l'auteur démontre qu'il s'agit bien de causes probables qui entrent en concurrence avec le fait générateur de responsabilité. En effet, si le fait générateur était l'unique cause, il n'y aurait pas d'incertitude causale.

76. R. DALCQ, « Problème actuel en matière de causalité », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.656, § 4.

77. L. VITALE, *La perte de chances en droit privé*, Paris, LGDJ, 2020, p. 151.

78. A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, n° 139.

79. Il ne faut toutefois pas se méprendre : la présence de données scientifiques et mathématiques ne signifie nullement que ces données traduisent la réalité concrète d'un cas particulier selon les circonstances de l'espèce.

façon volontaire ou forcée (*aléa de recouvrement de créance*). L'aléa économique peut enfin être un *aléa de compétition* lorsque la victime n'a pas pu participer à une compétition ou un concours dont l'issue, en l'absence du fait générateur de responsabilité, demeure inconnue.

Section 3. Le traitement de l'incertitude causale

15. Des mécanismes pour chaque type d'incertitude – Cette nouvelle vision de l'incertitude causale permet de porter un regard nouveau sur le traitement juridique qui lui est appliqué. En effet, les mécanismes destinés à pallier un problème d'incertitude causale visent tantôt une incertitude sur l'enchaînement des faits, tantôt une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel. Nous renvoyons, pour un

approfondissement et une analyse des autres mécanismes, aux développements effectués dans la thèse de doctorat⁸⁰.

Le tableau ci-dessous synthétise l'ensemble des mécanismes qui ont été étudiés et les classe en fonction du type d'incertitude qu'ils visent (colonne verticale) et en fonction des systèmes juridiques qui ont été étudiés : droit belge *de lege lata* et la proposition de loi, droit néerlandais et droit français (colonne horizontale). Les mécanismes en italique sont des solutions qui sont essentiellement proposées d'un point de vue doctrinal et qui ne trouvent pas ou peu de consécration dans la jurisprudence. Les numéros font référence aux paragraphes concernés de la thèse de doctorat : C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 338 à 634 (à paraître).

80. Voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*,

Larcier, 2024, n° 338 à 634 (à paraître).

Schéma n° 2 : Tableau synthétique des types d'incertitude et de leurs traitements

<i>Système juridique</i>		<i>Droit belge</i> <i>De lege lata</i>	<i>Droit belge</i> <i>Proposition de loi (livre 6)</i>	<i>Droit néerlandais</i>	<i>Droit français</i>
<i>Typologie</i>					
Incertitude sur l'enchaînement des faits		Preuve selon 8.5 ou 8.6, al. 2 C. civ.			
Entre FG et autres		<u>En principe</u> , pas de mécanisme – Parfois : renversement de la charge de la preuve sur la base de l'art. 8.4, al. 5, C. civ. (n° 622-631)	Responsabilité proportionnelle sur la base de l'art. 6.23 de la proposition (n° 454-468)	<u>En principe</u> , pas de mécanisme – Parfois : Proportionele aansprakelijkheid (n° 437-451) – Parfois : Omkeringsregel (n° 572-579)	<u>En principe</u> , pas de mécanisme
Entre FG et FG					
Faits en groupe		Faute commune/faute collective (n° 533-543)	Faute commune sur la base de l'art. 5.166 de l'avant-projet et faute collective sur la base de l'art. 5.167 de l'avant-projet (n° 549 et 550)	Groepsaansprakelijkheid - 6:166 BW (n° 552-560)	Faute commune/faute collective/Garde commune (n° 533-546)
Faits distincts		<u>En principe</u> , pas de mécanisme	Responsabilité proportionnelle sur la base de 6.24 ? (n° 481)	6:99 BW (n° 594-601)	<i>Présomption de causalité jurisprudentielle</i> (n° 583-589)
Incertitude du scénario contrefactuel uniquement		Preuve selon 8.5 C. civ.			
Aléa décisionnel		Perte de chance (n° 243-432) * <i>Préjudice moral</i> ? (n° 493 et n° 508-527)	Responsabilité proportionnelle sur la base de l'art. 6.23 (n° 454-468)	Verlies van een kans (n° 243-432) + <i>integriteitsschade</i> ? (n° 503-507)	Perte de chance (n° 243-432) + Préjudice d'impréparation (n° 486-495) + <i>Présomption de causalité-exposition fautive à un risque</i> (n° 605-608)
Aléa contextuel		Perte de chance (n° 243-432)	Responsabilité proportionnelle sur la base de l'art. 6.23 (n° 454-468)	Verlies van een kans (n° 243-432)	Perte de chance (n° 243-432)

FG = fait générateur.

II. La perte de chance

16. Plan – La perte de chance est l'un des mécanismes permettant de pallier un certain type d'incertitude causale. Nous proposons d'analyser son champ d'application, ses conditions et sa méthode de réparation (section 1) et examinerons ensuite si ce mécanisme peut ou non être remplacé par une responsabilité proportionnelle, ainsi que cela est prévu dans la proposition de loi du livre 6 (section 2).

Section 1. Le régime de la perte de chance

A. Le champ d'application de la perte de chance

17. La perte de chance : une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel – Selon nous, la perte de chance est un mécanisme destiné à pallier uniquement un problème d'incertitude causale propre à la reconstruction du scénario contrefactuel⁸¹. La perte de chance est utilisée lorsqu'une faute (ou, plus largement, un fait générateur) a été commise et qu'une situation dommageable survient à la suite de cette faute selon l'enchaînement réel et bien connu des faits, mais qu'il est impossible d'établir de manière certaine que, sans cette faute, la victime ne se serait pas trouvée de toute façon dans cette situation dommageable. En d'autres termes : « *[h]ier gaat niet over de vaststelling van feiten die in het verleden hebben plaatsgevonden, maar over de gevolgen van hypothesen die zich niet in werkelijkheid hebben voorgedaan en dit ook nooit zullen doen* »⁸². Songeons, par exemple, à un procès manqué ou à une compétition auquel la victime n'a pas pu participer en raison de la faute d'un individu. Dans ces deux situations, l'enchaînement des faits ayant conduit au dommage est connu : le dépôt tardif de la requête a conduit à la perte du procès et l'arrivée tardive du cheval qui n'a pas pu participer à la course a conduit à la perte du prix de cette course. L'incertitude porte uniquement sur la reconstruction du scénario contrefactuel : il existe plusieurs scénarios possibles et plusieurs autres causes hypothétiques (*aléas*) auraient pu

également conduire au même résultat (*hypothetische oorzaak*). On ne sait pas, et on ne saura jamais, comment se seraient déroulés les événements en l'absence de la faute. C'est dans cette situation, et uniquement dans cette situation, que, selon nous, la perte de chance doit trouver sa terre d'élection.

Ce nouveau champ d'application attribué à la perte de chance a le mérite de correspondre aux résultats auxquels aboutit majoritairement la jurisprudence belge à l'heure actuelle en matière de perte de chance.

Il s'inspire aussi de la jurisprudence néerlandaise, soutenue par la doctrine⁸³, qui attribue ce même champ d'application à la perte de chance depuis l'affaire *Deloitte v. Hassink* tranché par le Hoge Raad le 21 décembre 2012⁸⁴. En effet, ce mécanisme consiste à offrir une solution « *voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd* »⁸⁵.

Ensuite, puisque l'incertitude causale portant sur l'enchaînement des faits affecte les deux composantes du lien causal (enchaînement des faits et scénario contrefactuel) et, dans cette mesure, est d'un degré plus important, il s'avère justifié d'exclure l'application de la perte de chance à ce type d'incertitude. En effet, si la perte de chance venait à être appliquée à des incertitudes portant sur l'enchaînement des faits, la notion même de causalité serait entièrement bouleversée puisque toute incertitude causale aboutirait toujours à une condamnation⁸⁶. La théorie de l'équivalence des conditions perdrait toute sa substance. En limitant la perte de chance à une incertitude propre au scénario contrefactuel, on parvient à un équilibre entre le besoin de certitude et l'aspiration à remédier aux inconvénients de l'incertitude.

81. Dans le même sens voir W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 745 et 746 et H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht » *T.P.R.*, 2021, p. 254 et s. ; H. BOCKEN, « Geen kans verloren : causale onzekerheid en de rechtspraak van het Hof van cassatie over het verlies van een kans » in *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Malines, Kluwer, 2007, p. 280.

82. « Il ne s'agit pas d'établir des faits qui se sont produits dans le passé, mais des conséquences d'hypothèses qui ne se sont pas produites et ne se produiront jamais dans la réalité » (traduction libre) H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht » *T.P.R.*, 2021, p. 256.

83. E. TJONG TJIN TAI, « Schadebegroting, verlies van een kans, en proportionele aansprakelijkheid », *N.J.B.*, 2016, n° 1605, p. 2242 ; A.J. VAN, « Kansschade of proportionele aansprakelijkheid ? », *T.v.P.*, 2021, pp. 45 et

s. *Contra* : B. VAN VELTHOVEN, « Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid : verschillende figuren voor verschillende gevallen ? (I) » *N.T.B.R.*, 2018, n° 11, p. 73.

84. HR, 21 décembre 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*).

85. « La doctrine de la perte de chance est donc appropriée pour apporter une solution à certaines situations dans lesquelles il existe une incertitude quant à la question de savoir si une faute a causé un dommage, et dans lesquelles cette incertitude est fondée sur le fait qu'il n'est pas possible de déterminer si, dans l'hypothèse où la faute n'avait pas été commise, la chance de succès se serait effectivement matérialisée » (traduction libre) HR 21 décembre 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*). Voir également pour une répétition par le Hoge Raad de ce champ d'application : HR, 23 mars 2021, NJ, 2021/127.

86. Nous reviendrons sur cet argument dans le cadre de l'analyse de la responsabilité proportionnelle proposée à l'article 6.23 de la proposition de loi. Voir *infra* n° 27.2.

Remarquons enfin que ce champ d'application ne correspond pas à celui consistant à limiter l'indemnisation de la perte de chance à la seule perte de chance d'obtenir *un avantage*⁸⁷. En effet, si la perte de chance a pour but de pallier un problème d'incertitude causale portant exclusivement sur le scénario contrefactuel, le préjudice final ou effectivement subi peut être soit la perte d'un *avantage* soit la survenance d'un *désavantage*.

B. Les conditions de la perte de chance

18. Trois conditions propres à la perte de chance – Bien que son champ d'application soit limité à une incertitude causale propre au scénario contrefactuel, la perte de chance n'en reste pas moins un dommage autonome qui doit répondre à plusieurs conditions. Il faut que la chance soit réelle (19), que sa perte soit définitive (20) et que la perte de chance soit en lien causal avec le fait générateur de responsabilité (21).

19. Une chance réelle – Il est souvent écrit que la chance doit exister⁸⁸, être certaine⁸⁹ ou être réelle⁹⁰. La Cour de cassation opte pour ce dernier terme et ré- pète régulièrement que « la perte d'une chance donne lieu à réparation lorsqu'il existe un lien de *conditio sine qua non* entre la faute et la perte de la chance et que la chance est réelle »⁹¹. En droit néerlandais, le Hoge Raad adopte la même terminologie et considère que la perte de chance est indemnisable « *indien het gaat om een reële [...] kans op succes* »⁹².

En d'autres termes, la chance doit être une probabilité⁹³ qui ne peut pas être égale à 0 % ou 100 %⁹⁴. Il s'agit donc de quantifier cette chance (19.1), sans pour autant qu'elle soit trop grande (19.2) ou trop faible (19.3).

19.1. Une chance quantifiée – Dès lors que la chance existe, il reste à lui attribuer une valeur, un pourcentage, une probabilité de réalisation. En d'autres termes, il s'agit de quantifier la chance⁹⁵. La Cour de cassation considère que la chance doit refléter une probabilité certaine⁹⁶. Deux types de probabilités peuvent et doivent, selon nous, être utilisées et combinées pour quantifier la chance dont dispose un individu : les probabilités objectives et les probabilités subjectives⁹⁷.

a) Les probabilités objectives et subjectives

La probabilité objective exprime la fréquence d'apparition d'un événement donné. Plus généralement, la probabilité objective est liée à l'idée que la probabilité formalise quelque chose d'extérieur à l'activité de l'esprit⁹⁸. Elle s'ancre dans le monde empirique et est indépendante de notre connaissance et de ce que nous pouvons penser à son égard⁹⁹. Elle se calcule à l'aide d'outils scientifiques. Tel est le cas de la loi statistique, qui traduit la fréquence d'apparition d'un événement identique dans des circonstances identiques, ou encore de la théorie des probabilités. Il arrive fréquemment que la perte de chance soit calculée grâce à des statistiques issues d'un rapport médical¹⁰⁰ ou de bases de données publiques¹⁰¹, ou sur la base d'un simple calcul probabiliste en divisant le nombre

87. Cass. 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 547. C.01.0211.F-C.01.0217.F, Cass. 12 octobre 2005, P.05.0262.F ; *Pas.*, 2005, p. 1913, Cass. 12 mai 2006, C.05.0021.F, Cass. 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 661, C.10.0204.F et Cass. 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 662, C.12.0245.F. Sur cette jurisprudence voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 253 à 257 (à paraître) ainsi que 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...) », note sous Cass., 5 juin 2008, 17 décembre 2009 et 15 mars 2010, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 605 et s.

88. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 147 ; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Anvers, Maklu, 1992, p. 387.

89. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 201 ; A. CATALDO et A. PUTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », in C. DELFORGE (coord.), *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 51 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Lien de causalité et dommage réparable : dérives et corrections », in *Liber Amicorum, Jean-luc Fagnart*, 2008, Bruylant, p. 700.

90. Voir à propos du caractère réel de la chance : S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 201 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, F. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence, 2008-2020, Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 485.

91. Nous soulignons : Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 760 ; Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 182 où la Cour qualifie la perte de chance de « réelle » sans toutefois en faire une condition essentielle pour constituer un dommage réparable. Voir ensuite Cass., 21 octobre 2013, *Pas.*, 2013, n° 537. « La perte d'une chance donne lieu à réparation lorsqu'il existe un lien de *conditio sine qua non* entre la faute et la perte de la chance et que la chance est réelle », Cass., 21 avril 2016, C.15.0286.N/1, *Pas.*, 2016, n° 274, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107 ; Cass. 13 janvier, C.19.0153.N-C.19.0174.N : « *Het verlies*

van een kans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een conditio sine qua non verband bestaat en het om een reële kans gaat » ; Cass., 3 février 2022, *R.W.*, 2021-22, n° 39, pp. 1541-1547 (non publié sur Juportal) ; Cass., 13 janvier 2022, C.19.0153.N et C.19.0174.N.

92. « S'il s'agit d'une réelle chance de succès » (traduction libre). Voir, par exemple, HR, 21 décembre 2012 ; HR, 27 octobre 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786 ; ASSER/SIEBURGH 6-II 2021/80a.

93. I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in B. DUBUISSON et Ph. HENRY (dir.), *Droit de la responsabilité*, 2004, p. 40 ; B. WEYTS, « Compensation for the loss of small chances in (Belgian and French) Tort. Law », *E.R.P.L.*, 2014, pp. 1067-1068.

94. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 148, voir également A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, pp. 244 et s. à propos de « *de minimale en de maximale grootte van een te vergoeden kans* ».

95. B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, p. 750.

96. Cass., 26 novembre 2021, C.20.0578.F.

97. Sur cette distinction en matière de perte de chance, voir également les développements de A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 150 et s. Contrairement à cette auteure, nous ne pensons pas que chaque type de probabilité s'applique à un aléa distinct.

98. H. LANDMORE, *Hume, probabilités et choix raisonnables*, PUF, 2004, p. 15.

99. X. DE SCHEEMAERE, *Les fondements philosophiques du concept de probabilité*, Coll. Logiques et systèmes, Bruxelles, 2012, p. 16 et p. 91.

100. Anvers, 10 juin 2013, 2011/AR/2588, (la perte de chance de survie est évaluée à 73 %, qui était le chiffre avancé dans le rapport d'expertise) ; Anvers, 22 novembre 2021, *Rev. dr. santé*, 2022, n° 5, p. 416, note Th. VANSWEEVELT (perte de chance évaluée à 30 % sur la base de statistiques médicales) ; Civ. Liège, 13 janvier 2004, *R.G.A.R.*, 2005, n° 14055-14056. Voir également Anvers, 5 février 2018, *Bull. ass.*, 2019, n° 407, p. 219.

101. Par exemple, sur le taux de réussite d'un concours : Pol. Anvers, 12 mars 2020, *Bull. ass.*, 2021, n° 3, p. 430.

1 par le nombre de cas possibles de l'épreuve aléatoire. Par exemple, s'il y avait 10 participants à une compétition équestre et que mon cheval a été empêché de participer en raison de la faute d'un tiers, j'ai perdu 10 % de chance (1/10)¹⁰².

La probabilité subjective exprime quant à elle le degré de croyance rationnel d'un individu accordé à un événement¹⁰³. En matière juridique, la probabilité subjective est l'évaluation rationnelle de la mesure dans laquelle des données probantes confirment, ou non, certaines hypothèses. Elle représente le degré de croyance subjective du juge au regard des éléments de preuve qui lui sont soumis¹⁰⁴. Le raisonnement du juge, fondé sur des présomptions, exprime cette idée de probabilité subjective¹⁰⁵. Pour évaluer la chance, le juge devra distinguer le type d'aléa en cause (décisionnel ou contextuel) et identifier les critères propres au cas d'espèce qui lui permettent de revoir à la hausse ou à la baisse le pourcentage de chance obtenu de manière objective. Pour reprendre l'exemple du cheval, le juge pourra augmenter le pourcentage de chance s'il constate que le cheval était particulièrement bien entraîné et qu'il avait déjà remporté plusieurs compétitions au cours de l'année. Dans la thèse de doctorat, nous proposons d'identifier, pour chaque aléa, une liste de critères que les juges utilisent fréquemment pour apprécier ce pourcentage de chance¹⁰⁶.

b) Une quantification difficile ? Pistes de solutions

Si certains soutiennent que la chance est quantifiée de manière « arbitraire »¹⁰⁷ ou « divinatoire »¹⁰⁸, ce n'est pas tant parce que les juges n'adoptent pas un raisonnement en termes probabilistes, mais parce qu'ils n'expliquent pas ce raisonnement dans leur décision. En effet, les juges sont souvent « avares d'explications » lorsqu'il s'agit de quantifier la chance¹⁰⁹.

Certains types d'aléas sont plus visés que d'autres. Par exemple, les affaires concernant des aléas décisionnels sont souvent pointées du doigt pour leur manque de transparence¹¹⁰. Dans les décisions de justice, on peut lire des formules telles que « il n'y a pas de certitude juridique qu'un avortement serait intervenu mais il existe une probabilité que le tribunal estime à 50 % qu'une décision aurait été prise en ce sens »¹¹¹ ou encore « le tribunal estime pouvoir répondre, sur la base des éléments objectifs du dossier [...], qu'il y a de fortes probabilités – que le tribunal évalue à 85 pour cent – que l'intéressé aurait vendu ses actions »¹¹². D'autres jugements se réfèrent à « toutes les circonstances de l'espèce » sans pour autant identifier chacune des circonstances retenues et préciser leur pertinence et importance respective pour quantifier la chance¹¹³. En matière de responsabilité médicale, la référence à un bref passage du rapport d'expertise¹¹⁴ constitue parfois la seule source de motivation.

Ces différents exemples pourraient donner à penser que le juge choisit aléatoirement un pourcentage de chance. Or, il nous semble que le raisonnement existe, mais qu'il n'est pas suffisamment exposé au sein de la décision judiciaire.

R. Jafferali montre que la jurisprudence de la Cour de cassation n'incite pas nécessairement les juges à motiver cette quantification de manière explicite¹¹⁵. L'article 149 de la Constitution qui prévoit que « tout jugement est motivé »¹¹⁶, est interprété par la Cour comme une simple exigence de forme. Cette obligation de motivation est indépendante de la qualité de la réponse donnée aux conclusions¹¹⁷ et de la pertinence de cette réponse¹¹⁸. L'auteur rappelle la jurisprudence de la Cour selon laquelle un jugement ou un arrêt est motivé lorsque le juge indique clairement et sans équivoque les raisons, fussent-elles erronées

102. Ce raisonnement fondé sur la théorie des probabilités a déjà été envisagé pour calculer la probabilité de remporter un marché en fonction du nombre de candidats qui concourraient également (Trib. entr. Anvers, 15 mars 2021, *N.J.W.*, 2021, n° 440, p. 316 et la jurisprudence du Conseil d'Etat : C.E., 26 mars 2021, n° 250.238, *Entr. et dr.*, 2022, p. 56 (chance de 50 % car deux soumissionnaires) ; C.E., 3 mars 2022, n° 253.155) et pour calculer la probabilité pour la victime de choisir une autre opération selon le nombre de choix qui s'offraient à elle (Civ. Flandre orientale, 18 juin 2018, *Rev. dr. santé*, 2020-21, p. 248).

103. X. DE SCHEEMAERE, *Les fondements philosophiques du concept de probabilité*, Coll. Logiques et systèmes, Bruxelles, 2012, p. 16 et p. 91.

104. F. G'SELL, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris 1, thèse, 2005, p. 55 ; H. LANDMORE, *Hume, probabilités et choix raisonnables*, PUF, 2004, p. 15 ; A. GIOVANNA PALERMO, *Logique juridique et logique probabiliste à l'âge moderne*, Mimesis, 2019, p. 172, p. 195, et spécifiquement p. 230. ; F. G'SELL, « Les théories contemporaines de la causalité » in F. G'SELL et S. FERREY (dir.) *Causalité, responsabilité et contribution à la dette*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 107.

105. Sur les présomptions voir *supra* n° 125 et s.

106. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 338-366 (à paraître).

107. R. DALCQ, note sous Liège, 23 avril 1980, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.351.

108. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 224.

109. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 369. ; R. JAFFERALI et S. GOLDMAN, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 203.

110. E. VERJANS, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 1021. Voir la doctrine qui questionne l'évaluation

des chances en cas d'aléa décisionnel du patient : G. VINEY, « Le devoir d'information du médecin », *Rev. Dr. Contrats*, 2012, pp. 1121-1123 ; I. VACARIE, « La perte d'une chance », *R.R.J.*, 1987, pp. 918-919 ; H. NYS, « Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie », *R.W.*, 1988-89, p. 1161 ; J.-S. BORGHETTI, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? » *Rev. Dr. Contrats*, 2008, p. 775 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 224. Pour un exemple jurisprudentiel en matière d'aléa décisionnel du juge voir Liège, 14 février 2019 cassé par Cass., 10 septembre 2020. Les juges d'appel motivaient la quantification de cette chance par « [l]es devoirs sollicités par le juge d'instruction qui n'ont jamais été réalisés » et « l'absence d'élément intentionnel ».

111. Civ. Liège, 16 septembre 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15616.

112. Civ. Bruxelles, 14 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, n° 27, p. 1295.

113. Civ. Bruxelles, 10 septembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2018-19, n° 2, p. 123. Dans le même sens en droit français voir A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 184-185.

114. Civ. Flandre orientale, 18 juin 2018, *Rev. dr. santé*, 2020-21, p. 246 ; Anvers, 10 juin 2013, 2011/AR/2588.

115. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles » *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 203, note n° 120 ; F. AUVRAY, « Over de beoordelingsperikelen van het oorzakelijk verband tussen het gebrek van de zaak en de schade », *R.G.D.C.*, 2016, n° 3, p. 154. Dans le même sens en France, voir L. VITALE, *La perte de chances en droit privé*, Paris, LGDJ, 2020, p. 481.

116. Voir également l'article 780 du Code judiciaire.

117. Cass., 26 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 576.

118. Cass., 7 janvier 2004, *Pas.*, 2004, n° 4.

ou illégales, qui l'ont déterminé à statuer comme il l'a fait¹¹⁹. Même une motivation inadéquate, incomplète ou inexacte satisfait au prescrit de cette disposition constitutionnelle¹²⁰. Le contrôle de la Cour est limité aux vices de motivation tels que la contradiction de motifs, le défaut de réponse aux conclusions ou encore la violation de la foi due aux actes¹²¹. Un exemple intéressant en matière de perte de chance où la Cour sanctionne le juge pour s'être contredit est fourni par un arrêt du 18 mars 2021 : le juge qui constate, d'une part, que la demanderesse « n'avait en réalité pas l'intention de s'engager à supporter des frais réels [de dépollution] selon une proportion à déterminer avant le compromis », d'autre part, qu'il y avait une chance certaine que la demanderesse « s'engage à prendre en charge un montant fixé préalablement (à négocié) » des frais réels de dépollution, est entaché de contradiction et viole par conséquent l'article 149 de la Constitution¹²².

Au-delà de l'exigence de motivation, la Cour de cassation fournit également au juge, notamment au travers des conditions qu'elle pose pour la prise en compte de la perte de chance, des indications utiles permettant au juge de quantifier la chance. Dans un arrêt rendu le 10 septembre 2020, la Haute juridiction a précisé : « Lorsque l'avantage allégué consiste dans le succès d'une action en responsabilité, le juge doit vérifier la probabilité de la réunion des conditions de cette responsabilité »¹²³. Cela signifie que les juges du fond doivent motiver l'existence de la perte de chance d'obtenir gain de cause en justice au regard de ces critères¹²⁴. En France, la Haute juridiction a aussi indiqué la marche à suivre pour le juge confronté à la difficulté d'évaluer l'aléa décisionnel d'un autre juge¹²⁵ et l'aléa décisionnel du patient qui n'a pas correctement été informé¹²⁶.

Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons qu'encourager cette jurisprudence qui dégage des lignes directrices quant à la quantification des chances¹²⁷. Puisque la perte de chance se déploie souvent dans le même type de contentieux et selon les mêmes types d'aléas

(décisionnels ou contextuels), une certaine systématisation du raisonnement pourrait offrir des balises supplémentaires au juge. Il serait dès lors heureux que la Haute juridiction ait l'occasion d'affiner sa jurisprudence sur la démarche que doivent adopter les juges dans la quantification des chances pour chaque type d'aléa. Dans l'attente d'une telle impulsion, il appartient au juge du fond d'effectuer ce travail spontanément afin d'offrir davantage de transparence sur les raisons qui l'ont poussé à aboutir à telle quantification.

19.2. Une chance pas trop grande – Si la probabilité de la réalisation de l'évènement est de 100 %, il n'y a pas à proprement parler de « chance ». En effet, « il n'y a pas lieu de recourir à la perte de chance lorsque l'issue de la situation peut être déterminée et qu'il est possible de certifier que l'avantage aurait été obtenu en l'absence du fait d'autrui »¹²⁸. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises qu'une chance ne pouvait pas s'identifier à la certitude de la réalisation de l'évènement¹²⁹.

Qu'en est-il désormais lorsqu'il est hautement vraisemblable voir très probable que l'avantage espéré aurait été obtenu ? Comment traiter les pertes de chances de 90 ou 95 % ? Peut-on considérer, sur la base des règles de preuve, que le lien de causalité est établi entre la faute et le préjudice final ? Le lien de causalité qui unit la faute au préjudice final doit être prouvé, selon l'article 8.5 du Code civil, avec un « degré raisonnable de certitude ». Il ne s'agit donc pas, selon les travaux préparatoires, d'une certitude absolue de 100 %¹³⁰. Ceci signifie que la perte de chance devrait être exclue lorsqu'il existe des probabilités très élevées de l'ordre de 90 ou 95 % traduisant un tel degré raisonnable de certitude, ce qui permet alors à la victime d'obtenir l'indemnisation totale de son préjudice final¹³¹. La même question pourrait se poser au regard de l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil qui prévoit la possibilité de prouver des faits positifs par simple vraisemblance lorsqu'il n'est pas possible ou pas raisonnable de rapporter une preuve certaine.

119. Cass., 3 janvier 2017, n° P.15.0308.N, point 4 ; Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, n° 249.

120. Cass., 22 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 538, Cass., 17 octobre 2001, *Pas.*, 2001, n° 551, Cass., 23 novembre 2005, *Pas.*, 2005, n° 620, Cass., 10 octobre 2018, n° P.18.0363.F.

121. Sur les autres vices de motivation voir C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 87 et s.

122. Cass., 18 mars 2021, C.19.0330.F/4 (non publié sur juportal). L'arrêt de la cour d'appel ayant fait l'objet du pourvoi a été publié : Bruxelles, 25 janvier 2019, *R.D.C.*, 2019, n° 3, p. 57. Voir également l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 février 2018 reproduit dans la requête sous Cass., 28 janvier 2021, C.18.0341.F/1. La cour d'appel constate, d'une part, qu'il est « peu probable » que le preneur aurait obtenu le renouvellement du bail aux mêmes conditions, d'autre part, évalue la chance d'obtenir ce renouvellement aux mêmes conditions à 80 %. Selon nous, il existe une contradiction entre ces deux motifs : ce qui est « peu probable » ne peut pas être traduit par un pourcentage de 80 %.

123. Cass., 10 septembre 2020, C.19.0357.F/1.

124. C. JOISTEN, « Quelques précisions sur le dommage consistant en une perte de chance... », *J.L.M.B.*, 2021, n° 3, pp. 113-118, note sous Cass., 10 septembre 2020, C.19.0357.F/1.

125. Cass. fr., 30 juin 2004, n° 03-13235, *Bull. civ.*, II, n° 342 ; Cass. fr., 22 novembre 2007, n° 04-19774, *Bull. civ.*, I, n° 364.

126. Cass. fr., 20 juin 2000, n° 98-23046.

127. Dans le même sens : A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 183-187.

128. A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, p. 48.

129. Cass., 23 février 2005, P.041517F : « Le dommage causé par la faute du coauteur d'un délit d'insolvabilité frauduleuse ne s'identifie pas à la dette impayée de l'auteur principal, mais réside en la perte d'une chance pour les créanciers d'obtenir de celui-ci le paiement des sommes qui leur sont dues » ; Cass., 15 mars 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14676 ; Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755 ; Cass., 21 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1999. En matière contractuelle, voir Cass., 22 juin 2017, C. 13.0151.F/1 ; Cass., 6 septembre 2022, C.22.0095.F. La Cour de cassation casse les décisions qui exigent que la probabilité de réalisation de la chance soit totale pour indemniser sur le fondement de la perte de chance : Cass., 15 mai 2015, C.14.0269.N/2 ; Cass., 6 octobre 2022, C.22.0095.F. Comparer Cass., 26 novembre 2021, C.20.0578.F.

130. Projet de loi portant insertion du livre 8 « la preuve » dans le nouveau Code civil, doc. Parl., Chambre, sess. ord. 2018 2019, n° 54 3349/001, p. 16.

131. C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, n° 9, p. 503.

Nous avons toutefois montré que cette disposition ne s'applique pas à la preuve d'hypothèses, propres au scénario contrefactuel, et donc n'entre pas en conflit avec le mécanisme de la perte de chance¹³².

19.3. Une chance pas trop faible – Le mécanisme de la perte de chance ne peut être envisagé que s'il existe des chances. Si les chances sont nulles ou proches de zéro, il n'y a pas lieu de recourir au mécanisme de la perte de chance¹³³. La Cour de cassation approuve le raisonnement des juges d'appel lorsqu'ils considèrent qu'il n'existe pas de perte de chance, soit parce que la victime ne démontre pas qu'elle aurait pu obtenir une issue plus favorable¹³⁴, soit parce qu'ils ont constaté que cette chance était inexistante¹³⁵.

La chance doit exister et ne peut pas être nulle, mais qu'en est-il des chances minimales, c'est-à-dire des chances dont la probabilité est faible ou en dessous d'un certain seuil ? Il s'agit de déterminer si la perte de faibles chances est susceptible d'indemnisation. L'exigence du seuil quantitatif de chance déterminé ou indéterminé est une question débattue en doctrine et en jurisprudence¹³⁶. Alors que certains considèrent que la perte de chance est indemnisable quelle que soit la quantification de la chance, d'autres plaident pour une réparation des pertes de chance dont la probabilité serait supérieure à un certain seuil. Cette seconde tendance emporte notre conviction pour plusieurs raisons. L'établissement d'un seuil quantitatif permettrait d'abord d'éviter les excès du recours à la perte de chance¹³⁷ et « renforcerait paradoxalement sa légitimité »¹³⁸. Les pertes de faibles chances participent ainsi aux aléas de la vie normale, au « cours

normal des choses » et il n'apparaît pas raisonnable d'encourager ce type de contentieux dont l'utilité pour les parties et pour la société est des plus douteuse¹³⁹. Ce seuil serait ensuite une solution de compromis : puisque la perte de chance est un mécanisme destiné à pallier un problème d'incertitude causale qui nécessite d'être combiné avec le principe de la causalité certaine selon la théorie de l'équivalence des conditions¹⁴⁰, un tel seuil pourrait faire office de limite à cette dérogation frontale aux règles de la causalité. Enfin, aucun obstacle n'empêcherait la reconnaissance d'un seuil minimal quantitatif. Contrairement à ce qui est parfois avancé¹⁴¹, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur l'établissement d'un tel seuil et le principe de la réparation intégrale du dommage nous paraît pouvoir être tempéré dans ce cas.

Nous serions donc favorable à l'établissement d'un seuil quantitatif indéterminé¹⁴² tel qu'il en existe déjà dans différentes branches du droit¹⁴³. Prenant appui sur une certaine jurisprudence des juridictions de fond, cette limite exclurait l'indemnisation des chances « minimales » ou « très faibles ». L'utilisation d'un adjectif comme limite quantitative permettrait au juge de décider sur la base d'un examen spécifique de chaque cas concret, si la victime disposait d'une chance suffisamment consistante pour que celle-ci puisse être indemnisée. Si l'on devait avancer une évaluation chiffrée, au titre de point de repère, celle-ci pourrait être de l'ordre de 10 %.

20. Une perte de chance définitive – La jurisprudence et la doctrine requièrent que la chance soit définitivement perdue¹⁴⁴. Bien que cette condition apparaisse

132. Voir *supra* n° 8.

133. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile : chronique de jurisprudence 1996-2007*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 369.

134. Cass., 13 janvier 2022, C.19.0153.N et C.19.0174.N.

135. Cass., 3 février 2022, *R.W.*, 2021-22, n° 39, pp. 1541-1547 : « *De appelrechters die zodoende te kennen geven dat er geen reële kans verloren is gegaan om schade te vermijden en deze kans dus onbestaande was zodat zij geen schade uitmaakt die voor vergoeding in aanmerking komt, verantwoordt hun beslissing naar recht* ». En l'espèce, la cour d'appel avait considéré : « *Het verlies van de kans op een vrijpraak te verwaarlozen is en derhalve niet voor vergoeding in aanmerking komt* » et que la survenance du préjudice final était « *met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid onvermijdbaar was* ». Dans le même sens en France : Cass. fr., 3 juin 1988, n° 87-12433 : *Bull. ass.*, n° 6 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, p. 81, obs. P. JOURDAIN. Dans le même sens aux Pays-Bas : HR, 19 juin 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, note. T. TJONG TJIN TAI. Le commentateur souligne que, si la chance est nulle, il n'existe aucun dommage. (« *in welk geval geen sprake is van schade* »).

136. Sur ce débat en doctrine, voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 324-334 (à paraître).

137. A cet égard A. AKKERMANS montre que, sans limites quantitatives, les « chances de pertes de chances » ainsi que « les chances de chances de perte de chance » pourraient être indemnisées puisqu'il s'agit toujours d'une fraction de probabilités. Voir A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 248, « *Een « onzekere kans » is een enigszins problematisch begrip. Het begrip « kans » belichaamt immers al een bepaalde onzekerheid. Elke additionele onzekerheid kan daarin eenvoudig worden verdisconteerd. Een kans op een kans vormt zelf ook weer een kans, alleen een kleinere. En die laatste kans is in principe weer « zeker » in haar bestaan* ».

138. M. BACACHE, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, p. 448.

139. J.-S. BORGHETTI, « La faible chance revient en force », *Rev. Dr. Contrats*, 2017, n° 113, p. 77.

140. T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Maklu, Bruxelles, 1996, p. 291.

141. Cass. 17 avril 1961, *Arr. cass.*, 1961, p. 883. Voir, dans ce sens, H. BOCKEN, « *Geen kans verloren...* », *op. cit.*, p. 309 ; S. BAEYENS, « *De theorie van het verlies van een kans : een rechtvergelijkende analyse toegepast op de zuivere vermogensschade* », *R.W.*, 2016-2017, p. 368 ; S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « *La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles* », *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 202 ; concl. Avocat général R. MORTIER sous Cass., 3 février 2022, *R.W.*, 2021-22, n° 39, pp. 1541-1547.

142. L. Vitale propose également l'établissement d'un seuil indéterminé qui varierait selon le type de préjudice rencontré (préjudice corporel ou économique). Voir L. VITALE, *La perte de chances en droit privé*, Paris, LGDJ, 2020, pp. 490 et s.

143. Le juge dispose déjà d'un pouvoir d'appréciation important dans de nombreux types de litiges, sans que cela pose d'inconvénient majeur. Pensons tout d'abord à la règle de l'allégement du degré de preuve consacrée à l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil. Dans les travaux préparatoires, le législateur a fait état d'une probabilité de 75 % pour déterminer le seuil de vraisemblance. De même, pour caractériser l'existence d'un trouble du voisinage, le juge devra évaluer l'existence d'un trouble excessif, c'est-à-dire « s'il dépasse les inconvénients normaux du voisinage ».

144. B. KOHL, « *Moment de l'évaluation et variation du dommage* », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle – Études de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 396-397 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 642 ; B. DUBUISSON, « *La théorie de la perte de chance en question : le droit contre l'aléa ?* », *J.T.*, 2007, pp. 489 et s. ; P. VAN OMMESELAGHE, « *Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur* », *op. cit.*, pp. 211 et s. ; 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...)* », note sous Cass., 5 juin 2008, 17 décembre 2009 et 15 mars 2010, *R.C.J.B.*, 2013, pp. 605 et s. ; D. PHILIPPE, « *Quelques réflexions sur la perte de chance et le lien causal* », *R.D.C.*, 2013, pp. 1004 et s. ; A. PUTZ, « *La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable !* », note sous Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, pp. 29 et s. ; I. BOONE, « *Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband* », *R.W.*, 2004-2005, n° 3, p. 93.

évidente et peu discutée¹⁴⁵, il convient de revenir brièvement sur sa signification.

Selon la doctrine belge, la perte définitive d'une chance signifie que la chance doit avoir irrémédiablement disparu¹⁴⁶. La perte doit être certaine¹⁴⁷. La victime ne peut plus avoir la possibilité de jouer encore sa chance, il ne doit plus y avoir aucune possibilité d'obtenir le résultat escompté¹⁴⁸. En d'autres termes, « [d]e kans moet effectief verloren zijn »¹⁴⁹. La Cour de cassation intègre cette condition lorsqu'elle définit la perte de chance comme « un dommage spécifique qui consiste en la perte certaine d'un avantage probable »¹⁵⁰. Elle n'a, à notre connaissance, toutefois jamais été saisie d'une question lui permettant d'explicitier cette condition.

Exiger que la perte de chance soit définitive revient en fait à exiger que le dommage final soit certain (avantage escompté définitivement perdu ou préjudice redouté définitivement subi¹⁵¹). La perte de chance ne peut donc être définitive que si le préjudice final s'est effectivement produit¹⁵². *A contrario*, si aucun préjudice final ne s'est réalisé, la perte de chance n'est pas indemnisable. Par exemple, un patient disposait de 60 % de chance de vivre encore 5 ans (il avait donc un risque de 40 % de mourir) mais la faute du médecin risque de précipiter le patient vers la mort plus rapidement (avant l'échéance des 5 ans). Même si l'action du médecin a fait perdre une espérance de vie au patient, il faudra attendre sa mort et connaître la date de celle-ci (avant ou après l'échéance des 5 ans) pour qu'il (plus exactement ses héritiers¹⁵³) puisse obtenir l'indemnisation du dommage résultant de la perte de cette espérance.

Certains auteurs critiquent l'absence d'indemnisation de la perte de chance lorsque le préjudice final ne

s'est pas réalisé. En effet, lorsque la perte de chance est envisagée comme un préjudice autonome, il est conceptuellement étrange d'exclure l'indemnisation de la perte de chance au motif que le préjudice final ne s'est pas encore réalisé¹⁵⁴. Selon ces auteurs, si la perte de chance était réellement un préjudice autonome et distinct du préjudice final, abstraction faite de son utilité fonctionnelle de porter remède à certains cas d'incertitude causale, la perte de chance devrait être indemnisable indépendamment de la réalisation du préjudice final. Un courant doctrinal majoritaire, auquel nous nous rallions, refuse toutefois la prise en compte des chances qui ne sont pas définitivement perdues¹⁵⁵. Cette position s'appuie sur une considération de justice corrective qui emporte notre conviction. Selon ce principe, la victime doit obtenir la réparation intégrale de son dommage, ni plus, ni moins. Or, permettre l'indemnisation de la perte de chance, alors même que la victime peut encore « jouer sa chance » apparaît en contradiction avec ce principe. Selon T. Coppee, « [i]l serait en effet inique de condamner un tiers à réparer la perte d'une chance alors que la victime peut encore espérer sa réalisation et, dès lors, éviter de subir un dommage »¹⁵⁶. Ainsi, si la perte de chance était indemnisable indépendamment de la réalisation du préjudice final, ceux qui ne subissent *in fine* aucune perte pourraient recevoir une compensation¹⁵⁷. D'autres auteurs avancent également des considérations plus pratiques : certains soulignent que permettre l'indemnisation de la perte de chance alors que le préjudice final ne s'est pas réalisé pourrait augmenter le nombre de demandes en justice ainsi que les coûts de la procédure puisqu'il faudrait revenir une seconde fois devant le juge une fois le dommage final certain. Cela donnerait lieu à la réalisation systématique d'une expertise scientifique plus poussée dans chaque cas¹⁵⁸.

145. A. CATALDO et A. PUTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, p. 50. En droit néerlandais voir A. VAN, « Kansschade of proportionele aansprakelijkheid ? », *T.v.P.*, 2021, p. 47.
146. R. JAFFERALI et S. GOLDMAN, « La perte de chance à la croisée des chemins » *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 195.
147. En droit belge, voir E. DIRIX, *Het begrip schade*, Anvers, Kluwer, 1984, p. 83 ; D. SIMOENS, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Buitencontractuele aansprakelijkheid*, vol. 2, *Schade en schadeloosstelling*, Gand, Story-Scientia, 1999, p. 54 ; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, Bruges, Die Keure, 2017, p. 678.
148. B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie*, Bruges, Die Keure, 2017, p. 678 ; E. DIRIX, *Het begrip schade*, Anvers, Kluwer, 1984, p. 83.
149. « La chance doit être effectivement perdue » (traduction libre). H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, p. 257.
150. Cass., 28 janvier 2021, *J.T.*, 2021, p. 461 ; Cass., 5 novembre 2021, C.20.0343.F.
151. Rappelons que, contrairement à une certaine jurisprudence et à une certaine doctrine, nous considérons que le préjudice final ou effectivement subi peut être tant la perte d'un avantage que la survenance d'un désavantage. Voir *supra* n° 17.
152. Par exemple, le procès n'a pas été gagné, le marché n'a pas été obtenu, la prime n'a pas été octroyée, le patient n'a pas survécu ou encore le patient n'a pas guéri de sa maladie. Notons également que la perte de chance sera aussi définitive s'il s'agit d'un préjudice futur certain (par exemple, l'emploi souhaité ne sera jamais obtenu ou la promotion future ne sera jamais octroyée).
153. Sur la perte de chance de survie et la réparation de ce dommage par les héritiers agissant *iure haereditario* et *iure proprio*, voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 398.
154. K. OLIPHANT « Uncertain causation in the third restatement : some comparative notes », *William Mitchell Law review*, 2011, n° 37 p. 1623. Voir dans

- le même sens : H. KOZIOL, « Full, no or partial liability ? » in K. BARKER et R. GRANTHAM (dir.), *Apportionment in Private law*, Hart Publishing, 2020, p. 79 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Malines, Kluwer, 2007, p. 82. Dans le même sens : H. BOCKEN, « Geen kans verloren... », *op. cit.*, p. 312 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, D., 2010, p. 163 ; « Le préjudice constitué par une perte de chance existe avant que la chance ne soit jouée ou disparue » ; F. CHABAS, note sous Cass. fr., 9 janvier 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19272 ; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 119 ; J. STAPLETON, « The gist of Negligence, Part II : The relationship between damage and causation », *L.Q.R.* n° 104, 1988, p. 395 ; L. KHOURY, *Uncertain causation in medical liability*, Oregon, Hart publishing, 2006, p. 129 ; E. J. WEINRIB, « Causal Uncertainty », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, n° 36, p. 135.
155. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins – Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, n° 4, p. 202 ; A. CATALDO et A. PUTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, p. 50, n° 19 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 642 ; S. LIERMAN, « Verlies van een kans bij medische ongevallen », *N.J.W.*, 2005, pp. 614-15 ; Exposé des motifs 2019, p. 141 et Exposé des motifs 2023, p. 112 ; A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 51-52.
156. T. COPPEE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *R.G.D.C.*, 2019, n° 7, p. 406.
157. A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 222.
158. A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 238. Selon l'auteur, des problèmes de prescription pourraient également se poser (voir p. 231) ; C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 339.

21. Une perte de chance en lien causal avec le fait générateur de responsabilité – La dernière condition propre à la perte de chance est qu'elle doit être en lien causal avec la faute ou le fait générateur de responsabilité¹⁵⁹. Comme le souligne A. Akkermans, « *[b]ij toepassing van het principe van het verlies van een kans bestaat immers wél causaal verband, alleen met andere schade* »¹⁶⁰. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, la théorie de la perte de chance respecte l'exigence de causalité propre à toute action en responsabilité fondée sur l'article 1382 de l'ancien Code civil¹⁶¹.

Illustrons cette condition avec l'exemple type du cheval de course qui n'a pas pu participer à la compétition équestre en raison de la faute du transporteur qui est parti avec plusieurs heures de retard. Cette faute est bien en lien causal avec la perte de chance de remporter la compétition puisque si le transporteur était parti à temps, le cheval aurait pu prendre part à la compétition et jouer sa chance.

La Cour de cassation de Belgique a consacré cette exigence dans son arrêt du 19 janvier 1984¹⁶². Elle a depuis répété ce principe de manière constante dans ses arrêts portant sur l'indemnisation d'une perte de chance¹⁶³. Ainsi, selon la chambre néerlandaise : « *de rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een reële kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien tussen de fout en het verlies van deze kans een conditio sine qua non verband bestaat* »¹⁶⁴. Dans d'autres arrêts, la chambre néerlandaise exprime la même idée lorsqu'elle répète : « *[h]et verlies van een kans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een conditio sine qua non verband bestaat en het om een reële kans gaat* »¹⁶⁵. La chambre française de la Cour a également formulé cette exigence lorsqu'elle énonce que « [...] le dommage subi, en relation causale avec la faute, est la perte d'une chance d'obtenir un avantage espéré [...] »¹⁶⁶. La Cour de cassation rappelle aussi régulièrement qu'il incombe au demandeur de prouver ce lien de causalité¹⁶⁷.

Nous pensons que l'exigence de lien causal entre la faute et la perte de chance a une portée supplémentaire : la faute doit avoir fait perdre *toute* la chance de la victime. Lorsque la littérature répète que la victime doit avoir perdu « toute sa chance », elle fait souvent référence au caractère définitif de la perte de chance ; le dommage final doit être effectivement réalisé et subi. Or, la perspective que nous adoptons donne un sens nouveau à cette affirmation : il ne suffit pas de « diminuer » la chance de la victime¹⁶⁸, encore faut-il que le fautif, à lui seul, l'anéantisse complètement. Ainsi, le diagnostic tardif du médecin doit avoir privé le patient de toute sa chance de guérison, sans que d'autres causes antérieures ou postérieures à la faute, et qui se sont effectivement produites, aient peut-être participé à l'issue défavorable. Cette nouvelle approche confirme le champ d'application de la perte de chance limité à une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel. En effet, si le fautif ne fait que « diminuer » la chance, sans toutefois l'anéantir entièrement, c'est l'indice que d'autres causes probables seront entrées en concurrence avec le fait du fautif et auront probablement participé à la survenance du dommage final. On bascule alors dans une incertitude relative à l'enchaînement des faits puisque l'on ne sait plus exactement quelle cause parmi plusieurs autres causes qui se sont effectivement produites ont entraîné la réalisation du dommage. La faute n'est, dans cette situation, qu'une cause probable parmi d'autres ayant conduit au dommage.

Il n'est pas toujours aisé de déterminer si le fautif a fait perdre *toute* la chance de la victime. Dans certains contentieux, la perte de *toute* chance est évidente : songeons par exemple à l'avocat qui a fait perdre à sa cliente toute sa chance de succès du procès en omettant de déposer la requête d'appel ou au médecin qui a empêché la mère de procéder à une IVG dans le délai légal en l'informant trop tard de la maladie du nouveau-né. En revanche, dans d'autres cas, tout particulièrement lorsque l'on est face à un processus continu qui s'étale dans le temps, l'incidence de la faute sur la chance perdue peut être difficile à identifier. Tel

159. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins : Évolutions et applications jurisprudentielles », *R.G.D.C.*, 2019, p. 201 ; I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 39 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 643 ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, n° 3, p. 93 ; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht*, vol. I, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 1328. En France voir P. JOURDAIN, G. VINEY et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, Paris, 2013, pp. 140 et s. ; M. BACACHE, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, t. V, 3^e éd., Paris, Economica, 2016, pp. 443 et s.

160. « En appliquant la perte de chance, il y a bien un lien de causalité mais seulement avec un autre dommage » (traduction libre). A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 193. Dans le même sens : M. FAURE, « Het verlies van een kans in België » in A. AKKERMANS, M. FAURE et T. HARTLIEF (dir.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 166.

161. Nous renvoyons, à cet égard, aux règles relatives à la causalité qui ont été développées *supra* n° 3 et 4.

162. Cass., 19 janvier 1984, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11084, note T. VANWEESEVELT. Voir déjà dans sa jurisprudence antérieure : Cass., 24 août 1962, *Pas.*, 1962, p. 1252.

163. Cass., 5 juin 2008, C.07.0199.N/1, *Pas.*, 2008, p. 1425.

164. Cass., 17 décembre 2009, C.08.0145.N ; Cass., 15 mai 2015, *Pas.*, 2015, n° 311, C.14.0269.N/1 ; Cass., 3 février 2022, *R.W.*, 2021-22, n° 39, pp. 1541-1547 (non publié sur Juportal) ; Cass., 13 janvier 2022, C.19.0153.N et C.19.0174.N.

165. « La perte d'une chance donne lieu à réparation lorsqu'il existe un lien de causalité sine qua non entre la faute et la perte de chance et que la chance est réelle » (traduction Juportal). Cass., 21 octobre 2013, *Pas.*, 2013, n° 537, C.13.0124.N ; Cass., 13 janvier, C.19.0153.N-C.19.0174.N ; Cass., 15 mars 2010, C.09.0433.N. Cass., 21 avril 2016, C.15.0286.N/1, *Pas.*, 2016, n° 274, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107.

166. Nous soulignons : Cass., 23 octobre 2015, C.14.0589.F23/10/2015 ; Cass., 13 mai 2016, *Bull. ass.*, 2017, n° 401, p. 453 ; Cass., 10 septembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, n° 3, p. 112, note C. JOISTEN.

167. Cass., 13 janvier 2020, C.19.0153.N-C.19.0174.N. Voir en doctrine : J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 146.

168. Dans le même sens, par rapport à l'accroissement des risques : J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in C. DEVOET, J.-L. FAGNART et C. PARIS (dir.), *La réparation du dommage*, Limal Anthemis, 2006, p. 76. L'accroissement d'un risque ne peut pas être utilisé comme critère de causalité : Cass., 17 septembre 2003, *J.T.*, 2004, n° 5, pp. 95-96.

est le cas, par exemple, en matière médicale en cas de diagnostic tardif¹⁶⁹. Au lieu de supprimer toute la chance de la victime, l'absence de traitement adéquat n'a parfois qu'une « incidence probable » sur le développement de la maladie ou sur l'affection ayant conduit à l'issue fatale¹⁷⁰. Tel est le cas également lorsque le juge considère que la faute du médecin est une des causes probables du décès de la victime car, selon le rapport d'expertise, cette faute n'a fait que « diminuer les chances de survie de la victime »¹⁷¹. Ces cas ne devraient pas, nous semble-t-il, être traités par le mécanisme de perte de chance mais plutôt via les mécanismes destinés à pallier une incertitude causale relative à l'enchaînement des faits¹⁷².

C. La réparation

22. Deux méthodes de réparation – Dès lors que la perte de chance dispose de son propre champ d'application et de ses propres conditions, il reste à se demander comment réparer ce préjudice et quelle méthode d'indemnisation utiliser. Il en existe deux : la méthode proportionnelle (22.1) et la méthode *ex aequo et bono* (22.2).

22.1. Méthode proportionnelle – La perte d'une chance peut être évaluée comme une fraction du préjudice final. Même si les cours et les tribunaux utilisaient déjà cette méthode depuis longtemps¹⁷³, la Cour de cassation a posé ce principe dans un arrêt du 21 octobre 2013 concernant la perte de chance : « Le juge appelé à déterminer l'indemnité est tenu d'avoir égard au degré de probabilité d'une heureuse issue »¹⁷⁴. La Cour de cassation ajoute généralement : « Cette valeur ne saurait constituer le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu »¹⁷⁵. Cette précision est logique puisque,

dans ce cas, on ne serait plus face à une probabilité mais à une certitude. La Cour a depuis lors confirmé à plusieurs reprises sa jurisprudence. Les juridictions de fond appliquent régulièrement cette méthode¹⁷⁶.

En pratique, la littérature belge encourage le recours au calcul différentiel¹⁷⁷. Cette méthode proportionnelle consiste à calculer la chance en soustrayant la probabilité de subir le dommage final sans la faute (par exemple, 20 %) de la probabilité de subir le dommage final avec la faute (en toute hypothèse 100 %). La probabilité ainsi obtenue, résultant de la soustraction (80 %) correspond en fait au pourcentage de chance que l'on a déjà dû appréhender, en vérifiant si les conditions de la perte de chance étaient réunies, plus spécialement, au stade de la quantification de la chance lorsqu'il s'agissait de vérifier si la chance existait réellement.

Exemple

Un avocat a omis de faire appel dans le délai. Son client avait 80 % de chance de gagner en appel (il avait donc seulement 20 % de probabilité de perdre). A cause de la faute de l'avocat, il perd toute possibilité de gagner son procès ; la probabilité de perdre est totale (100 %) Méthode différentielle : 100 % – 20 % = 80 %

Une fois le pourcentage identifié, il faut l'appliquer au montant du préjudice final. La valeur du préjudice final sert de « garde-fou » dans l'indemnisation du dommage pour perte de chance puisque le montant octroyé au titre de la réparation de la perte de chance ne peut jamais être égal ou plus élevé que la valeur du préjudice final¹⁷⁸. Plusieurs questions peuvent se poser lorsque le préjudice final correspond à la perte d'un procès ou au décès d'un individu, et nous renvoyons aux développements réalisés dans la thèse de doctorat à cet égard¹⁷⁹.

169. Voir, par exemple, Civ. Liège, 15 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2004, n° 138281 (perte de chance 60 %) ; Anvers, 10 juin 2013, n° 2011/AR/2588 (perte de chance de survie de 73 %) ; Civ. Limbourg, 23 avril 2015 et Anvers, 27 novembre 2017, *Rev. dr. santé*, 2022, n° 4, p. 296, note S. TACK et A. VANDERELST. Dans cette dernière affaire, les médecins ont diminué les chances de guérison du patient de 75 % à 20 % en raison du diagnostic tardif. Ils n'ont dès lors pas fait perdre « toutes » les chances au patient, mais ont simplement diminué celles-ci.

170. Conclusions de l'Avocat général D. VANDERMEERSCH précédant Cass., 29 octobre 2014, AR/2015/15183.

171. Comparer Anvers, 24 juin 2013, 2011/AR/467 et 2011/AR/723, p. 14.

172. Dans le même sens en droit néerlandais, voir J. KORTMANN, « Meervoudige causaliteit : over alternatieve bij daders en benadeelders », in J. KORTMANN et C. KLAASSEN, *Causaliteitsperikelen*, Kluwer, Deventer, 2012, p. 42.

173. R. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, pp. 260-261. Voir également : Sentence arbitrale 10 octobre 1927, *R.G.A.R.*, 1928, n° 292 (perte de chance de guérison de 25 %) : « Nous estimons les responsabilités du Docteur C à 25 % de la totalité des indemnités qui seront évaluées ci-après ».

174. Cass., 21 octobre 2013, C.13.0124.N, *Pas.*, 2013, n° 537. Voir également Cass., 26 janvier 2023, C.22.0046.F.

175. Cass., 21 octobre 2013, C.13.0124.N, *Pas.*, 2013, n° 537 ; Cass., 23 septembre 2013, C.12.0559.N, *Pas.*, 2013, n° 472 ; Cass., 23 octobre 2015, C.14.0589.F23/10/2015. En France voir Cass. fr, 9 avril 2002, n° 00-13.314, *Bull. civ. I*, n° 116 ; D., 2002, p. 1469 ; *Gaz. Pal.*, 2003, p. 1289, obs. F. CHABAS.

176. Pour une application très transparente de cette méthode voir Liège, 9 juillet 2021, n° 2020/RG/18 ; Liège, 3 octobre 2017, n° 2016/RG/640 ; Mons, 9 septembre 2019, D.A.O.R., 2020, n° 134, pp. 30-34 ; Pol. Brabant wallon, 10 février 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15710 ; Anvers, 12 juin 2017, *R.G.D.C.*,

2019, n° 5, p. 295 ; Anvers, 28 septembre 2009, *R.W.*, 2012-13, n° 7 ; Civ. Bruxelles, 14 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, n° 27, p. 1298 ; Civ. Bruxelles, 20 mai 2019, *For. ass.*, 2019, n° 195 ; Civ. Namur, 1^{er} juin 2017, *For. ass.*, 2018, n° 181, p. 30 ; C. trav. Liège, 16 novembre 2018, *Soc. Kron.*, 2022, n° 2, pp. 89-95.

177. A. CATALDO et A. PUTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne : le recours à la perte de chance », *op. cit.*, p. 59 ; P.-A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité », *op. cit.*, p. 26 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 150 : « Le juge doit donc faire une comparaison entre les avantages que le préjudicié pouvait espérer si la chance s'était réalisée d'une part, et la probabilité de réalisation d'autre part » ; I. BOONE, « Het « verlies van een kans » bij onzekere causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 95 ; I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, pp. 41-44 ; I. SAMOY et K. RONSJUN, « Verlies van een geringe kans : geen minimum waarschijnlijkheid vereist », *R.G.D.C.*, 2014, n° 3, p. 125 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1554 ; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 79 ; R. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 2841. Voir toutefois B. DUBUISSON, « Le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, p. 494 qui a proposé une méthode différente : « Un tel risque devrait être évalué au prix que la victime aurait accepté de payer pour ne pas y être exposé, à un moment où on ignorait s'il se réaliserait ou non ».

178. Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 760 ; Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 472 ; Cass., 23 octobre 2015, *Pas.*, 2015, n° 623. J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 79 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 369.

179. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 397-400 (à paraître).

22.2. Évaluation ex aequo et bono – Même si certains jugements et arrêts prennent soin de calculer la valeur de l'avantage perdu et le pourcentage de chance, force est de constater que certains juges se limitent à une indemnisation *ex aequo et bono* du préjudice pour perte de chance¹⁸⁰. La Cour de cassation elle-même a déjà admis à plusieurs reprises l'indemnisation *ex aequo et bono* en matière de perte de chance¹⁸¹.

Il est utile de rappeler que le principe de la réparation intégrale du dommage requiert une évaluation *in concreto* du dommage¹⁸², mais que le juge peut recourir à une évaluation *ex aequo et bono* du dommage de manière subsidiaire¹⁸³, s'il est impossible de déterminer avec précision le montant du dommage dont l'existence est certaine¹⁸⁴. Tel est le cas, notamment, lorsque la victime propose une méthode d'indemnisation autre que l'*ex aequo et bono*, mais que le juge estime que ce mode de calcul ne peut être admis et qu'il constate l'impossibilité de déterminer autrement le dommage qu'il a retenu¹⁸⁵.

En matière de perte de chance, nous constatons que le juge recourt à l'évaluation *ex aequo et bono* dans trois types de situations : (-1) lorsqu'il est difficile d'évaluer le degré de probabilité exact, faute de données objectives ou subjectives suffisamment précises¹⁸⁶ (-2), lorsqu'il est difficile d'évaluer le montant du préjudice final¹⁸⁷ et (-3) lorsqu'il existe une combinaison de ces deux paramètres¹⁸⁸. Seule la seconde hypothèse nous semble conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Lorsqu'il est difficile d'évaluer le degré de probabilité de la chance (-1 et -3), le problème est plus fondamental et concerne la condition relative au caractère réel de la chance. Si le juge a préalablement

constaté l'existence d'une chance, il doit pouvoir être capable de la chiffrer, fût-ce de manière approximative¹⁸⁹. Il n'est pas dans « l'impossibilité » d'utiliser la méthode proportionnelle puisqu'il connaît le montant du dommage final et qu'il a constaté l'existence d'une chance. Le recours à une évaluation *ex aequo et bono* dans cette hypothèse masque souvent une incertitude quant au caractère réel de la chance, soit en raison d'un doute sur l'existence même de la chance, soit en raison de son caractère très faible¹⁹⁰. Cette méthode est alors utilisée comme un « raccourci » pour éviter de devoir justifier l'existence de la chance¹⁹¹. Or, selon la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁹², la méthode d'évaluation *ex aequo et bono* ne peut se concevoir que pour un préjudice qui existe et dont le caractère certain a été préalablement prouvé par la partie lésée¹⁹³.

23. Conclusion sur la perte de chance – La perte de chance est un mécanisme permettant de pallier un problème d'incertitude causale portant exclusivement sur le scénario contrefactuel.

Afin d'être indemnisable, la chance perdue doit être réelle et sa perte doit être définitive et en lien causal avec le fait générateur de responsabilité. L'examen de ces conditions accrédite la thèse selon laquelle sa fonction est de pallier un problème d'incertitude causale portant exclusivement sur le scénario contrefactuel.

Dès lors que les conditions de la perte de chance sont réunies, la perte de chance est réparable. Deux méthodes de réparation de ce dommage existent en droit belge. La méthode proportionnelle est un simple

180. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, p. 150 ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causal verband », *R.W.*, 2004-2005, n° 4, p. 92. En droit néerlandais, voir A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 182.

181. Cass., 31 mars 1969, *Pas.*, 1969, p. 676 ; R. DALCQ, note sous Cass., 26 juin 1961, *J.T.*, 1962, p. 59 ; Cl. RENARD, « L'action civile du transporteur victime d'un acte de concurrence déloyale », *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 194.

182. Voir à ce sujet : I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 481 ; R. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 767 ; J. MATTHYS, *De evaluatie en de vergoeding van lichamelijke schade*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 22-23 ; G. JOCQUE, « Tijdsverloop en schadevergoeding », *T.P.R.*, 2016, pp. 1379-1381 ; T. VAN SWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 690. Voir également art. 6.32 et 6.33 de la proposition de loi du livre 6 (anc. art. 5.179 et 5.180 de l'avant-projet) et P. COLSON, « Les effets de la responsabilité. Unité ou Diversité des règles et des formes de réparation », in B. DUBUISSON (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 476.

183. P. COLSON et B. FOSSEPREZ, « Le dommage et sa réparation » *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, p. 292 ; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 280 ; D. DE CALLATAY et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Vol. 2, Le dommage, Larcier, 2009, p. 68 ; R. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 767.

184. R. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 767 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1654 ; J.-L. FAGNART, « L'évaluation du dommage in concreto », in P.-A. FORIERS, R. JAFFERALI et E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 370-371. Voir également art. 6.38 de la proposition de loi du livre 6 (ancien art. 5.185, al. 2 et 3 de l'avant-projet) ainsi que C.C. n° 7.2016, 21 janvier 2016, *For. ass.*, 2016, p. 194.

185. Cass., 2 mars 2016, P.15.0929.F. Voir également Cass., 16 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 448 ; Cass., 20 septembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1436 ; Cass., 9 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2204 ; Cass., 18 avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 1049 ; Cass., 15 janvier 2014, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15110 ; Cass., 7 novembre 2012, *Dr. pén. entr.*, 2013, p. 55 ; Cass., 25 avril 2019, C.18.0569.F, *Pas.*, 2019, n° 247 ; Cass., 28 février 2020, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15701 ; Cass., 19 février 2020, P.19.1090.F ; Cass., 15 janvier 2021, *R.W.*, 2021-22, n° 20, pp. 791-793 ; Cass., 9 mars 2023, C.22.0123.F ; Cass., 4 mai 2023, C.22.0448.F.

186. Voir Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161, note G. GENICOT ; Civ. Dinant, 19 mai 2000, *Bull. ass.*, 2004, p. 375 ; Gand, 14 mai 2009, *Rev. dr. santé*, 2010-11, p. 52.

187. Gand, 26 septembre 2013, *R.G.D.C.*, 2014, n° 3 (impossibilité de déterminer le prix de vente auquel aurait été vendu le bien) ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2016, n° 2014/AB/595 (impossibilité de déterminer le bénéfice perdu par l'employeur victime de concurrence déloyale).

188. La méthode *ex aequo et bono* est utilisée dans le contentieux social relatif à la perte de chance de conserver son emploi : il est à la fois difficile de quantifier la chance perdue et de déterminer les salaires qui auraient été perçus en l'absence de faute. Voir spéc. C. trav. Bruxelles, 2 mars 2022, RG n° 2019/AB/71 (2500 € *ex aequo et bono*).

189. Dans le même sens : J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 80.

190. Voir, p. ex., Bruxelles, 24 mai 2011, n° 2008AR3006 « Gelet op het feit dat de kans als bijzonder klein wordt ingeschat en dit voor de periode van 10 oktober 2001 tot 13 oktober 2003 wordt deze schade dan ook in alle billijkheid *ex aequo et bono* geraamd op 6.000 euro ».

191. Voir dans le même sens : J. VERMEULENS, « Le principe général de l'évaluation in concreto », *Rev. dr. santé*, 2022-23, p. 60 qui, commentant l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 5 septembre 2019, juge cette méthode critiquable.

192. Cass., 20 mai 2022, C.21.0378.F : « Le recours à une évaluation en équité du montant du dommage dont la réparation est demandée ne peut pallier le défaut de preuve de ce dommage ».

193. R. DALCQ, *Les Nouvelles, Traité de la responsabilité civile*, vol. II, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 765.

calcul différentiel : il suffit d'appliquer le pourcentage de chance perdue à la valeur du préjudice final (soit 100 moins la probabilité que, sans la faute, l'issue défavorable se produise). La seconde méthode, l'indemnisation *ex aequo et bono*, appelle davantage à la prudence. Puisqu'elle pourrait être utilisée pour masquer une impossibilité de chiffrer la chance, nous avons soutenu qu'elle doit se limiter à venir en aide au juge dans les cas spécifiques où la jurisprudence de la Cour de cassation permet le recours à cette méthode d'évaluation subsidiaire.

Section 2. Échanger la perte de chance contre une responsabilité proportionnelle ?

24. L'article 6.23 de la proposition de loi – La proposition de loi portant le livre 6 « la responsabilité extracontractuelle » du Code civil consacre, à l'article 6.19, § 1, (art. 5.162, al. 1, de l'avant-projet), la règle de l'équivalence des conditions pour déterminer l'existence d'un lien de causalité. La proposition assouplit ensuite ce principe et prévoit plusieurs exceptions à cette règle. Parmi celles-ci, l'article 6.23 (art. 5.168 de l'avant-projet) vise un cas de causalité incertaine et propose de le solutionner par le mécanisme de la responsabilité proportionnelle. Cette disposition, intitulée « perte d'une chance » énonce :

« Lorsqu'il n'est pas prouvé que la faute commise par la personne dont la responsabilité est invoquée est la cause du dommage, mais qu'il existe néanmoins une chance réelle que le dommage ne se serait pas produit si cette personne s'était comportée de manière licite, la personne lésée a droit à une réparation partielle du dommage en proportion de la probabilité que cette faute ait causé le dommage¹⁹⁴. »

25. Explication du mécanisme – Selon l'exposé des motifs, « lorsque le lien de causalité entre la faute et le dommage n'est pas établi, mais qu'il existe une chance réelle que le dommage ne se serait pas produit si l'intéressé s'était comporté de manière licite plutôt

que fautive, la personne lésée a droit à une réparation partielle du dommage ». Ainsi, « [l']article 6.23 ne s'applique qu'en cas d'incertitude quant à ce qu'il se serait produit si le défendeur s'était comporté de manière licite »¹⁹⁵.

La proposition a vocation à confirmer la jurisprudence actuelle relative à la perte de chance, mais en lui attribuant un fondement légal entièrement différent¹⁹⁶. Le législateur est conscient de l'ambivalence du mécanisme de la perte de chance qui est à la fois un dommage autonome et un moyen de pallier un certain type d'incertitude causale. Ainsi, pour trancher définitivement cette question, il souhaite opter pour un mécanisme qui se situerait entièrement sous l'angle de la causalité et qui mettrait fin au recours artificiel à un dommage distinct du dommage final subi¹⁹⁷. Le concept de perte de chance serait délaissé au profit d'une responsabilité proportionnelle. Il s'agirait de réparer un dommage effectivement subi mais de manière proportionnelle, en fonction de la probabilité que le fait générateur ait effectivement causé ce dommage.

Cette nouvelle approche aurait pour effet de mettre fin aux controverses portant sur le champ d'application de la perte de chance¹⁹⁸. La distinction théorique entre la perte de chance d'obtenir un avantage et la perte de chance d'éviter un désavantage serait définitivement abandonnée au profit d'une approche moniste de la perte de chance¹⁹⁹.

26. Maintien des acquis – L'exposé des motifs répète que l'objectif est d'aboutir aux mêmes résultats pratiques que ceux obtenus avec le recours au mécanisme de la perte de chance²⁰⁰. Ainsi : « *het is niet de bedoeling van de commissie het toepassingsgebied van dit geval van proportionele aansprakelijkheid uit te breiden tot andere gevallen dan deze waar iemand een reele mogelijkheid maar niet de zekerheid heeft (een kans dus), om een voordeel te verwerven of een nadeel te vermijden en deze mogelijkheid tenietgaat door de fout van een derde* »²⁰¹. Cette volonté est confirmée par le

194. Ce texte résulte de la proposition de loi, telle que déposée à la chambre le 8 mars 2023. Il n'intègre donc pas les amendements déposés à la chambre le 22 novembre 2023 qui proposent de reformuler l'article 6.23 comme suit : « Art. 6.23. Lorsqu'il n'est pas certain que la faute commise par la personne dont la responsabilité est invoquée est une condition nécessaire du dommage parce que le dommage aurait pu se produire également si cette personne s'était comportée de manière licite plutôt que de commettre une faute, la personne lésée a droit à une réparation partielle en proportion de la probabilité que cette faute ait causé le dommage. Cette disposition est applicable par analogie en cas de responsabilité pour des fautes commises par une personne dont on est responsable en vertu de la Section 2 du Chapitre 1^{er}. »

195. Exposé des motifs, 2023, p. 112. Dans le même sens dans l'avant-projet voir Exposé des motifs, 2019, p. 132 : « [l']article 5.168 concerne l'incertitude constatée quant à la survenance du dommage lorsque, dans le cadre de la reconstruction hypothétique, on se demande ce qui serait survenu en l'absence de faute ou d'un autre fait générateur de responsabilité. Comme il a déjà été indiqué, la jurisprudence actuelle offre une solution à ce problème en indemnisant la perte d'une chance ».

196. Exposé des motifs, 2023, p. 112 et Exposé des motifs, 2019, p. 143. Pour un commentaire voir également T. COPPEE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *R.G.D.C.*, 2019, n° 7, p. 408 ; G.R. GROTIUS-POTHIÉ, *Rev. dr. intern. comp.*, 2020, n° 2, pp. 168 et s.

197. H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, n° 1, 2021, p. 256 ; Exposé des motifs, 2023, p. 112 et Exposé des motifs, 2019, pp. 132 et 143.

198. T. COPPEE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *R.G.D.C.*, 2019, n° 7, p. 408.

199. Pour rappel, un courant doctrinal et jurisprudentiel souhaite limiter l'indemnisation de la perte de chance à la situation où la victime a seulement perdu une chance d'obtenir un avantage. Elle n'obtiendrait en revanche rien si elle perdait la chance d'éviter un désavantage. Sur le champ d'application avantage/désavantage et une critique de cette distinction voir *supra* n° 17.

200. Exposé des motifs, 2023, p. 112 : « L'application de l'article 6.23 aboutit à un résultat comparable à celui de la jurisprudence sur la perte d'une chance, mais elle lui confère un fondement différent. » Voir aussi Exposé des motifs, 2019, p. 144. Voir dans le même sens : H. BOCKEN, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 25 februari 2022 », *T.P.R.*, 2022, n° 3, p. 418.

201. H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, n° 1, p. 259 : « la commission n'a pas l'intention d'étendre le champ d'application de ce cas de responsabilité proportionnelle à d'autres cas que celui où une personne a la possibilité réelle, c'est-à-dire la chance, d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage et où cette possibilité est mise à néant par la faute d'un tiers » (traduction libre).

choix d'intituler cette disposition « perte de chance », ce qui fait directement référence au mécanisme visé par la jurisprudence²⁰².

Le législateur semble par ailleurs vouloir transposer les règles jurisprudentielles relatives à la perte de chance, notamment ses conditions d'application et sa réparation, à la responsabilité proportionnelle. Concernant le caractère réel de la « chance que le dommage ne se serait pas produit », cette chance ne peut pas être hypothétique et reposer sur de simples suppositions²⁰³. Le législateur s'oppose par ailleurs, en l'état, à l'instauration d'un seuil quantitatif²⁰⁴. Sur le plan de la réparation, la responsabilité proportionnelle est distinguée de la perte de chance puisque, conceptuellement, « [c]e n'est pas la perte de la chance qui est indemnisée, mais l'avantage perdu ou le préjudice subi eux-mêmes sur lesquels porte la chance »²⁰⁵. Cela devrait aboutir, selon le législateur, aux mêmes résultats puisque, reprenant la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'évaluation de la chance qu'il énonce au préalable²⁰⁶, la victime est indemnisée « en fonction de la probabilité que le comportement fautif ait causé le dommage ». L'exposé des motifs précise que, sur la base de l'article 6.38, le juge peut accorder des dommages et intérêts en équité si « l'étendue du dommage ne peut pas être déterminée d'une autre manière »²⁰⁷.

27. Observation : la responsabilité proportionnelle remplace-t-elle vraiment la perte de chance ? – Le législateur a, sans aucun doute²⁰⁸, voulu limiter le champ d'application de l'article 6.23 aux cas actuellement

visés par la perte de chance. Cela ressort explicitement des travaux préparatoires²⁰⁹, du titre de la disposition²¹⁰, des travaux de la table ronde de la commission²¹¹ ainsi que de la coexistence de cette disposition avec l'article 6.24 visant une hypothèse spécifique d'incertitude sur l'enchaînement des faits²¹². Le champ d'application de l'article 6.23 s'avère toutefois plus restreint (27.1) et plus large (27.2) que celui de la perte de chance.

27.1. Un champ d'application plus restreint – La nouvelle disposition se veut d'abord plus restrictive puisqu'elle concerne uniquement une responsabilité à base faute, ce qui est confirmé à la lecture des travaux préparatoires²¹³, alors que l'article 5.168 de l'avant-projet visait l'hypothèse dans laquelle un « fait générateur de responsabilité » peut être la cause du dommage²¹⁴. Lors de la table ronde organisée par les membres de la commission, plusieurs praticiens avaient mis en exergue les dangers de cette nouvelle formulation qui n'englobe pas tous les cas de perte de chance²¹⁵. Bien que la piste d'une nouvelle adaptation du texte en vue de viser tout fait générateur de responsabilité soit envisagée²¹⁷, la limitation est en l'état maintenue de sorte l'objectif annoncé de viser tous les cas actuellement traités par le mécanisme de la perte de chance ne semble pas atteint²¹⁸.

On peut d'ailleurs se poser la question de la cohérence avec l'article 6.24 qui concerne l'hypothèse de la causalité alternative et qui constitue lui aussi une exception à la preuve « certaine » du lien de causalité.

202. H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht » *T.P.R.*, 2021, n° 1, p. 259. Voir également G.R. GROTIUS-POTHIER, « Regards comparatistes sur la réforme belge du droit de la responsabilité extracontractuelle : quelques suggestions pour le législateur et le juge », *Rev. dr. intern. comp.*, 2020, n° 2, p. 173 qui critique ce titre car il engendrerait une confusion sur le mécanisme envisagé.
203. Exposé des motifs, 2023, p. 112 et Exposé des motifs, 2019, p. 144. On retrouve les termes utilisés pour le caractère réel de la perte de chance. Sur le caractère réel de la perte de chance, voir *supra* n° 19.
204. « Il n'est pas requis que la chance atteigne un seuil minimal ». Exposé des motifs, 2023, p. 112 et Exposé des motifs, 2019, p. 144. Comparer J. SPIER, « Causation » in *Principle of European Tort Law : Text and Commentary*, Vienne, Springer, 2005, p. 58 (commentaire de l'article 3:106 P.E.T.L.) : « As a general rule, a merely speculative – very small chance – will not be enough ».
205. Exposé des motifs, 2023, p. 112.
206. Exposé des motifs, 2023, p. 110.
207. Exposé des motifs, 2023, p. 112.
208. Il était en revanche plus compliqué de déceler cette volonté sous l'empire de l'article 5.168 de l'avant-projet 2019 en raison de la formulation des travaux préparatoires ainsi qu'en raison des références à la responsabilité proportionnelle en droit néerlandais qu'ils contenaient. Voir Exposé des motifs, 2019, pp. 143-145.
209. Exposé des motifs, 2023, p. 112.
210. Exposé des motifs, 2023, p. 112 : « Dans le titre et dans le texte même de l'article 6.23, un renvoi à la perte d'une chance est maintenu afin d'indiquer clairement qu'il s'agit en pratique d'une même catégorie de cas que celle qui fait l'objet de la jurisprudence évoquée ». L'intitulé perte de chance a également été critiqué puisqu'il fait référence à un mécanisme qui n'est plus censé exister : G.R. GROTIUS-POTHIER, *Rev. dr. intern. comp.*, 2020, n° 2, p. 173.
211. H. BOCKEN, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 25 februari 2022 », *T.P.R.*, 2022, n° 3, pp. 1195-1196.
212. Voir art. 6.24 de la proposition de loi : « Si plusieurs faits de même nature dont sont responsables des personnes différentes ont exposé la personne lésée au risque de survenance du dommage qui s'est effectivement produit, sans qu'il soit possible de démontrer lequel de ces faits a causé le dommage, chacune de ces personnes est responsable en proportion de la probabilité que le fait dont elle répond ait causé le dommage. Celle qui

prouve que le fait dont elle répond n'est pas une cause du dommage n'est toutefois pas responsable. » Pour un commentaire de cette disposition voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 469-483 (à paraître).

213. Exposé des motifs, 2023, p. 112.
214. Voir l'avant-projet de loi publié par les membres de la commission de réforme en septembre 2019 in B. DUBUISSON et al., *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Bruges, La Charte, 2019. Spéc. « Art. 5.168. Perte d'une chance. Lorsqu'il n'est pas certain qu'un fait générateur de responsabilité soit une cause du dommage, mais que sans ce fait il y avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la personne lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le dommage ait été causé par ce fait ».
215. M. KRUIHOF et J. TANGHE, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 25 februari 2022 », *T.P.R.*, 2022, n° 3, pp. 1195-1196.
216. Il existe plusieurs hypothèses de perte de chance qui ont été causées, non pas par une faute, mais plus largement par un fait générateur de responsabilité. Songeons, par exemple, à la perte de chance d'obtenir un emploi en raison d'un accident de voiture causé par la défectuosité d'un élément de cette voiture (responsabilité fondée sur 1384, al. 1, C. civ.). Sur la perte de chance résultant d'un fondement objectif de responsabilité : Mons 22 septembre 2021, n° 2020/RG/101 (inédit – responsabilité fondée sur 1384, al. 3, ancien C. civ.) ; Montpellier, 3 novembre 2021, n° 19/00921 (responsabilité du fait des produits défectueux) ; Cass. fr., 19 octobre 2006, n° 05-17474 (responsabilité fondée sur 1384, al. 2, ancien C. civ.) ainsi que les nombreux exemples cités par L. VITALE, *La perte de chances en droit privé*, LGDJ, 2020, pp. 319-320 et A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 209-213.
217. L'amendement déposé à la chambre le 23 novembre dernier prévoit : « Cette disposition est applicable par analogie en cas de responsabilité pour des fautes commises par une personne dont on est responsable en vertu de la Section 2 du Chapitre 1^{er} ». *Doc. Parl.* 3213/005, p. 4. H. BOCKEN, « Verslag van het rondetafelgesprek over de hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 25 februari 2022 », *T.P.R.*, 2022, n° 3, p. 1196 : « Misschien moeten we erover nadenken hoe we de regel kunnen uitbreiden tot foutloze aansprakelijkheid, zonder dat het te breed wordt ».
218. Voir dans le même sens : V. SCHOLLAERT, « Het nieuwe buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Een verkennende analyse », *N.J.W.*, 2023, n° 482, p. 378.

Cette disposition instaure aussi une responsabilité proportionnelle mais, contrairement à l'article 6.23, ne limite pas son champ d'application à l'hypothèse d'une faute et vise, plus largement, le « fait générateur de responsabilité ».

27.2. Un champ d'application plus large – Ensuite, l'article 6.23 vise, certes, l'incertitude du scénario contrefactuel mais il ne tient pas compte de ce que cette incertitude peut exister, soit de manière autonome lorsque l'incertitude est exclusivement propre à la reconstruction du scénario contrefactuel, soit comme la conséquence d'une incertitude sur l'enchaînement des faits. En effet, nous l'avons vu, l'incertitude sur l'enchaînement des faits entraîne toujours une incertitude du scénario contrefactuel et est ainsi d'un degré plus élevé puisqu'elle affecte les deux composantes du lien de causalité. Par exemple, si on ne sait pas si la cause de la maladie de la victime est la pollution occasionnée par l'entreprise A ou la pollution causée par l'entreprise B (incertitude sur l'enchaînement des faits), on ne sait pas non plus si, sans la faute de l'entreprise A, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit (incertitude corrélative du scénario contrefactuel). Ceci aboutit à ce que cette hypothèse d'incertitude causale relative à l'enchaînement des faits soit bien visée par l'article 6.23 puisqu'il existe bel et bien « une chance réelle que le dommage ne se serait pas produit si [A] s'était comporté de manière licite ».

L'article 6.23, tel qu'il est rédigé, recouvre donc n'importe quel problème d'incertitude causale et pourrait sans doute être appliqué comme tel, ce qui engendre plusieurs conséquences qui ne manquent pas d'interpeller.

Tout d'abord, on peut se demander comment se concilie le mécanisme de la responsabilité proportionnelle avec le principe de la certitude du lien de causalité *sine qua non*. Le juge qui a des doutes sur l'existence d'un lien de causalité pourrait désormais toujours condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage, fût-ce partiellement, sur la base de l'article 6.23. Plusieurs commentateurs de l'avant-projet 2019 avaient déjà alerté le législateur sur cette incongruité et ses conséquences néfastes en soulignant que chacun pourrait toujours être condamné à réparer un dommage qu'il n'a pas causé²¹⁹. Selon

eux, l'introduction d'un mécanisme général de responsabilité proportionnelle pourrait détruire l'une des conditions essentielles de la responsabilité²²⁰ et le lien de causalité deviendrait un élément facultatif²²¹.

On pourrait aussi s'interroger sur la combinaison de l'article 6.23 avec l'article 6.24 puisque, tel qu'il est formulé, l'article 6.23 est susceptible de viser les hypothèses de causalité alternative pour autant que le fait générateur soit une faute.

Dans la mesure où l'article 6.23 viserait une hypothèse d'incertitude causale sur l'enchaînement des faits, l'application des conditions propres à la perte de chance pourrait être chaotique puisque certaines de ces conditions ont pour conséquence d'exclure tout cas d'incertitude sur l'enchaînement des faits.

Enfin, un tel champ d'application attribué à l'article 6.23 engendrerait, selon nous, plusieurs difficultés du point de vue de sa combinaison avec les règles de preuve et de sa méthode de réparation²²².

28. Conclusion – Même si la responsabilité proportionnelle a le mérite d'offrir davantage de transparence sur la fonction de la perte de chance en tant qu'outil destiné à pallier un problème d'incertitude causale, nous pensons qu'en l'état de la formulation proposée, l'article 6.23 a pour effet d'élargir de façon importante le champ d'application de la perte de chance, tout en créant de nouvelles incertitudes relatives à ses conditions d'application et à sa réparation.

Une telle évolution est-elle souhaitable ?

Sans aller jusqu'à soutenir qu'une telle solution pousserait à la « destruction de la responsabilité civile »²²³, nous pensons qu'elle entraînerait un changement de perspective fondamental et remettrait en question la notion même de causalité dans notre droit. L'introduction de la responsabilité proportionnelle mériterait une réflexion approfondie au regard des articles 6.19 et suivants qui détaillent le principe de base de la causalité *sine qua non*. Si l'objectif du législateur n'est pas de viser tous les cas d'incertitude causale (incertitude sur l'enchaînement des faits et incertitude du scénario contrefactuel), trois voies s'offrent à lui.

219. Voir en ce sens : I. LUTTE et al., *Réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2020, p. 71 ; T. COPPEE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution », *R.G.D.C.*, 2019, n° 7, p. 409 qui souligne « [Le juge] ne refusera, [...], de condamner le défendeur à une réparation que s'il est convaincu de l'impossibilité que la faute ait causé le dommage ».

220. T. COPPEE, « Perte d'une chance de prouver : développements récents et perspectives d'évolution » *R.G.D.C.*, 2019, n° 7, p. 409 ; G.R. GROTIUS-POTHIER, *Rev. dr. intern. comp.*, 2020, n° 2, p. 172.

221. I. LUTTE et al., *Réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2020, p. 71.

222. Pour un approfondissement de ces questions, voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Larcier, 2024, n° 465-466 (à paraître).

223. Le doyen R. Savatier a critiqué l'élargissement de la perte de chance à tous problèmes de causalité. Il souligne que, poussée à l'extrême, l'utilisation de la perte de chance pour pallier un problème d'incertitude causale transformerait le droit de la responsabilité en une réparation toujours partielle pour les victimes. Ainsi : « on transposerait, au cœur même de la justice civile, la réaction du jury pénal, traduisant par une peine diminuée le doute qui subsiste en lui sur l'imputabilité à l'accusé du crime traduit devant les assises. Nous nous refusons à penser que la responsabilité médicale, ni même aucune responsabilité civile fondée sur la faute, puisse s'apprécier sur un tel réflexe. » : R. SAVATIER note sous Cass. fr., 14 décembre 1965, *J.C.P.*, 1966, n° 14753 et J. PENNEAU, note sous Cass. fr., 27 mars 1973, *D.*, 1973, p. 597.

Le législateur peut tout d'abord reformuler le texte de l'article 6.23 afin de viser uniquement les cas qui étaient auparavant traités par la perte de chance, c'est-à-dire les situations d'incertitude causale portant exclusivement sur le scénario contrefactuel, mettant en scène un fait générateur de responsabilité au sens large (et non simplement une faute). Nous nous sommes livrée à cet exercice dans notre thèse²²⁴ mais n'avons pu éviter l'ambivalence des termes utilisés et avons bien dû constater l'inévitable magnétisme qu'exerce le concept de « chance », alors précisément que le but de l'exercice est de se passer de son utilisation.

La deuxième possibilité consiste à conserver le texte de l'article 6.23 avec les faiblesses qu'il comporte. Il faudrait alors espérer que la doctrine et la jurisprudence interpréteront cet article de manière à effectivement

viser les seuls cas actuellement traités par la perte de chance. Cette option a néanmoins ses limites puisque le juge ne peut pas interpréter *contra legem*, ce qui signifie qu'il ne pourrait pas, par exemple, appliquer la perte de chance à une hypothèse où le fait générateur de responsabilité n'est pas une faute.

La dernière option, qui emporte notre conviction, serait d'abandonner la voie proposée par l'article 6.23 de la proposition de loi et de continuer à se référer au mécanisme de la perte de chance tel qu'il s'affine et se précise au fil des ans grâce au travail d'interprétation des auteurs, des cours et des tribunaux.

Notre thèse conclut en ce sens tout en laissant la porte ouverte à titre exceptionnel à des remèdes d'une autre nature que nous pointons pour les autres cas d'incertitude causale.

224. Dans la thèse de doctorat, nous proposons toutefois plusieurs pistes de reformulation. Voir C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité*

civile, Larcier, 2024, n° 484-3 (à paraître).