

Jurisprudence commentée

COUR DE CASSATION, 29 MARS 2024

Responsabilité civile – Dommage – Perte d'une chance – Gynécologue tardant à appeler l'anesthésiste pour une césarienne – Lien causal

La perte d'une chance est un dommage spécifique qui consiste en la perte certaine d'un avantage probable. Cet avantage peut consister soit en l'obtention d'un avantage qui aurait pu être obtenu mais ne l'a pas été, soit en l'évitement d'un désavantage qui aurait pu être évité mais ne l'a pas été.
Ce dommage donne lieu à réparation lorsqu'il existe un lien de causalité entre la faute et la perte de chance.

Cour de cassation, 29 mars 2024

Siég. : M. Storck (prés. sect. f.f. prés.), M. Lemal (prés. sect.),
Mmes Ernotte, Jacquemin et M. Claisse (cons.)
Min. publ. : M. Werquin (av. gén.)
Plaid. : MM^{es} Maes, Foriers et van Eeckhoutte
(D. c. M. et V.)
R.G. n° C.23.0253.F
(V. c. M. et D.)
R.G. n° C.23.0262.F

[...]

I. La procédure devant la Cour

Les pourvois en cassation sont dirigés contre l'arrêt rendu le 8 novembre 2022 par la cour d'appel de Bruxelles.
Le président de section Michel Lemal a fait rapport.
L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

II. Les moyens de cassation

À l'appui du pourvoi inscrit au rôle général sous le numéro C.23.0253.F, le demandeur présente un moyen dans la requête en cassation jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme.
À l'appui du pourvoi inscrit au rôle général sous le numéro C.23.0262.F, le demandeur présente un moyen dans la requête en cassation jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme.

III. La décision de la Cour

Les pourvois sont dirigés contre le même arrêt ; il y a lieu de les joindre.

**Sur le pourvoi inscrit au rôle général sous le numéro C.23.0253.F :
Sur le moyen :**

La perte d'une chance est un dommage spécifique qui consiste en la perte certaine d'un avantage probable.
Cet avantage peut consister soit en l'obtention d'un avantage qui aurait pu être obtenu mais ne l'a pas été, soit en l'évitement d'un désavantage qui aurait pu être évité mais ne l'a pas été.
Ce dommage donne lieu à réparation lorsqu'il existe un lien de causalité entre la faute et la perte de chance.
L'arrêt attaqué constate que, « le 20 octobre 1991, à dix heures quarantecinq minutes, [la défenderesse] a été admise à la clinique [dont le défendeur est le liquidateur], pour l'accouchement de son premier enfant », qu'« elle a été prise en charge par [un médecin], stagiaire en début de deuxième année en gynécologie, qui assurait le service de garde sous la supervision du [demandeur], gynécologue de garde, callable à son domicile », que, « vers minuit ou minuit trente, [ledit stagiaire] a appelé le [demandeur] pour lui demander de venir à l'hôpital », qu'« à une heure six minutes, le [demandeur] a effectué une tentative d'extraction à la ventouse qui a échoué et qu'il a alors été décidé de faire appel à l'anesthésiste pour pratiquer une césarienne », et que la fille de la défenderesse « est née à

deux heures douze minutes avec un diagnostic d'asphyxie néonatale et d'inhalation méconiale, à l'origine de graves séquelles neurologiques ».
Il considère que le demandeur « savait que, si la tentative d'extraction par ventouse échouait, il n'aurait pas d'autre alternative que la césarienne et qu'aucun anesthésiste n'était de garde à l'hôpital », qu'« il savait également que le travail avait été de son propre aveu "clairement" dystocique depuis le début, que la dilatation était restée lente malgré le traitement instauré, qu'il y avait une suspicion que la tête de l'enfant soit bloquée dans le détroit supérieur depuis vingt-trois heures, que les tentatives de poussée effectuées à dilatation complète par [ledit stagiaire] vers vingt-trois heures cinquante minutes avaient échoué et que les tracés étaient depuis lors intermédiaires », que, « compte tenu de ces circonstances, le [demandeur] ne pouvait prendre le risque d'attendre les résultats de la tentative de ventouse avant d'appeler l'anesthésiste et aurait dû veiller à ce qu'il soit présent afin qu'il puisse faire directement une césarienne si l'extraction par ventouse échouait, ce qu'il n'a pas fait », et qu'« il a ainsi adopté un comportement fautif ».
Il considère également qu'« un hôpital doit être organisé de manière à pouvoir répondre aux situations d'urgence qui se manifestent, ce qui implique que les anesthésistes de garde soient sur place afin que les interventions urgentes puissent se faire sans délai », que, « faute d'avoir organisé ce système, la césarienne n'a pu se faire dans les suites immédiates de l'échec de la ventouse » et que « c'est à juste titre que le second collège [d'experts] a retenu un défaut d'organisation dans le chef [de la clinique] ».
Il relève que l'affirmation que les « graves séquelles neurologiques [ayant] compromis [le] développement [de la fille de la défenderesse] de manière irréversible [...] ne seraient pas dues à une inhalation méconiale est en contradiction totale avec le dossier médical » et que c'est bien « dans le délai qui s'était écoulé entre l'échec de la ventouse et la réalisation de la césarienne, [...] à ce moment-là que le fœtus avait avalé du liquide méconial à l'origine de ses souffrances ».
Rencontrant le moyen de la clinique que, « dans la mesure où des dégâts cérébraux peuvent survenir entre 10 et 15 minutes, les chances de réaliser une césarienne avant que les dégâts ne surviennent étaient nulles dès lors que le temps requis pour procéder à la césarienne, une fois la décision prise, est de l'ordre de 30 minutes », l'arrêt attaqué considère « qu'il s'agit d'un délai théorique qui peut être adapté en fonction des circonstances, lesquelles justifiaient que la césarienne puisse se faire rapidement après l'échec de la ventouse, ce qui aurait été possible si un anesthésiste avait été présent » et que, « si tel avait été le cas, il peut être admis que l'enfant, dont l'extraction par césarienne a été aisée, serait né dans la demi-heure qui a suivi l'échec de la ventouse [et qu']en raison des fautes [du demandeur et de la clinique], l'enfant est né à deux heures douze minutes ».

Il ajoute que le syndrome de l'inhalation méconiale « ne [se] serait pas produit tel qu'il s'est produit si la césarienne avait été réalisée plus rapidement » mais qu'« il est exact que le collègue n'a pu dire avec certitude si une césarienne pratiquée plus tôt aurait évité le syndrome ».

Il considère que, « même s'il n'est pas démontré de manière certaine que, sans les fautes [du demandeur et de la clinique, la fille de la défenderesse] n'aurait eu aucune lésion », le second collège d'experts a souligné que « ce qui reste anormal, c'est le délai, c'est une perte de chance » et a « confirmé que ce délai anormalement long était en lien avec les préjudices de [la défenderesse et de sa fille] ».

En déduisant de ces énonciations que la fille de la défenderesse « a, en raison de ces fautes, subi un dommage qui consiste en la perte d'une chance réelle d'éviter les séquelles telles qu'elles se sont produites », l'arrêt, qui considère, sans verser dans la contradiction dénoncée par le moyen, que, sans les fautes du demandeur et de la clinique, le dommage de la fille de la demanderesse consistant en la perte de chance d'éviter les lésions qui sont survenues ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit, justifie légalement sa décision de condamner le demandeur et la clinique à indemniser la défenderesse et sa fille jusqu'à concurrence de la chance perdue qu'il évalue, dans les circonstances de la cause, à 50 p.c. Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le pourvoi inscrit au rôle général sous le numéro C.23.0262.F :

Sur le moyen :

Pour les motifs donnés en réponse au moyen invoqué dans le cadre du pourvoi inscrit au rôle général sous le numéro C.23.0253.F, l'arrêt attaqué, qui ne décharge pour le surplus pas la défenderesse de la charge de prouver l'existence d'un lien causal entre la faute et le dommage, justifie légalement sa décision de condamner l'association sans but lucratif dont le demandeur est le liquidateur à réparer le dommage de la défenderesse et de sa fille.

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs,
La Cour
Joint les pourvois inscrits au rôle général sous les numéros C.23.0253.F et C.23.0262.F ;
Rejette les pourvois ;
Condamne chacun des demandeurs aux dépens de son pourvoi. [...]

Note d'observations

L'UNIFORMISATION DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION EN MATIÈRE DE PERTE DE CHANCE

Céline Joisten¹

RÉFÉRENDAIRE PRÈS LA COUR DE CASSATION
PROFESSEURE INVITÉE À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

INTRODUCTION

1. La fin d'une controverse. Malgré les changements apportés par le livre 6 du Code civil, la perte de chance n'a pas dit son dernier mot. Au contraire, la Cour de cassation, par son arrêt du 29 mars 2024, met un terme à une controverse qui existait de longue date à propos du caractère réparable de la perte de chance d'éviter un désavantage². Désormais, tant la perte de chance d'obtenir un avantage que d'éviter un désavantage constituent un dommage réparable.

Nous analyserons d'abord l'arrêt du 29 mars 2024 (I) avant de le replacer dans le contexte jurisprudentiel et doctrinal dans lequel il s'inscrit (II). En raison de l'adoption récente du livre 6 et de l'insertion dans celui-ci d'un article 6.22 relatif à la responsabilité proportionnelle, il est permis de se demander si la perte de chance n'a pas été interprétée à la lumière de cette nouvelle disposition (III).

I. L'ARRÊT DU 29 MARS 2024

2. Résumé des faits. Madame M., défenderesse en cassation, fut admise à la clinique pour l'accouchement de son premier enfant vers 10h30 du matin pendant une période de garde. Elle fut d'abord prise en charge par un médecin stagiaire, puis, à la demande de ce dernier, par le docteur D. qui supervisait la garde depuis son domicile.

Appelé aux alentours de minuit, le docteur D. effectua à 1h06 une tentative d'extraction par ventouse, qui se révéla très vite malaisée. Il prit alors la décision d'appeler l'anesthésiste de garde afin de pratiquer une césarienne.

La naissance de l'enfant eut lieu à 2h12. Ce dernier baignait alors dans un liquide méconial et fut transféré immédiatement au service de pédiatrie puis de néonatalogie. Atteint d'un syndrome d'aspiration méconiale, l'enfant présenta un retard de développement sévère qui le rendit entièrement dépendant de son entourage.

1. L'auteur s'exprime en son propre nom.

2. Voy. déjà, à propos de cet arrêt : F. AUVRAY et R. JAFFERALI, « Perte d'une chance : la jurisprudence de cassation réconciliée », *J.T.*, 2024, pp. 343-344.

Madame M. cita la clinique et le docteur D. en justice afin d'obtenir la réparation de son dommage et celui de sa fille.

La procédure d'expertise judiciaire dura plus de dix ans.

En première instance, le tribunal dit non fondée la demande de Madame M. et celle-ci interjeta appel de ce jugement.

La cour d'appel, après avoir ordonné un complément d'expertise et désigné un nouveau collège d'expert, accueillit la demande de Madame M. et condamna le docteur D. et l'hôpital à réparer la perte de chance (évaluée à 50 %) d'éviter les séquelles telles qu'elles se sont produites.

Le docteur D. et la clinique introduisirent chacun un pourvoi contre cette décision.

3. Le(s) pourvoi(s) en cassation. Les deux pourvois contiennent chacun un moyen unique et des griefs identiques de sorte que nous nous référons pour la suite à un seul pourvoi.

Les demandeurs en cassation reprochent à l'arrêt attaqué d'admettre la réparation de la perte de chance d'éviter un désavantage alors que le risque, c'est-à-dire les séquelles liées à l'inhalation du liquide méconial, s'est réalisé. Invoquant la violation des règles de responsabilité extracontractuelle (art. 1382 de l'ancien Code civil) et contractuelle (art. 1142, 1146, 1147, 1149, 1150 et 1151 de l'ancien Code civil avant leur abrogation par la loi du 28 avril 2022), les demandeurs se fondent ainsi sur une jurisprudence constante de la chambre francophone de la Cour de cassation qui refuse d'indemniser ce type de perte de chance³. Selon cette jurisprudence, 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* et ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit ; le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage⁴.

Les demandeurs, qui s'inspirent largement des conclusions de l'Avocat général Thierry Werquin précédant ces arrêts, soutiennent que « la perte de chance ne se conçoit pas en cas de dommage réellement subi » et qu'« il ne peut être question de perte d'une chance lorsque le risque s'est réalisé » puisque « le dommage ne consiste alors que dans la réalisation de ce risque et il ne saurait lui être fictivement substitué un autre préjudice factice consistant en la perte d'une chance d'éviter la réalisation de ce risque, c'est-à-dire éviter la survenance d'un dommage qui s'est produit ». Ainsi, selon les demandeurs, « le seul dommage dont la victime peut se prévaloir est celui qu'elle a éprouvé concrètement, sans pouvoir faire état d'un autre dom-

mage consistant en la perte d'une chance d'éviter le dommage concrètement éprouvé ».

Or, en l'espèce, les demandeurs relèvent que « l'arrêt n'exclut pas que, sans la faute [des demandeurs], le dommage subi par Madame [M.] et sa fille eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé ». En statuant de la sorte et en accordant à la défenderesse la réparation d'une perte de chance de 50 %, l'arrêt attaqué aurait violé les dispositions légales précitées.

À titre subsidiaire, le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de ne pas constater l'existence d'un lien de causalité, non pas entre la faute des demandeurs et le préjudice « effectivement subi », mais entre la faute des demandeurs et la perte de chance d'éviter ce préjudice.

4. La décision de la Cour. La Cour de cassation décide de s'écarter de la jurisprudence invoquée par les demandeurs et rejette les pourvois.

Elle commence par rappeler que la perte d'une chance est « un dommage spécifique qui consiste en la perte certaine d'un avantage probable »⁵. La Cour ajoute ensuite que « cet avantage peut consister soit en l'obtention d'un avantage qui aurait pu être obtenu mais ne l'a pas été, soit en l'évitement d'un désavantage qui aurait pu être évité mais ne l'a pas été » et répète, conformément à sa jurisprudence constante, que la perte de chance ne peut être réparée que s'il existe un lien de causalité entre la faute et la perte de chance.

L'arrêt, s'appuyant sur les considérations de l'arrêt attaqué, rappelle le contexte factuel dans lequel s'inscrit cette affaire et les comportements fautifs de chaque demandeur. Pour ce qui concerne le docteur D., elle relève que, selon la cour d'appel, « il ne pouvait prendre le risque d'attendre les résultats de la tentative de ventouse avant d'appeler l'anesthésiste et aurait dû veiller à ce qu'il soit présent afin qu'il puisse faire directement une césarienne si l'extraction par ventouse échouait » de sorte que ce dernier « a ainsi adopté un comportement fautif ». À propos de l'hôpital, l'arrêt relève encore que, selon la cour d'appel, celui-ci aurait dû « être organisé de manière à pouvoir répondre aux situations d'urgence », ce qui implique « que les anesthésistes de garde soient sur place afin que les interventions urgentes puissent se faire sans délai » et que, faute d'avoir organisé un tel système, l'hôpital a commis une faute d'organisation.

La Cour reprend ensuite toutes les énonciations de l'arrêt attaqué qui expliquent comment, au regard de toutes les circonstances de l'espèce, la faute des demandeurs a fait perdre « une chance réelle d'éviter les séquelles telles qu'elles se sont produites » et considère que la cour d'appel a justifié légalement sa décision de condamner les demandeurs à indemniser la défenderesse et sa fille jusqu'à concurrence de la chance perdue.

3. Le demandeur se réfère aux arrêts de la Cour des 1^{er} avril 2004 (*Pas.*, 2004, n° 174, concl. Av. gén. Th. WERQUIN), 15 octobre 2005 (*Pas.*, 2005, n° 507), 6 décembre 2013 (*Pas.*, 2013, n° 661, concl. Av. gén. Th. WERQUIN) et 22 juin 2017 (*J.L.M.B.*, 2018, 1086, concl. Av. gén. Th. WERQUIN).

4. Nous soulignons : Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 547, R.G. n° C.01.0211.F-C.01.0217.F.

5. Dans le même sens : Cass., 28 janvier 2021, *J.T.*, 2021, p. 461 ; Cass., 5 novembre 2021, R.G. n° C.20.0343.F ; Cass., 26 novembre 2021, R.G. n° C.20.0578.F.

La portée de cet arrêt est donc double.

Premièrement, la section francophone de la Cour admet, pour la première fois, l'indemnisation de la perte de chance d'éviter un désavantage. Peu importe que le lien de causalité entre les fautes et le dommage effectivement subi ne soit pas établi⁶, rien n'empêche, selon la Cour, d'indemniser un autre dommage, celui consistant en « la perte d'une chance réelle d'éviter les séquelles telles qu'elles se sont produites », c'est-à-dire, « les graves séquelles neurologiques [ayant] compromis [le] développement [de la fille de la défenderesse] », pour autant que ce dommage réponde aux conditions de la perte de chance⁷. Elle s'inscrit ainsi dans la lignée de la jurisprudence de la section néerlandophone qui, depuis 2008, répète de manière constante que « la perte d'une chance réelle d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage donne lieu à réparation »⁸.

Deuxièmement, cet arrêt confirme l'une des conditions essentielles de la perte de chance, à savoir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et la perte de chance⁹. La Cour reprend les considérations de la cour d'appel qui établissent que, aux yeux de cette dernière, ce lien de causalité existait bel et bien en l'espèce. En effet, c'est bien « dans le délai qui s'était écoulé entre l'échec de la ventouse et la réalisation de la césarienne, [...] à ce moment-là que le fœtus avait avalé du liquide méconial à l'origine de ses souffrances » et que « le syndrome de l'inhalation méconiale "ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit si la césarienne avait été réalisée plus rapidement" ». L'arrêt attaqué, se référant au rapport d'expertise, considérait par ailleurs que « ce délai anormalement long était en lien avec les préjudices de [la défenderesse et de sa fille] ». La Cour conclut dès lors que, par ces énonciations, la cour d'appel a fait une exacte application de cette condition.

II. UNIFORMISATION DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

5. Avantage et désavantage. La perte de chance d'obtenir un avantage est, de longue date, selon la Cour de cassation, considérée comme un dommage réparable à la condition que la chance soit réelle, que sa perte soit définitive et en lien causal avec la faute¹⁰. En revanche,

le caractère réparable de la « perte de chance d'éviter un désavantage » a toujours été plus délicat et a fait l'objet de controverses au sein de la jurisprudence et de la doctrine. Il nous paraît intéressant de replacer cet arrêt, qui met fin à cette controverse, dans son contexte jurisprudentiel et de retracer l'évolution de cette jurisprudence qui tendait déjà vers une certaine uniformisation, malgré quelques doutes¹¹.

6. Point de départ : l'affaire « vitriol » (2004). Cette affaire, bien connue, concerne Madame B. qui a été grièvement blessée par son ex-conjoint et qui intente une action en responsabilité contre la Ville de Liège et l'État pour inaction de ses services de police en prétendant que, si ces derniers avaient agi plus tôt, elle aurait pu éviter le dommage qu'elle a subi. La cour d'appel, statuant déjà comme juridiction de renvoi, déclare fondée la demande et condamne *in solidum* la Ville de Liège et l'État belge à réparer la perte d'une chance pour Madame B. d'éviter l'agression, laquelle est évaluée à 80 % du préjudice subi¹². Saisie d'un pourvoi contre cette décision, la Cour, statuant en chambres réunies¹³, accueille, par un arrêt du 1^{er} avril 2004, le pourvoi en confirmant sa position stricte en matière de causalité :

« Attendu qu'il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage *tel qu'il s'est réalisé* ; que ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit ; que le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage. »¹⁴

En déclarant que le demandeur doit établir l'existence d'un lien de causalité « entre la faute et le dommage *tel qu'il s'est réalisé* », la Cour de cassation refuse d'envisager un dommage distinct du préjudice subi, à savoir la perte de chance d'éviter ce dommage tel qu'il s'est réalisé. La victime ne pouvait pas se prévaloir d'un autre dommage qui consisterait en « la perte de chance d'éviter un tel dommage », un tel artifice viendrait seulement pallier un problème de causalité. La Cour de cassation, sur les conclusions conformes de l'Avocat général Thierry Werquin¹⁵, condamne ainsi la possibilité d'indemniser la perte de chance d'éviter un désavantage.

6. L'arrêt attaqué relève « qu'il est exact que le collège n'a pu dire avec certitude si une césarienne pratiquée plus tôt aurait évité le syndrome » et qu'« il n'est pas démontré de manière certaine que, sans les fautes [du demandeur et de la clinique, la fille de la défenderesse] n'aurait eu aucune lésion » (arrêt, p. 5).
7. À savoir le caractère réel de la chance perdue, l'existence d'un lien causal entre la faute et la perte de chance et le caractère définitif de la perte de chance. Sur ces conditions, voy. *infra* n° 5.
8. Sur cette jurisprudence, voy. *infra*, n° 7.
9. La Cour de cassation a consacré cette exigence dans un arrêt du 19 janvier 1984 (Cass., 19 janvier 1984, R.G.A.R., 1986, n° 11084, note Th. VANSWEEVELT) et a depuis répété ce principe de manière constante dans ses arrêts portant sur l'indemnisation d'une perte de chance (voy. par exemple : Cass., 5 juin 2008, R.G. n° C.07.0199.N, *Pas.*, 2008, p. 1425 ; Cass., 17 décembre 2009, R.G. n° C.08.0145.N ; Cass., 15 mars 2010, R.G. n° C.09.0433.N ; Cass., 21 octobre 2013, *Pas.*, 2013, n° 537, R.G. n° C.13.0124.N ; Cass., 15 mai 2015, R.G. n° C.14.0269.N, *Pas.*, 2015, n° 311 ; Cass., 23 octobre 2015, R.G. n° C.14.0589.F ; Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0286.N, *Pas.*, 2016, n° 274, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 107 ; 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 ; Cass., 13 janvier 2022, R.G. n° C.19.0153.N et C.19.0174.N ; Cass., 3 février 2022, *R.V.*, 2021-2022, n° 39, pp. 1541-1547 (non publié sur Juportal).
10. Sur ces conditions, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, n° 301-391 ; B. DUBUISSON,

V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 119, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 527-532.
11. Sur cette évolution, nous renvoyons également aux développements effectués dans la thèse de doctorat : C. JOISTEN, *ibid.*, n° 247 à 281 ; 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, pp. 194-200 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, Fl. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 2008-2020*, *op. cit.*, pp. 510 à 526 ; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *R.C.J.B.*, 2013, n° 4, pp. 605-624.
12. Bruxelles, 4 janvier 2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 410, p. 22.
13. Dans tous les cas où la Cour doit siéger en chambres réunies, elle siège en nombre impair et doit être composée de onze membres au moins (art. 131, al. 3 à 5, C. jud.) : en l'espèce siégeaient cinq membres de la section néerlandophone et six membres de la section francophone.
14. Nous soulignons : Cass., 1^{er} avril 2004, R.G. n° C.01.0211.F-C.01.0217.F, *Pas.*, 2004, p. 547.
15. Conclusions de l'Avocat général Th. WERQUIN précédant Cass., 1^{er} avril 2004, R.G. n° C.01.0211.F-C.01.0217.F, *Pas.*, 2004, p. 547.

7. Dualité constante (2007-2017). Dans un arrêt du 5 juin 2008, la section néerlandophone de la Cour se départit de la position adoptée par la Cour en chambre réunie en 2004¹⁶. Dans cette affaire, la cour d'appel d'Anvers avait condamné un vétérinaire qui, chargé de soigner le cheval « Prizrak », ne lui avait pas prodigué les soins nécessaires (un sondage de l'estomac) de sorte que le cheval était décédé peu après. La cour d'appel, s'appuyant sur le rapport d'expertise, condamna le vétérinaire à indemniser les propriétaires de la perte de chance d'éviter la mort de leur cheval, évaluée à concurrence de 80 %. Le vétérinaire introduisit un pourvoi à l'encontre de cette décision en s'appuyant sur l'enseignement de l'arrêt du 1^{er} avril 2004.

La Cour rejette le pourvoi en rappelant d'abord qu'il incombe au demandeur d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé. Cette causalité, selon la Cour, doit être certaine et ne peut pas se fonder sur une simple probabilité. Cependant, la Cour franchit un pas supplémentaire en considérant que le dommage « tel qu'il s'est réalisé » consistait en la perte d'une chance, même s'il s'agissait de la perte de chance d'éviter un désavantage :

« La perte d'une chance réelle de guérison ou de survie est prise en considération pour l'indemnisation si la faute est la *conditio sine qua non* de la perte de cette chance.

Le juge peut accorder une réparation pour la *perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice* si la perte de cette chance est imputable à une faute.

Le juge peut dès lors indemniser la perte d'une chance de guérison ou de survie d'un animal s'il constate que le propriétaire d'un animal malade qui, moyennant un traitement diligent, n'avait qu'une chance de guérison ou de survie, a perdu la chance d'une issue favorable par la faute d'un vétérinaire. »¹⁷

Depuis cet arrêt, la section néerlandophone n'a fait que répéter que « [h]et verlies van een reële kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een

nadeel komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non* verband bestaat »¹⁸. Cette position est largement admise par la doctrine du nord du pays qui considère qu'il n'existe aucune raison d'effectuer une distinction entre la perte de chance d'obtenir un avantage et la perte de chance d'éviter un désavantage¹⁹.

De son côté, la section francophone de la Cour de cassation a maintenu la solution inverse, consacrée dans l'arrêt rendu en chambres réunies²⁰. Par deux arrêts du 6 décembre 2013²¹, rendus sur les conclusions conformes de l'Avocat général Thierry Werquin²², la section francophone de la Cour réaffirme son approche restrictive de la perte de chance et rejette l'indemnisation de la perte de chance d'éviter un désavantage, laquelle n'est, selon elle, qu'un moyen de pallier un lien de causalité défectueux. Dans ces deux arrêts, la Cour se place uniquement sous l'angle du lien de causalité qui serait défailant, niant ainsi l'existence d'un dommage spécifique pour perte d'une chance d'éviter un désavantage :

« 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* ; Le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage subi s'il constate *qu'un doute subsiste quant au lien causal entre la faute et le dommage*. »²³

Bien que certains aient accueilli favorablement cette position, la majorité des auteurs s'est montrée critique par rapport à cet enseignement²⁴. Ces derniers voient la perte de chance comme un moyen de pallier un problème d'incertitude causale entre la faute et le dommage effectivement subi, que l'on soit face à une perte de chance d'éviter un désavantage ou à une perte de chance d'obtenir un avantage, de sorte qu'il n'existe pas de motif pertinent pour distinguer ces deux situations. Ces auteurs démontrent que, dans les deux cas, la perte de chance est un préjudice intercalé entre la faute et le préjudice final ou « réellement subi »²⁵. En effet, même lorsque la victime demande la réparation de la perte de chance d'obtenir

16. Cass., 5 juin 2008, R.G. n° C.07.0199.N, *Pas.*, 2008, p. 1425.
17. Nous soulignons : Cass., 5 juin 2008, R.G. n° C.07.0199.N, *Pas.*, 2008, p. 1425.
18. Voy., par exemple, Cass., 15 mars 2010, R.G. n° C.09.0433.N, *Pas.*, 2010, p. 829 (perte d'une chance d'obtenir un permis d'exploitation) ; Cass., 23 septembre 2013, R.G. n° C.12.0559.N, *Pas.*, 2013, n° 472 (perte d'une chance d'obtenir des revenus) ; Cass., 21 octobre 2013, R.G. n° C.13.0124.N, *Pas.*, 2013, n° 537 (perte de chance d'obtenir la réformation d'un jugement en raison de l'absence fautive d'introduction d'un appel dans le délai par le conseil du demandeur) ; Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0286.N, *Pas.*, 2016, n° 274 ; Cass., 13 janvier 2022, R.G. n° C.19.0153.N-C.19.0174.N : « De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout » ; Cass., 3 février 2022, *R.W.*, 2021-2022, n° 39, pp. 1541-1547 (non publié sur Juportal).
19. Voy. notamment : I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, n° 3, p. 95 ; H. BOCKEN et al., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, die Keure, 2014, p. 48 ; S. BAEYENS, « De theorie van het verlies van een kans : een rechtsvergelijkende analyse toegepast op de zuivere vermogensschade », *R.W.*, 2016-2017, pp. 363 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, pp. 310-311 ; S. LIERMAN, « Verlies van een kans bij medische ongevallen », *N.j.W.*, 2005, p. 614 ; S. LIERMAN, « Het Hof van Cassatie, het paard "Prizrak" en het verlies van genezings- en overlevingskansen : een duurzame liaison à trois ? », *R.W.*, 2008-2009, n° 19, p. 798.

20. Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0262.F, *Pas.*, 2005, p. 1913 (non-assistance à personne en danger) ; Cass., 12 mai 2006, R.G. n° C.05.0021F et concl. Av. gén. DE KOSTER, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170 (responsabilité médicale en cas de défaut d'information).
21. En l'espèce il s'agissait de la perte de chance « de ne pas conclure la transaction » (Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.12.0245.F, *Pas.*, 2013, n° 662) et de la perte de chance d'hériter d'un certain montant (Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.10.0204.F, *Pas.*, 2013, n° 661).
22. Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.10.0204.F, *Pas.*, 2013, n° 661, et Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.12.0245.F, *Pas.*, 2013, n° 662.
23. Nous soulignons : Cass., 6 décembre 2013, R.G. n° C.12.0245.F, *Pas.*, 2013, n° 662.
24. R. JAFFERALI, « La causalité », in R. JAFFERALI et FI. GEORGE (dir.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, p. 195 ; 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 ; N. ESTIENNE, « La perte de chance dans la jurisprudence de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 605 ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *op. cit.*, p. 95 ; « In werkelijkheid is het beweerde onderscheid denbeeldig. In alle gevallen verloor de benadeelde een kans » ; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, p. 496 ; A. PÜTZ et E. MONTERO, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire ? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1090 ; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », *R.G.D.C.*, 2005, p. 308.
25. H. BOCKEN et al., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, *op. cit.*, p. 48.

un avantage, celle-ci subit un préjudice définitif et certain, à savoir la non-obtention de cet avantage. Il s'agit aussi d'un « dommage réellement subi et consacré »²⁶. Un autre argument consiste à montrer qu'une perte de chance d'éviter un désavantage peut être reformulée en une perte de chance d'obtenir un avantage, de sorte qu'il n'existe pas de distinction réelle entre les deux situations²⁷.

8. Espoir de rapprochement : l'objet de la demande (2017-2020). Dans un arrêt du 14 décembre 2017, rendu en audience plénière²⁸, la Cour de cassation a adopté une conception factuelle de l'objet de la demande. Elle affirme, pour la première fois, que « l'objet de la demande est le résultat factuel que le demandeur recherche par sa demande » et que « le juge, qui, saisi d'une demande en réparation du dommage né de la non-réalisation d'un avantage ou de la réalisation d'un désavantage, accorde la réparation de la perte d'une chance d'obtenir cet avantage ou d'éviter ce désavantage, ne modifie pas l'objet de la demande », ajoutant que ce même juge « est en droit de le faire dès lors qu'il respecte les droits de la défense ».

La Cour a ensuite confirmé cette position par quatre arrêts du 9 mars 2018²⁹, du 5 septembre 2019³⁰, du 6 septembre 2019³¹ et du 27 avril 2020³².

Bien que la Cour ne se prononce que sur une question de droit judiciaire, un auteur a finement observé que la perte de chance d'obtenir un avantage était, dans chacun de ces arrêts, mise sur un pied d'égalité avec la perte de chance d'éviter un désavantage. L'auteur conclut toutefois avec prudence que la certitude d'un rapprochement entre les deux chambres ne pourra être acquise qu'avec un arrêt rendu par la chambre francophone admettant l'indemnisation de la perte d'une chance d'éviter un dommage réellement subi³³.

9. Le rapprochement (2024). Malgré les doutes suscités par deux arrêts rendus par la chambre francophone les 28 janvier 2021³⁴ et 5 novembre 2021³⁵ qui semblaient à nouveau condamner le recours à la perte de chance lorsque le préjudice « final » s'est effectivement produit, l'arrêt du 29 mars 2024 vient enfin mettre un terme à vingt années de controverses. Aucun doute n'est permis

au regard des termes explicites choisis par la Cour. En effet, la perte de chance consiste en la perte certaine d'un avantage probable et « cet avantage peut consister soit en l'obtention d'un avantage qui aurait pu être obtenu mais ne l'a pas été, soit en l'évitement d'un désavantage qui aurait pu être évité mais ne l'a pas été ».

Ce rapprochement montre que la Cour a été soucieuse des arguments formulés par la doctrine et que, en tant que gardienne de l'uniformité de la jurisprudence, elle cherche à atteindre un certain idéal de sécurité juridique, qui est nécessaire en cette matière.

III. UNE ANTICIPATION DU LIVRE 6 ?

10. Le livre 6 du Code civil. La Cour de cassation tranche le litige qui lui est soumis conformément au droit applicable à ce dernier. Elle n'est toutefois pas sans savoir que la responsabilité extracontractuelle est en voie d'être reformée et que les nouvelles règles du livre 6 s'appliqueront dans un futur proche³⁶. Dès lors, il est permis de se demander si la Cour n'a pas adopté une interprétation anticipative des nouvelles règles de causalité, et tout particulièrement de l'article 6.22 relatif à la responsabilité proportionnelle³⁷.

11. Notion d'interprétation par anticipation. L'interprétation par anticipation est une méthode d'interprétation parmi d'autres³⁸, qui consiste à interpréter une disposition légale ou un principe juridique en s'inspirant d'une législation qui n'est pas encore entrée en vigueur³⁹. Il ne s'agit toutefois pas d'adopter une interprétation qui serait inconciliable avec les termes de la loi ou en rupture totale avec la jurisprudence antérieure, au risque de violer les règles de droit transitoire et de porter atteinte à la sécurité juridique. Le juge peut seulement opter pour cette méthode d'interprétation pour clarifier ou compléter une règle applicable au litige. À l'instar d'autres méthodes, l'interprétation par anticipation se fonde sur le contexte sociétal qui entoure une règle juridique et sur le but poursuivi par le législateur à travers cette norme.

Récemment, les juges ont pu mettre en œuvre cette méthode à l'occasion de la réforme du Code civil qui, bien

26. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. II, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1560.
27. N. ESTIENNE, « La perte de chance dans la jurisprudence de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 619 ; R. JAFFERALI, « La causalité », *op. cit.*, p. 195 ; S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins : Évolutions et applications jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 201.
28. Cass. (aud. plén.), 14 décembre 2017, R.G. n° C.16.0296.N, R.W., 2018-2019, n° 15, p. 587, note F. AUVRAY et K. RONSJUN ; *Consilio*, 2018, n° 1, p. 39 et note J. ROGGE ; R.A.B.G., 2018, p. 350 et note B. MAES et L. VANNECKE. Sur cet arrêt, voy. aussi Th. WERQUIN, « Office du juge et objet de la demande », in P. FORIERS, R. JAFFERALI et E. VAN DEN HAUTE (coord.), *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1724-1730 et J. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, p. 31.
29. Cass., 9 mars 2018, R.G. n° C.17.0517.F, R.G.D.C., 2019, pp. 191-211.
30. Cass., 5 septembre 2019, N.J.W., 2020, n° 415, p. 78, note F. AUVRAY et K. RONSJUN.
31. Cass., 6 septembre 2019, R.G. n° C.18.0531.F.
32. Cass., 27 avril 2020, R.G. n° C.19.0415.N, R.W., 2020-2021, n° 25.
33. S. GOLDMAN et R. JAFFERALI, « La perte d'une chance à la croisée des chemins : Évolutions et applications jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 199, n° 21.
34. Cass., 28 janvier 2021, R.G. n° C.18.0341.F.

35. Cass., 5 novembre 2021, R.G. n° C.20.0343.F.
36. Le livre 6 entrera en vigueur six mois après sa publication au *Moniteur belge* (art. 45 de la proposition de loi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/012).
37. Dans le même sens : F. AUVRAY et R. JAFFERALI, « Perte d'une chance : la jurisprudence de cassation réconciliée », *op. cit.*, p. 344 qui énoncent : « Cette paix judiciaire a d'ailleurs sans doute été inspirée par le livre 6 du nouveau Code civil [...] ».
38. Sur les autres méthodes d'interprétation, voy. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, pp. 155-180 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 1, 1869, pp. 339-360 ; F. DUMON, « La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions », *J.T.*, 1975, pp. 541-549 ; Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
39. C. BORUCKI et I. SAMOY, « Anticipatie op de hervorming van het Burgerlijk Wetboek. Mogelijkheden en grenzen inzake het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, p. 438, n° 10 ; J. DEL CORRAL, M. DE POTTER DE TEN BROECK, S. GUILIAMS, S. JANSEN, C. JOISTEN, A. LENAERTS et E. VAN STICHEL, « L'interprétation par anticipation du nouveau droit des obligations », in *La Cour de cassation en dialogue – Het Hof van Cassatie in dialoog*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 250 ; M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Anvers, Kluwer, 1979, pp. 246-248.

qu'elle consiste principalement à codifier les acquis jurisprudentiels, innove également sur d'autres. La Cour de cassation elle-même semble s'être inspirée de la proposition de loi du livre 5, désormais adoptée et entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, pour trancher des litiges gouvernés par les dispositions de l'ancien Code civil à la lumière des nouvelles dispositions légales⁴⁰. En 2021, Christopher Borucki et Ilse Samoy ont souligné qu'il était déjà possible de faire de même à propos de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile alors qu'il n'était pas encore déposé à la Chambre⁴¹. Dès lors que l'avant-projet, devenu une proposition de loi, a été adopté en deuxième lecture à la Chambre et fait par conséquent l'objet d'un consensus politique, la Cour de cassation a-t-elle eu recours à cette méthode dans l'arrêt du 29 mars 2024 ?

12. La responsabilité proportionnelle (art. 6.22 C. civ.). L'article 6.22 de la proposition de loi portant insertion du livre 6, intitulé « Incertitude quant au caractère causal de la faute – Perte d'une chance », instaure une responsabilité proportionnelle en droit belge :

« 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 s'applique par analogie en cas de responsabilité pour des fautes commises par une personne dont on est responsable en vertu du chapitre 2, section 2. »⁴²

Le législateur fait ainsi le choix d'abandonner le dommage pour perte de chance, qu'il considère être la source de controverses, pour le remplacer par une responsabilité proportionnelle, ce qui « aboutit à un résultat comparable à celui de la jurisprudence sur la perte d'une chance »⁴³. Par ailleurs, le législateur fait toujours référence au mécanisme de la perte de chance dans le titre de l'article 6.22 « afin d'indiquer clairement qu'il s'agit en pratique de la même catégorie de cas que celle qui fait l'objet de la [perte de chance] »⁴⁴. Cette disposition n'aurait donc pas pour but de transformer le droit de la responsabilité civile mais de clarifier le droit existant.

12-1. Uniformisation avantage/désavantage. Les travaux préparatoires de la proposition de loi affirment que « la chance peut porter non seulement sur l'obtention d'un avantage, mais également sur l'évitement d'un dommage », mais relèvent l'existence d'une controverse au sein de la Cour de cassation sur le caractère réparable de la perte de chance d'éviter un désavantage⁴⁵. En adoptant la responsabilité proportionnelle, le législateur entend définitivement mettre fin à cette controverse⁴⁶. L'article 6.22 met sur un pied d'égalité la situation dans laquelle la victime perd un avantage ou subit un désavantage puisqu'il s'agit désormais de réparer le préjudice effectivement subi (la perte d'un avantage ou la survenance d'un désavantage) mais de manière proportionnelle en fonction de la probabilité que la faute (ou le fait générateur de responsabilité) ait causé le dommage.

Il est dès lors permis de penser que la Cour de cassation a, par son arrêt du 29 mars 2024, interprété le dommage pour perte de chance à la lumière, non seulement du contexte doctrinal qui invitait la Cour à se prononcer dans ce sens⁴⁷, mais aussi de l'article 6.22 qui met fin à cette distinction. La solution adoptée par la Cour s'inscrit en tout cas dans la lignée du droit futur.

12-2. Lien causal entre la faute et la perte de chance. Selon le législateur, l'application de l'article 6.22 aboutit à un résultat comparable à celui de la jurisprudence sur la perte d'une chance, mais en lui conférant un fondement différent, celui de la responsabilité proportionnelle. Il est toutefois permis de se demander comment l'une des conditions essentielles de la perte de chance, à savoir le lien de causalité entre la faute et la perte de chance, peut être « transposée » au mécanisme de la responsabilité proportionnelle. Les travaux préparatoires ne l'envisagent d'ailleurs pas.

Par son arrêt du 29 mars 2024, la Cour de cassation réaffirme avec vigueur cette condition consubstantielle au mécanisme de la perte de chance. Dans l'espèce soumise à la Cour, cette condition permettait d'être certain que la faute du médecin consistant à avoir tardivement appelé l'anesthésiste et, partant, pratiqué tardivement la césarienne, avait fait perdre entièrement les chances d'éviter les séquelles encourues par l'enfant : c'est durant le délai qui s'était écoulé entre la faute du médecin et l'accou-

40. Voy. les exemples cités par J. DEL CORRAL, M. DE POTTER DE TEN BROECK, S. GUILIAMS, S. JANSEN, C. JOISTEN, A. LENAERTS et E. VAN STICHEL, *ibid.*, pp. 258-281 ; Cass., 16 janvier 2023, R.G. n° C.22.0217.F, concl. H. MORMONT, à propos de la faute intentionnelle ; Cass., 11 décembre 2020, R.G. n° C.20.0210.N, *N.J.W.*, 2021, p. 540, note C. LEBON, *R.G.D.C.*, 2022, p. 113, *R.D.C.*, 2021, p. 433, note S. SOMERS et S. JANSEN et *T.B.O.*, 2020, p. 518, à propos de la résolution extrajudiciaire par notification ; Cass., 7 mai 2020, R.G. n° C.19.0423.N, *N.J.W.*, 2020, p. 500, note M. MEIRLAEN, *R.W.*, 2020-2021, p. 1500, *R.G.D.C.*, 2021, p. 373, *T.B.O.*, 2020, p. 355 et *T. Not.*, 2022, p. 597, note B. DEPREZ et J. VAN LOMMEL, sur la notion de cause ; et Cass., 23 mai 2019, R.G. n° C.16.0254.F, *J.T.*, 2020, p. 26, note S. STIJNS et P. WÉRY, *R.G.D.C.*, 2019, p. 474, note S. STIJNS et S. JANSEN et *R.D.C.*, 2020, p. 497, note S. VAN LOOCK.

41. C. BORUCKI et I. SAMOY, « Anticipatie op de hervorming van het Burgerlijk Wetboek. Mogelijkheden en grenzen inzake het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht », *op. cit.*, p. 449, à propos de la perte de chance, voy. tout particulièrement p. 456.

42. Pour un commentaire voy. égal. : J.-L. FAGNART, « Aspects nouveaux de la causalité », *For. ass.*, 2024, n° 243, pp. 59-66 ; C. JOISTEN, « La responsabilité proportionnelle "à la belge" », in FI. GEORGE et P. COLSON (dir.), *Le nouveau Livre 6 du Code civil : La réforme du droit de la responsabilité civile extra-*

contractuelle, Limal, Anthemis, 2024, pp. 317-344. À propos de l'avant-projet de réforme, voy. A. CATALDO et A. PÜTZ, « Les méandres du lien de causalité dans le projet belge », in B. DUBUISSON (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 334-363 et H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, pp. 233-267.

43. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 112.

44. *Ibid.*, p. 112.

45. *Ibid.*, p. 109. Sur cette jurisprudence, voy. *supra* n°s 6-7. Notons que les travaux préparatoires de l'avant-projet de réforme consacraient plus de développements à cette controverse (voy. l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, version 2019, publié par B. DUBUISSON, H. BOCKEN, G. JOUQUÉ, G. SCHAMPS, Th. VANSWEEVELT, J. DELVOIE et B. ZAMMITTO, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Bruxelles, La Charte, 2019, pp. 98-103).

46. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, pp. 109-112.

47. Voy. *supra*, n° 7.

chement que l'enfant avait inhalé du liquide méconial⁴⁸. Cette condition permet ainsi d'éviter que la perte de chance ne soit réparable dans l'hypothèse où l'enfant aurait peut-être inhalé du liquide déjà avant toute faute du médecin, c'est-à-dire avant le moment où aurait dû être pratiquée la césarienne si celle-ci avait été effectuée dès l'arrivée du docteur D. à l'hôpital⁴⁹. Dans cette hypothèse, il y a une incertitude fondamentale quant à l'enchaînement réel des faits dans le passé⁵⁰. Or, la perte de chance, en tant que palliatif à certaines situations d'incertitudes causales, doit se limiter aux incertitudes portant exclusivement sur le scénario contrefactuel : on sait exactement ce qu'il s'est passé dans la réalité jusqu'à la faute, mais les aléas thérapeutiques empêchent de reconstruire le scénario contrefactuel avec certitude de sorte que même si la césarienne avait été pratiquée à temps, il n'est pas certain que l'enfant serait sorti indemne de cet accouchement problématique.

La Cour de cassation montre ainsi l'importance de cette condition, qui ne se retrouve pas telle quelle à l'article 6.22, et nous invite déjà à réfléchir sur la manière dont cette condition peut être adaptée au mécanisme de la responsabilité proportionnelle afin que l'article 6.22 ne s'applique

pas à des situations qui n'étaient auparavant pas visées par le mécanisme de perte de chance⁵¹.

CONCLUSION

13. On ne peut que se réjouir de cet arrêt qui uniformise enfin la jurisprudence de la Cour de cassation quant au caractère réparable de la perte de chance et qui apporte ainsi de la sécurité juridique aux justiciables.

Cette uniformisation trouvera son prolongement dans l'article 6.22 du Code civil qui remplace la perte de chance par une responsabilité proportionnelle et qui met fin, lui aussi, à cette distinction entre « la perte d'un avantage » et « la survenance d'un désavantage ». On pourrait dès lors déceler derrière cet arrêt une forme d'interprétation par anticipation de l'article 6.22.

La Cour rappelle aussi l'importance de conditionner la réparation de la perte de chance à l'existence d'un lien de causalité entre la faute et cette perte de chance, condition qui n'est pas reprise par l'article 6.22. Une manière d'anticiper les éventuelles lacunes du livre 6 ?

SAVE THE DATE

La preuve en droit des assurances

Colloque annuel du *Forum de l'assurance*

Sous la présidence de Valéry De Wulf

Orateurs

Claire Leduc, Florence George, Emilie Vanstechelman, Fabrice Mourlon Beernaert et Steve Gilson

Date et lieu

Le jeudi 5 décembre 2024 de 13h30 à 17h30 à la KBR (Royal Library of Belgium, Bruxelles).

Programme

- La régularité de la preuve
- La charge de la preuve et son renversement
- Le degré de la preuve
- Les modes de preuve

Contact

Mme Carole Verdicq
Tél. : 010/42.02.96
Email : formations@anthemis.be

48. Le même raisonnement vaut pour l'hôpital : si ce dernier avait organisé un système de garde où l'anesthésiste était disponible sur place, la césarienne aurait pu être pratiquée plus tôt.
49. Il sera alors question d'un état antérieur incertain. Voy. C. JOISTEN « Qui prouve quoi ? – La charge de la preuve du lien de causalité au regard du nouveau livre 6 », *J.T.*, 2024/18, n° 6982, pp. 299-300.

50. Sur la distinction entre incertitude sur l'enchaînement des faits et incertitude propre au scénario contrefactuel, ainsi que les remèdes apportés à chacune de ces incertitudes, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, op. cit., spéc. n°s 140-145.
51. Dans le même sens : C. JOISTEN, « Causalité, incertitude et perte de chance : de nouvelles perspectives », *R.G.D.C.*, 2023/10, n°s 24-28 ; C. JOISTEN, « La responsabilité proportionnelle "à la belge" », op. cit., pp. 326-329, n° 7.