

NOTE

**Preuve par vraisemblance et lien de causalité :
anatomie d'un couple**

TABLE DES MATIÈRES

I. — LE DEGRÉ DE PREUVE DANS LE CODE CIVIL	n ^{os} 2 à 12
A. — Principe de la preuve certaine	n ^{os} 3 à 7
B. — Allègement du degré de preuve	n ^{os} 8 à 12
II. — L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 14 NOVEMBRE 2022	n ^{os} 13 à 19
A. — Faits et procédure	n ^{os} 14 à 15
B. — Observations critiques	n ^{os} 16 à 19
(i). — <i>L'objet de la preuve du lien de causalité : "un fait" ? positif ou négatif ?</i>	
(ii). — <i>Le lien de causalité est-il un « fait positif dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine » ?</i>	
III. — APPLICATION À LA CHANCE ET AU PROBABLE	n ^{os} 20 à 27
A. — La perte de chance	n ^{os} 21 à 23
B. — La responsabilité proportionnelle	n ^{os} 24 à 27
CONCLUSION	n ^o 28

1. Introduction et plan. Les règles de preuve et de causalité entretiennent des rapports étroits mais aussi délicats qu'il est parfois difficile de bien cerner : avec quels modes de preuve faut-il prouver le lien de causalité ? Qui a la charge de prouver le lien de causalité ? Comment prouver le lien de causalité ? L'aspect le plus délicat de cette relation, qui retiendra notre attention, consiste à se demander avec quelle intensité le lien de causalité doit être prouvé.

Le « nouveau » Code civil ravive cette tension puisqu'il établit désormais des liens entre ces deux corps de règles. D'une part, le livre 8 du Code civil prévoit désormais des règles relatives au degré de preuve. Il permet au juge d'être convaincu avec un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.), voire seulement avec vraisemblance dans certaines hypothèses (art. 8.6 C. civ.). D'autre part, le livre 6 du Code civil, adopté à la chambre en seconde lecture le 1^{er} février 2024 (1), consacre désormais six articles relatifs au lien de causalité (art. 6.18 à 6.23). Deux d'entre eux sont consacrés à la « responsabilité proportionnelle » qui permet à la victime, dans certains cas d'incertitude causale, d'obtenir une indemnisation proportionnelle de son dommage.

(1) Notons que la loi a été publiée le 1^{er} juillet 2024 au *Moniteur belge* et entrera en vigueur, conformément à l'article 45 de cette loi, six mois après cette publication, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 2025. Elle s'appliquera ensuite aux « faits pouvant générer une responsabilité qui se sont produits après l'entrée en vigueur » mais ne s'appliquera pas « aux effets futurs de faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la présente loi » (art. 44).

Par un arrêt du 14 novembre 2022, la Cour de cassation confirme la rencontre entre ces deux corps de règles puisqu'elle admet la preuve par vraisemblance du lien de causalité selon l'article 8.6 du Code civil. Cet arrêt est l'occasion de revenir sur les règles relatives au degré de preuve dans le Code civil et leur application dans différents domaines du droit depuis leur entrée en vigueur (I). Ceci permettra ensuite d'analyser l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2022 et le lien qu'il établit entre ce corps de règles probatoires et la causalité (II). Nous nous pencherons enfin sur la délicate question des liens intimes qu'entretiennent le degré de preuve et le lien de causalité lorsque l'incertitude s'invite dans ce couple (III).

I. — LE DEGRÉ DE PREUVE DANS LE CODE CIVIL

2. Livre 8 du Code civil. Le livre 8 du Code civil, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020, a consacré le principe de la preuve certaine à l'article 8.5 (A) et a prévu deux exceptions à l'article 8.6 (B).

A. — Principe de la preuve certaine

3. Droit antérieur : exigence d'une preuve certaine. Avant l'adoption du livre 8 du Code civil, le degré de preuve n'était pas réglé par la loi. Toutefois, la Cour de cassation exigeait une preuve certaine et exerçait un contrôle sur le caractère certain (2). La preuve résultant d'une simple vraisemblance ou d'un très haut degré de probabilité ne suffisait pas, quel que soit le type de preuve à rapporter (3). Par exemple, en matière de causalité, si le juge du fond constatait qu'il y avait une forte probabilité (même évaluée à 80 % (4) ou 90 % (5)) que, sans la faute, 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 cassation (6).

Bien que cette question soit peu étudiée (7), il semblerait que l'exigence de certitude probatoire trouve son fondement dans le principe de sécurité

(2) Selon la Cour de cassation de France, « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve » (Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; ou encore Cass. fr., 15 octobre 1964, *Bull. civ.* IV, n° 678) ; selon la Cour de cassation de Belgique « il ne suffit pas que le débiteur prouve que le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation est vraisemblable ; qu'il doit en prouver l'existence », Cass., 19 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 416 ; Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759.

(3) Voy., par exemple : Cass., 12 septembre 1984 (preuve d'une signature) Cass., 3 mai 2010, S.09.0024.N (matière de sécurité sociale) ; Cass., 1^{er} avril 2004, C010211F ; C010217F (preuve du lien de causalité).

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

(5) Cass., 23 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 87.

(6) En matière de perte de chance, voy. Cass., 1^{er} avril 2004, *J.T.*, 2005, p. 357, *Pas.*, 2004, p. 527.

(7) Voy. toutefois la brillante thèse de X. Lagarde qui analyse la dimension sociologique des règles relatives à la charge de la preuve et en conclut qu'elles sont simplement « un moyen de faire peser sur les justiciables les faiblesses de l'institution judiciaire » car elles permettent d'imputer l'échec de la prétention des parties sur leur propre défaillance à rapporter une preuve qui leur incombait plutôt que de critiquer la décision du juge. Voy. X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, L.G.D.J., 1994, pp. 271-272.

juridique(8). Les règles de preuve, et plus particulièrement les principes relatifs à la charge de la preuve seraient une émanation de ce besoin de sécurité. L'exigence de certitude permet d'assurer la prévisibilité des décisions de justice puisqu'elle conditionne l'issue du procès : à défaut de preuve certaine, la partie qui a la charge de la preuve, la victime, succombe dans ses prétentions(9). Comme le souligne I. Durant, « [r]élever que, sans la faute du défendeur, le dommage ne se serait peut-être pas produit n'est pas suffisant pour établir le lien causal »(10).

4. Discordance entre degré de preuve requis et conviction du juge.

Malgré cette jurisprudence constante, les auteurs plaidaient pour un assouplissement de ce standard qui ne correspondait pas à la conviction des juges. Dans un souci de transparence, ils encourageaient la Cour à adopter un standard de preuve coïncidant avec « un degré raisonnable de certitude »(11).

Ce même souhait était partagé par les juridictions de fond(12) qui n'hésitaient pas, malgré l'enseignement de la Cour(13), à définir la certitude comme « un degré très élevé de vraisemblance »(14) ou encore comme « une très haute

(8) J.-F. ROMAIN, « Topographie des principes généraux du droit en droit privé, à caractère primaire, secondaire et tertiaire (principes généraux de liberté individuelle, de responsabilité et de bonne foi, d'équité, de sécurité juridique, et autres principes liés) », in *Liber amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 912-913 ; B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2013, p. 23 « *De doelstelling van het gereglementeerd bewijsstelsel in burgerlijke zaken zijn vooral de rechtzekerheid in de juridische verhoudingen en een vlugge conflictbeslechting tegen een zo laag mogelijke prijs* » ; le discours de Van Reepinghen à la chambre va dans le même sens : « *Het is trouwens wegens het belang van het bewijs dat de wetgever het heeft willen beschermen tegen alle willekeurige verdeling en oplevering* », Rapport de Van Reepinghen, *Doc. parl.*, Sén., 1963-1964, n° 60, p. 210 ; P. KINSCH, « Probabilité et certitude dans la preuve en justice » *J.T. Lux.*, 2009, p. 38 ; R. DEMOGUE, *Notions fondamentales de droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 70.

(9) C. DELFORGE *et al.*, « Chronique de jurisprudence (2015 à 2016) — La responsabilité aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) », *R.C.J.B.*, 2019, n° 4, p. 670 et jurisprudence citée ; P. KINSCH, « Probabilité et certitude dans la preuve en justice », *J.T. Lux.*, 2009, n° 15.

(10) I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 27 citant Cass., 19 juin 1998, C.97.0152.F.

(11) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatig daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 94 et s., n° 124 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, F. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 2008-2020*, vol. I, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 473 ainsi que B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 1996-2007*, vol. I, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, pp. 166-167. B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2013, p. 26. Voy. concl. av. gén. Th. WERQUIN précédant Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 547. C.01.0211.F-C.01.0217.F.

(12) Le même constat peut être posé en France. Selon P. Jourdain, « nombreuses 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, L.G.D.J., 2006, n° 368.

(13) I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 28.

(14) Bruxelles, 16 juin 2009, *R.G.A.R.*, 2010/4, p. 14631. Voy. not. : 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, *Consilio*, 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 et jura*, 2020, n° 4, pp. 320-329 ; Civ. Bruxelles, 25 juin 2019, *Consilio*, 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.

vraisemblance non contredite » (15). Dans différents domaines du droit, on admettait déjà qu'une certitude scientifique ou absolue n'était pas requise (16).

Par exemple, en matière de causalité, la cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt du 24 mai 2016, a décidé que « [m]ême si l'absence d'autopsie n'a pas permis de valider scientifiquement à 100 % l'hypothèse suivant laquelle la cause du décès résulte d'une embolie pulmonaire massive, celle-ci est "hautement vraisemblable", ainsi qu'il résulte des rapports d'expertise et du diagnostic évoqué lors du décès au service des urgences [...]. Le lien de causalité est donc établi ». La cour d'appel se contente donc d'un degré de preuve « hautement vraisemblable » qui n'est ni une certitude absolue, ni une certitude scientifique.

Cette jurisprudence dissidente des cours et des tribunaux posait toutefois une limite : la certitude judiciaire ne pouvait pas découler d'une « grande probabilité » ou d'une « simple possibilité » (17). De même, lorsque le tribunal constatait l'existence d'un degré de certitude de 50 %, cela ne constituait pas une probabilité suffisante pour parvenir à une certitude judiciaire (18).

5. Réforme : degré raisonnable de certitude. Ces voix ont été entendues lors de la réforme du droit de la preuve. Alors que le législateur belge n'avait jamais accordé beaucoup d'attention à la question du degré de preuve (19) qui était laissée à l'appréciation de la Cour de cassation, il est, pour la première fois, intervenu à ce sujet dans l'article 8.5 du Code civil. La nouvelle disposition s'écarte quelque peu de la certitude autrefois exigée par la Cour de cassation pour consacrer une notion plus souple de certitude, déjà admise au sein des juridictions de fond.

L'article 8.5, intitulé : « Règle générale — preuve certaine » (20) 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 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 » (21). Si l'on se réfère à la doctrine, ce degré pourrait être évalué à 90 % par rapport à une certitude absolue (22). Cette nouvelle formulation a le mérite de refléter davantage la réalité que l'on observait déjà dans la pratique des cours et des tribunaux.

Les premières applications jurisprudentielles de la réforme montrent que les juges adoptent la nouvelle formulation, sans plus parler de certitude

(15) Liège, 20 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15036. ; voy. encore « 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.

(16) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

(17) Liège, 20 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15036.

(18) Pol. Bruxelles, 2 avril 2015, *E.P.C.*, 2016, liv. 24, III, 4. Bruxelles, p. 7.

(19) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 674, qui observe que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne portaient attention à ce concept. Selon l'auteur, le même constat pouvait se poser aussi en droit français.

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

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

(22) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEN, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 1996-2007*, vol. I, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365 ; M. SCHOUTEDEN, « Verlaging van de bewijsstandaard (art. 8.6 BW): slechts een redmiddel, niet de norm », *R.G.D.C.*, 2024/3, p. 129.

absolue. Le lien de causalité doit désormais être prouvé selon un « degré raisonnable de certitude » (23). En droit du travail, il est répété que le motif grave et ses éléments constitutifs doivent être prouvés selon un degré raisonnable de certitude (24), de même que les heures supplémentaires qu'a prestées le travailleur (25) ou l'existence d'un acte équipollent à rupture (26). Il a aussi été jugé, en droit des assurances, que la preuve du caractère intentionnel du sinistre doit être rapportée selon une « certitude raisonnable » (27). Dans un arrêt du 30 septembre 2022, la Cour de cassation considère que « *de huurder van een sociale woning die aanvoert dat hij een duurzame bijwoning heeft gemeld aan de verhuurder, hiervan het bewijs moet leveren met een redelijke mate van zekerheid, krachtens artikel 8.5 Burgerlijk Wetboek* » (28).

On remarque que le législateur français, quant à lui, n'a pas fait ce pas supplémentaire lors de la réforme du droit de la preuve (29) et s'est limité principalement à réécrire le droit existant, sans transposer les acquis prétoriens (30).

6. Droit anglais : degré de preuve plus souple ? En droit anglais, en matière civile (31), le demandeur doit rapporter la preuve de ses allégations selon la balance des probabilités « *balance of probabilities* ». Ce critère, qui est également nommé le critère du « *more likely than not* » ou le « *preponderance standard* » requiert que la victime prouve avec une probabilité supérieure à 50 % la

(23) Mons (15^e ch.), 16 décembre 2021, R.G. n° 2020/IC/32, *Dr. pén. entr.*, 2023, n° 1, pp. 79-84 ; trib. entr. Liège, 18 octobre 2022, *J.L.M.B.*, 2023, n° 14, pp. 601-610 : « le tribunal estime que la preuve du lien de causalité est rapportée avec un degré raisonnable de certitude » ; Pol. Limbourg, 23 mars 2022, R.G. n° 19A89 (inédit) ; trib. entr. Liège, 25 juin 2021, *J.L.M.B.*, 2021, n° 32, p. 1463 : « Aucune mesure ne permet aujourd'hui de déterminer la cause du sinistre avec un degré suffisant de certitude ». Civ. Hainaut, div. Charleroi (5^e ch.), 25 juin 2021, *R.G.A.R.*, 2022, n° 4, n° 15872-15880 : « [...] il est établi, avec un degré raisonnable de certitude, qu'un médecin normalement prudent et diligent, de la même spécialité que le docteur R. placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, n'aurait pas réalisé l'artériographie [...] » ; Anvers (B1E2e ch.), 7 juin 2021, R.G. n° 2020/AR/832, *T.P.B.*, 2022, n° 2, pp. 87-89 ; Pol. Bruxelles (5^e ch.), 10 décembre 2021, *R.G.A.R.*, 2022/3, nos 15869-15874 ; Civ. Hainaut, div. Charleroi (1^{re} ch.), 24 septembre 2021, I.A., 2021, n° 1, pp. 113-122 ; trib. entr. Anvers, 23 décembre 2021, *T.B.O.*, 2022, p. 35.

(24) C. trav. Bruxelles, 6 octobre 2021, *B.J.S.*, 2021, n° 682, pp. 6-20, qui se fonde explicitement sur l'article 8.5 du Code civil. Voy. égal. les exemples cités par S. GILSON et F. LAMBINET « Questions spéciales relatives à la preuve en droit social », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, pp. 74-77.

(25) C. trav. Bruxelles, 17 janvier 2022, *J.T.T.*, 2022, p. 275.

(26) C. trav. Bruxelles, 7 mai 2021, *J.T.T.*, 2022, p. 87.

(27) Liège (3^e ch.), 2 mars 2022, R.G. n° 2020/RG/1053, *R.G.A.R.*, 2022/9, n° 15912-15921.

(28) Cass., 30 septembre 2022, R.G. n° C.22.0050.N/3 : « le locataire d'un logement social qui prétend avoir déclaré une résidence secondaire permanente au bailleur doit en apporter la preuve avec un degré raisonnable de certitude, conformément à l'article 8.5 du Code civil ».

(29) L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 dit porter « réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

(30) G. LARDEUX, « Commentaire du titre IVbis nouveau du livre III du Code civil intitulé « De la preuve des obligations » ou l'art de ne pas réformer », *Dall.*, 2016, p. 850. L'auteur qualifie cette « réforme » de toilettage purement formel ; E. VERGES, « La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer », *Dall.*, 2014, p. 617 où l'auteur aurait souhaité une codification du degré de preuve.

(31) En matière pénale, le critère est celui du « *beyond a reasonable doubt* » voy. R.W. WRIGHT, « Proving Facts: Belief versus Probability », in H. KOZIOL et H. STEININGER, *Tort and Insurance Law*, vol. 2008, Springer, Vienna, p. 80 ; E. VERGES, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, 2^e éd., Paris, Thémis, 2022, p. 107.

véracité de ce qu'elle allègue⁽³²⁾. Contrairement aux droits belge et français, le juge de *common law* ne s'exprime jamais en termes de « certitude »⁽³³⁾⁽³⁴⁾.

Ainsi, en matière de responsabilité civile, la victime, qui a la charge de la preuve, doit prouver à plus de 50 % que la faute du défendeur a causé son dommage. Si elle y parvient, la victime obtient la réparation de l'entière de son préjudice, et non un pourcentage de celui-ci⁽³⁵⁾. En revanche, si la victime ne parvient pas à démontrer que le lien de causalité est plus probable que sa non-existence, la victime n'obtient rien. C'est donc une solution du « tout » ou « rien » (*all or nothing*).

7. Droit néerlandais : degré de preuve plus souple ? Le droit néerlandais n'exige pas non plus de certitude absolue pour ce qui concerne la preuve du lien de causalité : « *a 100 % certainty is not a requirement* »⁽³⁶⁾. Dans le domaine de la preuve du lien causal, les juristes néerlandais ont opté pour un standard de preuve qui repose sur un degré raisonnable de certitude. Ainsi : « *[o]mdat nooit met zekerheid kan worden vastgesteld, dat zonder de wanprestatie of onrechtmatige daad gederfde winst wel was gemaakt, zal hier steeds een waarschijnlijkheidsberekening nodig zijn* »⁽³⁷⁾. Les auteurs néerlandais parlent de « probabilité suffisante » ou de « *redelijk mate van zekerheid* »⁽³⁸⁾.

(32) Juge Denning dans *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All E.R. 372, 373-374 « *if the evidence is such that the tribunal can say : 'we think it more probable than not, 'the burden [of proof] is discharged, but if the probabilities are equal it is not* ».

(33) E. TRUILHE-MARENGO, « La preuve entre science et droit », in E. TRUILHE-MARENGO (dir.), *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 13.

(34) Selon plusieurs auteurs anglais, devoir prouver la véracité de faits avec certitude (par référence au droit français) a parfois été qualifié de « *naïve, irrational, strange and very odd* » (R.W. WRIGHT, « Proving Facts : Belief versus Probability », in H. KOZIOL et H. STEININGER, *Tort and Insurance Law*, Springer, Vienna, 2008, p. 81). Pourtant, la majorité des auteurs reconnaissent, à juste titre nous semble-t-il, que le modèle anglais n'est fondamentalement pas si différent du modèle civiliste (E. LEMAIRE, *Risques sanitaires sérieux et responsabilité civile*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 275 ; S. STEEL, *Proof of causation in tort law*, Cambridge University Press, 2015, p. 8 ; S. GOLD, « Causation in toxic torts : burden of proof, standards of persuasion, and statistical evidence », *Yale Law Journal*, 1986, n° 96, p. 385). En effet, le degré de preuve n'est que le « paraître » de la décision judiciaire. Derrière celle-ci se trouve toujours le raisonnement du juge qui devra être convaincu ou non de l'existence d'un fait, quel que soit le système juridique dans lequel il statue. Une étude empirique sur la question démontre d'ailleurs que le standard de preuve en droit de la *common law* n'est pas si différent que celui adopté dans le régime de droit civil, voy. M. SCHWEIZER, « The civil standard of proof — what is it actually? », *International Journal of evidence and proof*, 2016/20, pp. 217-234.

(35) K. OLIPHANT, « Basic Questions of Tort law from the perspective of England and the Commonwealth », in H. KOZIOL, *Basic questions of Tort Law from a comparative perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015, p. 402.

(36) R. WIJNE, « Proportional liability and loss of chance in the Netherlands. Differences, chances, problems and an opportunity », in S. HEIRMAN, E.C. HUIJSMANS et R. VAN DEN MUNCKHOF (dir.), *Medische aansprakelijkheid*, 's-Hertogenbosch, Wolf Publisher, 2016, p. 50.

(37) « Étant donné qu'il n'est jamais possible d'établir avec certitude que, sans la violation du contrat ou du délit, le manque à gagner aurait été réalisé, un calcul de probabilité sera toujours nécessaire dans ce cas » (traduction libre de ASSER/SIEBURGH, 6-II 2021/40). Voy. aussi R. BOONEKAMP, *GS Schadevergoeding, commentaar op art. 6:98 BW*, n° 2.8 : « *Daarom kan met betrekking tot het bewijs van de condicio sine qua non nog geen absolute zekerheid geest worden. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de schade niet respectievelijk ook ingetreden zou zijn zonder de desloppende gebeurtenis, is voldoende* ».

(38) « Degré raisonnable de certitude ». R. TAN, « Over het mogelijke en het waarschijnlijk, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht », *AV & S*, 2008/4, p. 2.

qu'ils évaluent à un pourcentage entre 75 % et 80 % (39). Plusieurs auteurs concèdent qu'il est difficile de chiffrer de manière précise ce pourcentage qui dépend généralement des circonstances de l'espèce (40). Le même standard de preuve est aussi appliqué à la preuve du dommage futur qui, sous certains aspects, peut être particulièrement difficile à rapporter (41).

Alors que le Hoge Raad faisait explicitement référence à une preuve « probable » (*waarschijnlijk*) du lien de causalité (42), la Haute juridiction a, depuis la fin des années 80, peu à peu abandonné cette référence et se contente de répéter que le lien de causalité doit être prouvé. Cela ne signifie toutefois pas que le Hoge Raad a abandonné sa jurisprudence antérieure (43).

B. — Allègement du degré de preuve

8. Introduction. L'article 8.6 du Code civil concerne l'assouplissement du degré de preuve par l'admission d'une preuve par vraisemblance (44). Cela signifie que, dans les cas limitativement prévus aux alinéas 1 et 2, 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 (45). Il s'agit dès lors d'une exception au degré raisonnable de certitude. La preuve par vraisemblance n'a toutefois pas pour effet de renverser la charge de la preuve : en vertu de l'article 8.4 du Code civil, la charge de la preuve incombe toujours au demandeur, même si ce fardeau probatoire se trouve allégé (46).

9. Notion de vraisemblance. Pour éclairer le concept de vraisemblance, les travaux préparatoires expliquent que le législateur s'est inspiré du droit suisse qui connaît le concept proche de « vraisemblance prépondérante » (47).

(39) A. VAN, « Bewijs van causaal verband met behulp van epidemiologische gegevens », in A. AKKERMANS, M. FAURE et T. HARTLIEF (dir.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2000, p. 151 ; M. FAURE, *Geen schijn van kans*, Anvers, Maklu, 1993, p. 39 ; I. GIESEN, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Boom Juridische Uitgevers, 2001, p. 59.

(40) R. TAN, « Over het mogelijke en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht », *AV&S*, 2008/4, p. 2 ; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss., Deventer, Tjeen Willink, 1997, p. 89.

(41) « *De vraag kan rijzen of de benadeelde in rechte slechts vergoeding kan vragen van de schade die hij reeds heeft geleden, of ook van de schade die hij in de toekomst waarschijnlijk nog zal lijden* », ASSER/SIEBURGH, 6-II 2021/41 et voy. Art. 6:105 BW.

(42) HR 6 décembre 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2219 (*Fortes/Smits*).

(43) R. BOONEKAMP, *GS Schadevergoeding, commentaar op 6:98 BW*, Kluwer, 2021, n° 2.8.

(44) Voy. l'art. 8.6 C. civ. (art. 8.6 de la loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/00).

(45) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 676.

(46) Anvers, 15 janvier 2024, *Limb. Rechtsl.*, 2024/2, p. 146 : « L'article 8.6 de ce code dispose que, 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. Il ne peut nullement être déduit de cet article que la charge de la preuve incombe au notaire dans le présent litige. Ce sont en premier lieu les clients qui doivent prouver le manque de communication d'informations et d'assistance dans le chef du notaire ». Voy. également : Liège, 25 octobre 2023, n° 2022/RG/1081.

(47) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16 : « La formulation du texte est inspirée de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral suisse ». Voy. en droit suisse : W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 579 et s. et les références citées.

En droit suisse, il y a vraisemblance prépondérante lorsqu'il existe des motifs sérieux qui confirment de manière objective l'exactitude des allégations de fait, sans que l'on doive parler d'une vraisemblance approchant la certitude⁽⁴⁸⁾. Plusieurs décisions du Tribunal fédéral suisse appliquant le principe de la vraisemblance prépondérante sont mentionnées par le législateur à titre d'illustration de la nouvelle disposition (49).

Les travaux préparatoires proposent de s'inspirer de ce standard et avancent un chiffre : « [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 » (50). Ce chiffre étant une indication, il est en tout cas certain que la notion de vraisemblance vise un pourcentage inférieur à 90 % mais supérieur à 50 % (51).

10. Faits positifs et négatifs. Le juge peut se satisfaire d'un degré de conviction moins élevé dans deux situations prévues aux alinéas 1 et 2 de la disposition.

Le premier alinéa de l'article 8.6 consacre une jurisprudence antérieure bien établie en permettant de prouver les *faits négatifs* par vraisemblance (52) (53). Ainsi, tout en insistant sur l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve, le texte légal prévoit que « celui qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif peut se contenter d'établir la vraisemblance de ce fait ».

Le second alinéa poursuit : « 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 ». Ce second alinéa constitue une réelle nouveauté (54) : il

(48) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 621, n° 724.

(49) Tribunal fédéral [TF], 15 mars 2010, 4D 151/2009, n° 4.2 ; TF, 19 décembre 2006, 133 III 81, n° 4.2.2 ; TF, 29 janvier 2004, 130 III 321, n° 3.2. Pour un commentaire de ces arrêts voy. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de stratégie s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, pp. 36-40.

(50) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16. Voy. aussi Civ. Limbourg (div. Hasselt), 14 juillet 2023, *J.J. Pol.*, 2023, liv. 4, p. 155.

(51) M. SCHOUTEDEN, « Verlaging van de bewijsstandaard (art. 8.6 BW): slechts een redmiddel, niet de norm », *R.G.D.C.*, 2024/3, p. 131.

(52) Cass., 27 février 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 712, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42, note J. KIRKPATRICK. « Si le juge peut légalement considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être rapportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif, il ne peut, en revanche, dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve d'un fait positif contraire ». Voy. égal. : Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2022 ; Cass., 26 novembre 2010, *Pas.*, 2020, p. 3022 ; Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2558. Voy. les autres références citées par : M. DE RUYSSCHER, « Bewijs van een negatief feit: wie bewijst wat? », *R.D.J.P.*, 2016, n° 3, p. 102.

(53) Voy. W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 705 pour les différentes applications par les juridictions de fond et les expressions utilisées pour viser cet allègement de la charge de la preuve pour un fait négatif. Voy. pour un exemple éclairant : Mons, 13 octobre 2016, *Bull. ass.*, 2018, n° 404.

(54) Pensons toutefois à la jurisprudence relative à la preuve d'un vol à l'encontre de l'organisme assureur, il s'agissait déjà d'un cas où la jurisprudence allégeait le degré de preuve d'un fait positif, voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code

est désormais possible de prouver des faits positifs par simple vraisemblance à la condition que ces faits positifs ne puissent matériellement pas être prouvés d'une manière certaine, c'est-à-dire que la preuve certaine est tellement difficile qu'on ne peut raisonnablement pas l'exiger d'une partie(55). Tous les faits positifs ne sont donc pas concernés(56). Dans un arrêt du 30 septembre 2022, la Cour de cassation a ainsi refusé de faire application de cette règle au profit du locataire d'un logement social qui devait prouver la notification de cohabitation qu'il avait adressée à son bailleur en vertu de l'article 95, § 1, alinéa 2, du Code flamand du logement (57).

11. Exemples jurisprudentiels : faits négatifs. La preuve par vraisemblance vise d'abord les faits négatifs. Selon les travaux préparatoires, tous les faits négatifs ne sont pas concernés : ceux qui sont « aisés à établir » pourraient toujours être rapportés selon un degré raisonnable de certitude(58). Tel est le cas, par exemple, de la preuve que l'on ne se trouve pas à un endroit donné (fait négatif), puisqu'il suffit de prouver que l'on se situe à un autre endroit (fait positif)(59). W. Vandenbussche explique que les travaux préparatoires ont ainsi voulu viser des hypothèses de faits négatifs « infinis » qui nécessitent, pour être prouvés, un nombre de preuves illimité ; par exemple, la preuve de n'avoir jamais rencontré quelqu'un ou la preuve de n'avoir jamais pris connaissance de certains faits(60).

Les travaux préparatoires illustrent l'article 8.6, alinéa 1, par l'hypothèse de la preuve du manquement au devoir d'information : « Par exemple, un consommateur affirme qu'un professionnel, tenu à une obligation d'information à son égard, ne lui a pas fourni les renseignements nécessaires, alors que le professionnel prétend quant à lui avoir transmis l'information oralement. Pour des faits négatifs de ce genre, il est impossible d'apporter la preuve d'un degré raisonnable de certitude »(61).

Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, la preuve d'un manquement au devoir d'information est souvent considérée par les juridictions de fond comme la preuve d'un fait négatif, susceptible d'entraîner l'application de l'article 8.6,

civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16 et W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 708 et s. ; W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, p. 60.

(55) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16.

(56) V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de stratégie s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, p. 35.

(57) Cass., 30 septembre 2022, C.22.0050.N.

(58) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36, W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, p. 58.

(59) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36.

(60) W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, p. 58.

(61) Rapport de la Commission de la justice n° 54-3349/005, p. 36. Voy. égal. la doctrine qui mentionne cette hypothèse pour l'application de l'article 8.6, alinéa 1 : É. VANSTECHELMAN, « Le Livre 8 — La preuve », in L. NICOLINI (dir.), *Le nouveau Code civil*, Limal, Anthemis, 2023, p. 271.

alinéa 1, du Code civil(62). Ainsi, par exemple, dans un jugement du 25 octobre 2021, le tribunal de première instance de Bruxelles rappelle que la preuve du défaut d'information est bien un fait négatif qui, selon l'article 8.6, alinéa 1, directement applicable au litige, peut être prouvé par vraisemblance. Il mentionne également les articles 8.4 (charge de la preuve) et 8.5 (preuve selon un degré raisonnable de certitude) et en conclut qu'il ne peut être déduit des notes de consultation du docteur X. que la victime s'est vue « exposer les avantages et inconvénients des deux options thérapeutiques » de sorte que « le docteur X n'a [...] pas satisfait à l'obligation d'information qui lui incombait avant l'intervention du 28 mai 2014 »(63).

Ont également été considérés comme des « faits négatifs » entraînant l'application de l'article 8.6, alinéa 1, du Code civil, le non-usage d'une marque(64), la non-exécution d'un mandat d'administrateur(65), le fait de ne pas prendre en compte l'avis d'un collègue(66), le fait de ne pas avoir exercé d'activité professionnelle(67), la simulation d'une crise d'épilepsie(68), la preuve de l'absence de cohabitation dans le chef d'un assuré social(69) l'absence de toute nationalité(70), ou encore la preuve de l'absence de travail et de rémunération en droit de l'assurance chômage(71).

12. Exemples jurisprudentiels : faits positifs impossibles à prouver de manière certaine. Pour illustrer la notion de « fait positif », les premiers commentateurs de la loi reprenaient l'hypothèse du vol qui était déjà considérée

(62) Pour une application de l'article 8.6, alinéa 1, du Code civil, voy. Liège, 13 octobre 2021, *For. ass.*, 2022, n° 222, pp. 53-56 ; Mons, 7 mai 2021, *R.G.A.R.*, n° 15844-15853, Liège, 6 octobre 2021, *R.G.* n° 2019/RG/405 (défaut d'information d'un courtier) ; Liège, 13 octobre 2021, *For. ass.*, 2022, n° 222, p. 53 (défaut d'information du médecin) ; Civ. Liège, 18 janvier 2020, *J.L.M.B.*, 2022/24, p. 1051 ; Civ. Anvers (div. Anvers), n° 22/402/A, 1^{er} avril 2022, *Rev. dr. santé*, 2023-2024, liv. 3, 239, note T. OPGENHAFFEN. Pour une application de la preuve par vraisemblance d'un fait négatif dans la jurisprudence antérieure voy. Liège, 1^{er} juin 2016, *D.A.O.R.*, 2016, p. 85, *R.D.C.*, 2017, n° 4, p. 433 ; Anvers 12 novembre 2012, 2011/AR/548 ; Civ. Charleroi 20 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1435, Civ. Liège 23 décembre 1995, *R.G.A.R.*, 1956, n° 5780 ; Bruxelles, 25 octobre 2021, *R.G.A.R.*, 2022, n° 15910-15919 ; Civ. Bruxelles, 28 février 2022, *For. ass.*, 2023, n° 231, pp. 39-44.

(63) Bruxelles, 25 octobre 2021, *R.G.A.R.*, 2022, n° 15910-15919 ; Civ. Bruxelles, 28 février 2022, *For. ass.*, 2023, n° 231, pp. 39-44.

(64) Prés. trib. entr. Bruxelles, 25 février 2021, *Annuaire Pratique du marché*, 2021, n° 1, p. 641.

(65) Trib. trav. Gand, 6 mai 2021, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2021, n° 4, p. 249.

(66) Anvers, 7 juin 2021, *R.D.J.P.*, 2022/2, p. 87. Sur cet arrêt voy. V. DE WULF, C. JOISTEN et D. MOUGENOT, « La preuve civile, trois ans après la réforme », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, pp. 42-43.

(67) Civ. Liège (div. Liège) (21^e ch.), n° 22/2753/A, 26 octobre 2023, *Jurisprudence fiscale*, 2024/2, p. 79.

(68) C. trav. Bruxelles, 11 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, n° 30, pp. 1344-1345. Comme le relève le commentateur de cet arrêt, il s'agissait d'un fait négatif puisque le demandeur devait prouver que la crise d'épilepsie n'était pas due à un trouble mental. Voy. F. LAMBINET et S. GILSON, « Questions spéciales relatives à la preuve en droit social », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, p. 81.

(69) C. trav. Bruxelles, 14 juin 2023, n° 2021/AB/726.

(70) Mons, 18 juillet 2022, n° 2021/FQ/6 (preuve de l'apatridie).

(71) Sur cette hypothèse, voy. F. LAMBINET et S. GILSON, « Questions spéciales relatives à la preuve en droit social », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, p. 85. C. trav. Liège 28 janvier 2022, *R.G.* n° 2020/AL/458 et C. trav. Bruxelles 11 décembre 2019, *R.G.* n° 2015/AB/132.

auparavant comme une hypothèse dans laquelle un degré de preuve moindre était admis(72). Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, d'autres hypothèses ont été retenues par les cours et les tribunaux.

Ainsi, ont déjà été considérés comme « faits positifs » susceptibles d'être prouvés par vraisemblance, l'enchaînement causal des événements dans le passé(73), l'adoption d'un comportement déterminé(74), la destruction de biens lors d'un incendie(75), la paternité biologique (76), les manquements d'un aide-ménager lors de son service(77) ou d'un entrepreneur dans l'exécution de son contrat (78) ou encore la santé mentale d'un individu (79).

Il ne suffit toutefois pas d'être confronté à des faits positifs pour prétendre bénéficier de l'allègement du degré de preuve prévu par l'article 8.6 du Code civil. Encore faut-il qu'il ne soit « matériellement pas possible ou pas raisonnable de prouver de manière certaine » ces faits positifs. Plusieurs arrêts rendus depuis l'entrée en vigueur de la réforme permettent d'éclairer cette notion (80).

Un premier arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers le 20 avril 2021 concerne une action en recherche de paternité intentée par une mère en sa qualité de représentante légale de ses deux enfants. La mère s'appuie sur plusieurs photos de famille ainsi que sur des déclarations du père recherché — H — qui reconnaît avoir entretenu une relation avec la mère. Dans le cadre de la procédure, un test ADN est ordonné à l'encontre de H. mais ce dernier refuse d'y coopérer(81). Par un arrêt du 20 avril 2021, la cour d'appel d'Anvers rappelle

(72) Voy. Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16 et W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, *op. cit.*, n°s 708 et s. ; W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », *op. cit.*, p. 60. Pour une application récente voy. Civ. Brabant wallon, 6 mai 2022, R.G. n° 21/279/A, inédit, cité par E. VANSTECHELMAN, « Le livre 8 — Le droit de la preuve », *op. cit.*, p. 274.

(73) Liège, 16 septembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, n° 24, p. 1058 et Cass., 14 novembre 2022, R.G. n° C.22.0092.F. Sur cet arrêt, voy. *infra*, n°s 14 et s.

(74) Liège, 20 avril 2021, R.G. n° 2019/RG/1154, inédit. En l'espèce, bien qu'il s'agissait d'un fait positif, la seconde condition n'était pas remplie de sorte que la preuve par vraisemblance n'a pas été admise.

(75) Civ. Brabant wallon, 17 octobre 2022, R.G. n° 13/1777, cité par E. VANSTECHELMAN, « Le livre 8 — Le droit de la preuve », *op. cit.*, p. 274.

(76) Anvers, 20 avril 2021, *R.D.J.P.*, 2021/4, p. 180.

(77) Civ. Bruxelles, 23 mai 2023, R.G. n° 21/6526/A, inédit.

(78) Trib. entr. Anvers, 23 décembre 2021, *T.B.O.*, 2022, p. 34.

(79) Anvers, 12 décembre 2022, *R.W.*, 2022-2023, n° 42, p. 1676.

(80) Voy. égal. Cass., 14 novembre 2022 (voy. *infra*, n°s 14-15), Cass., 30 septembre 2022, C.22.0050.N ; Comm. Anvers 23 décembre 2021, *T.B.O.*, 2022, n° 1, pp. 34-40 ; Liège, 6 octobre 2021 2019/RG/405 ; Anvers, 20 octobre 2021, *Competitio*, 2021, liv. 3, 285 ; *D.A.O.R.*, 2022, liv. 142, 121 ; *Annuaire Pratiques du marché*, 2021, liv. 1, 1190 ; *NjW*, 2022, liv. 463, 462, note E. VAN HEDDEGHEM ainsi que les références citées aux notes précédentes.

(81) H. dénonçait une atteinte à son intégrité physique pour justifier son refus de coopérer. Le tribunal de première instance avait déjà déclaré, à juste titre selon la cour d'appel, que le droit fondamental de l'enfant de connaître ses parents est un objectif légitime pour justifier l'atteinte, par ailleurs limitée, à l'intégrité physique du requérant par le prélèvement d'ADN. Le fait que le requérant ne puisse pas être contraint de se soumettre à un prélèvement d'ADN et qu'il ne doive même pas justifier son refus n'implique pas que, à la lumière de la mise en balance des différents intérêts, le requérant puisse faire valoir son intégrité physique en tant que telle comme motif légitime de son refus.

que les règles du livre 8 du Code civil s'appliquent à la procédure en cours et qu'un tel comportement viole le principe général de collaboration loyale à l'administration de la preuve. Au lieu de sanctionner ce comportement par une présomption de paternité, la cour d'appel choisit de recourir à l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil. Selon la cour, ces faits doivent être qualifiés de « faits positifs pour lesquels, en raison de la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou raisonnable d'exiger une preuve certaine ». En effet, puisque la paternité biologique ne peut être prouvée que par un test ADN et que le père potentiel refuse de coopérer volontairement à ce test, il n'est pas possible ou pas raisonnable de prouver cette paternité de manière certaine. L'interdiction de la contrainte sur la personne, protégée par les droits fondamentaux, fait obstacle à la réalisation forcée d'un tel test. Dès lors, la cour d'appel considère qu'il est vraisemblable que H. est bien le père biologique des deux enfants.

Cet arrêt est intéressant puisqu'il met nettement en exergue l'impossibilité matérielle et scientifique de rapporter la preuve du lien biologique unissant les enfants au père potentiel, en l'absence de toute collaboration de ce dernier. Il montre également que la preuve par vraisemblance est un mécanisme qui peut être envisagé comme sanction au défaut de collaboration à l'administration de la preuve (art. 8.4, al. 4, C. civ.) et, de manière générale, que le renversement de la charge de la preuve ne peut intervenir qu'en dernier recours (art. 8.4, al. 5, C. civ.).

Un deuxième arrêt de la cour d'appel d'Anvers, rendu le 12 décembre 2022, concerne la preuve d'un état de paranoïa important causant une absence de discernement (82). En l'espèce, un courtier a conclu un contrat de courtage avec X. pour la vente de son bien immobilier et réclame le paiement de ses frais de courtage. Le défendeur X. prétend que, souffrant d'une maladie mentale associée à des épisodes paranoïaques, il n'avait pas le discernement requis au moment de la conclusion du contrat. La cour d'appel d'Anvers rappelle que la volonté de s'engager doit être libre et éclairée, ce qui implique nécessairement qu'elle soit exprimée par une personne capable d'évaluer les conséquences de ses actes et d'exprimer une volonté en connaissance de cause. Il s'agit d'une question de fait dont la preuve doit être rapportée selon les règles du livre 8 du Code civil. Dans un premier temps, la cour d'appel considère qu'il est prouvé avec un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.) que X. souffre d'épisodes très fréquents de mégalomanie qui le rendent incapable de consentir valablement à un contrat. Dans un second temps, la cour d'appel se penche sur le contrat de courtage conclu entre X. et le courtier. Elle considère que « le fait qu'au moment où X. a conclu le contrat avec le courtier, il se trouvait dans un état de mégalomanie et de paranoïa qui le rendait incapable de former et d'exprimer sa volonté de manière juridiquement valable » est bien un « fait positif » pour lequel « en raison de la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou raisonnable d'exiger une preuve certaine » (art. 8.6, al. 2, C. civ.). Par conséquent, la cour d'appel considère qu'il suffit que X. prouve qu'il était vraisemblablement dans un état de démence au moment de la conclusion du contrat. Au regard des différents éléments du cas d'espèce (les rapports médicaux et le

(82) Anvers, 12 décembre 2022, *R.W.*, 2022-2023, n° 42, p. 1676, *R.A.B.G.*, 2023, n° 11, pp. 914-918, note I. VAN HOECK. Voy. égal., sur cet arrêt : M. SCHOUTEDEN, « Verlaging van de bewijsstandaard (art. 8.6 BW): slechts een redmiddel, niet de norm », *R.G.D.C.*, 2024/3, pp. 127-136.

fait que l'immeuble n'ait finalement pas été vendu (83)), la cour d'appel considère que X. n'a pas valablement consenti à la convention de sorte que celle-ci doit être annulée.

On peut considérer que, selon la cour d'appel d'Anvers, la preuve par vraisemblance se justifie au regard de la nature de ce fait qui est d'ordre psychologique (84). Puisqu'il est impossible d'investiguer la psychologie de l'individu et que les rapports d'expertise ne permettent pas d'être plus précis sur la période de démente, il est, selon la cour, impossible de rapporter la preuve de l'état de démente à tel moment précis.

Un troisième arrêt de la cour d'appel d'Anvers, rendu le 16 novembre 2021, concerne la preuve des raisons poussant un individu à changer de nom (85). Le demandeur souhaitait changer son nom de famille en raison de graves problèmes relationnels entre lui et son père. Comme le rappelle la cour d'appel, le demandeur doit, conformément à l'article 370/4, § 1, du Code civil, faire état d'un « motif grave » pour solliciter un changement de nom. Le nom dont le changement est demandé doit, d'une manière ou d'une autre, gêner, léser ou blesser le demandeur. Pour déterminer ce qui constitue un motif grave, il faut examiner la situation de fait dans laquelle se trouve le demandeur et, éventuellement, sa relation avec la personne dont il tient le nom qu'il souhaite changer. La cour considère que la preuve du motif grave peut être rapportée selon une simple vraisemblance en vertu de l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil. En l'espèce, la cour relève que :

- le père du demandeur a quitté la famille pour partir à l'étranger au moment où le demandeur avait besoin d'une éducation paternelle ;
- le père du demandeur a des problèmes avec l'orientation sexuelle du demandeur et s'est déjà exprimé par le passé de manière désobligeante à ce sujet ;
- les autres proches du demandeur l'ont soutenu dans sa demande de changement de nom ;
- la personnalité du demandeur a été gravement affectée par l'association avec le nom de famille de son père.

Selon la cour d'appel, il résulte de ces constatations que ces éléments rendent vraisemblable le fait que le changement de nom est nécessaire au bien-être psychique du demandeur et qu'il satisfait à la condition de l'article 370/4, § 1, du Code civil pour changer de nom.

Au regard de la jurisprudence précitée, le caractère impossible ou déraisonnable du fait positif à prouver apparaît dès lors être une notion qui, malgré le travail synthétique de la doctrine, laisse une marge importante d'appréciation au juge. Si le risque de porter atteinte à la sécurité juridique existe,

(83) Selon la cour d'appel, le fait que l'appartement n'ait pas été vendu rend probable que le défendeur n'ait jamais voulu vendre le bien, et donc pas non plus au moment de la conclusion du contrat.

(84) De manière plus générale, certains auteurs considèrent que l'intention frauduleuse d'un individu est un fait positif qui pourrait être visé par l'article 8.6, alinéa 2. Voy. N. VAN DAMME, « La fraude à l'assurance et l'application (subsidaire) du principe *fraus omnia corrumpit* », *R.G.A.R.*, 2024/2-3, n° 15. Voy. également *infra*, n° 19-2 à propos de la preuve du stress.

(85) Anvers, 16 novembre 2021, *R.W.*, 2021-2022, pp. 959-961.

cette disposition permet en tout cas un développement considérable du droit, notamment au regard des enjeux et des évolutions de la société actuelle (86).

II. — L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 14 NOVEMBRE 2022

13. Introduction. La Cour de cassation a admis la preuve par vraisemblance du lien de causalité dans un arrêt rendu le 14 novembre 2022. Après avoir rappelé les faits et l'apport de cet arrêt (A), nous nous pencherons sur la question de savoir si le lien de causalité constitue la terre d'élection de l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil (B).

A. — *Faits et procédure*

14. Faits et antécédents. Au début des années nonante, un accident de la circulation se produit et la passagère d'un des véhicules impliqués, alors enceinte de cinq mois et demi, est hospitalisée d'urgence. Elle donne naissance quelques semaines plus tard à un enfant gravement handicapé. La mère, son fils et le père de son fils, défendeurs en cassation, intentent une action en responsabilité contre le conducteur fautif et son assureur, demandeurs en cassation, afin d'obtenir la réparation du préjudice lié à ce handicap. La procédure judiciaire, extrêmement longue, donne lieu à de multiples expertises.

Par un jugement du 20 octobre 2015, le premier juge a débouté les parents et leur fils car ils ne rapportaient pas à suffisance la preuve d'un lien causal entre l'accident et la naissance prématurée de l'enfant ainsi que le handicap lié à cette naissance prématurée. Le rapport d'expertise faisait état d'autres causes probables pouvant expliquer ce handicap tels que le tabagisme important de la mère ainsi que le risque d'accouchement prématuré propre à chaque grossesse.

La cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 16 septembre 2021, réforme ce jugement et considère que le lien de causalité est établi entre l'accident et le dommage (naissance prématurée et handicap). Elle s'appuie sur les nouvelles dispositions légales en matière de preuve, entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2020, qu'elle déclare applicables au litige (87). Elle énonce d'abord que le lien de causalité doit être prouvé avec un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.) et considère que le tempérament de la preuve par vraisemblance (art. 8.6 C. civ.) doit, en l'espèce, être appliqué. Elle relève que le collège d'experts est divisé sur la question de savoir s'il existe ou non un lien de causalité entre l'accident et la naissance prématurée (88) : alors que l'expert obstétricien considère qu'il est « hautement probable » que l'accident soit la cause de la naissance prématurée,

(86) Dans le même sens : M. SCHOUTEDEN, « Verlaging van de bewijsstandaard (art. 8.6 BW): slechts een redmiddel, niet de norm », *R.G.D.C.*, 2024/3, p. 134.

(87) Ce point n'était pas contesté par les parties et nous semble correct. L'allègement du degré de preuve est une règle de procédure qui, conformément à l'article 3 du Code judiciaire, est d'application d'immédiate. Voy. dans le même sens : V. DE WULF, C. JOISTEN et D. MOUGENOT, « La preuve civile, trois ans après la réforme », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, p. 70 ; F. GEORGE, « La réforme du droit de la preuve : droit transitoire », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, pp. 280-282 ainsi que l'arrêt rendu par la Cour de cassation relatif au renversement de la charge de la preuve : Cass., 13 novembre 2023, S.23.0011.F.

(88) Les experts aboutissent à une double conclusion : soit le lien de causalité est établi, soit il ne l'est pas.

l'expert neuropédiatre et l'expert traumatologue ne partagent pas cet avis. Ils considèrent qu'une telle naissance est multifactorielle : le tabagisme répété de la mère et une série de causes naturelles pourraient aussi l'expliquer⁽⁸⁹⁾. Dans ces circonstances, la cour d'appel considère qu'il y a lieu d'appliquer la preuve par vraisemblance autorisée par l'article 8.6 du Code civil : « 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 parents et leurs fils] 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 ». Selon la cour, le lien de causalité entre l'accident et la naissance prématurée est donc établi à suffisance de droit.

Les demandeurs en cassation reprochent à l'arrêt attaqué de se satisfaire du degré de preuve allégé prévu par l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil, en se fondant sur « la difficulté qu'il y a à identifier précisément le ou les éléments qui sont à l'origine de l'accouchement prématuré » alors que la disposition légale prévoit qu'un tel allègement ne peut être envisagé que s'il est impossible ou déraisonnable d'exiger une preuve certaine du lien causal, *par sa nature même*. Le pourvoi insiste particulièrement sur le fait que le lien de causalité n'est pas, *par sa nature même*, un fait positif dont il serait impossible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine. À titre subsidiaire, il considère que la cour d'appel ne constate pas, qu'en l'espèce, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine du lien causal par sa nature même.

15. Cass., 14 novembre 2022. Par un arrêt du 14 novembre 2022, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général H. Mormont⁽⁹⁰⁾, la Haute juridiction rejette le pourvoi au motif qu'il suit de l'ensemble des développements de la cour d'appel qu'elle reproduit, que, selon cette dernière, 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, de sorte que l'arrêt qui tient pour établie l'existence du lien de causalité entre l'accident, l'accouchement prématuré et le handicap du premier défendeur, justifie légalement sa décision de condamner les demandeurs à indemniser le préjudice subi.

Par cet arrêt, la Cour de cassation répond aux deux griefs formulés par le pourvoi : d'une part, le lien de causalité peut constituer un fait dont, par sa nature même, il est impossible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine, d'autre part, la cour d'appel a correctement justifié l'application de la preuve par vraisemblance dans les circonstances du cas d'espèce.

B. — *Observations critiques*

16. Introduction. L'enseignement de cet arrêt invite à se demander dans quelle mesure le lien de causalité remplit les conditions propres à l'article 8.6 du Code civil. Nous nous interrogerons d'abord sur l'objet de la preuve du lien

⁽⁸⁹⁾ 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 producteurs 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* ».

⁽⁹⁰⁾ Concl. av. gén. H. MORMONT sous Cass., 14 novembre 2022.

de causalité (i) avant d'envisager les cas dans lesquels il est impossible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine (ii).

- (i). — *L'objet de la preuve du lien de causalité :
"un fait" ? positif ou négatif ?*

17. L'objet de la preuve du lien de causalité dans l'arrêt du 14 novembre 2022. Par son arrêt attaqué du 16 septembre 2021, la cour d'appel de Liège avait conclu qu'elle pouvait « entériner l'avis de l'expert (...) selon lequel "la relation entre l'accident survenu le 15 juin 1991 et la naissance prématurée [du premier défendeur] est hautement probable", les alternatives, bien que non complètement impossibles, n'apparaissant pas vraisemblables » et que « les [trois premiers défendeurs] rapportent à suffisance à tout le moins la preuve par vraisemblance, telle que requise par l'article 8.6 du Code civil, du lien causal querellé entre, d'une part, l'accident (...) et, d'autre part, l'accouchement prématuré et le handicap [du premier défendeur] ».

Le pourvoi en cassation avait interprété cette décision comme faisant une application de l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil et faisait grief à cet arrêt d'avoir considéré que le lien de causalité était un « fait *positif* qui, par sa nature même, ne peut matériellement pas être prouvé d'une manière certaine » (91).

Dans son arrêt du 14 novembre 2022, la Cour de cassation affirme qu'en l'espèce le lien de causalité a été rapporté au moyen de « faits » sans distinguer s'il s'agit de faits positifs ou négatifs (92). Elle ne qualifie donc pas plus précisément l'objet de la preuve du lien de causalité (fait positif ou négatif). Sa prudence nous semble justifiée : cette question est délicate et nécessite de revenir aux fondements des règles de la causalité.

18. La double nature de la preuve du lien de causalité. La Cour de cassation a adopté la théorie de l'équivalence des conditions comme critère de causalité (93). Cette règle est désormais consacrée par l'article 6.18, § 1, du Code civil qui énonce : « Un fait générateur de responsabilité est la cause d'un dommage s'il est une condition nécessaire de ce dernier. Un fait est une condition nécessaire du dommage si, sans ce fait, le dommage ne se serait pas

(91) Nous soulignons.

(92) Elle énonce : « Par ces énonciations, dont il suit que l'arrêt attaqué considère que le fait que, sans le stress provoqué par l'accident, le premier défendeur ne serait pas né prématurément et handicapé est un fait dont, par sa nature même, il n'est pas possible d'exiger une preuve certaine, et que les trois premiers défendeurs établissent la vraisemblance de ce fait, l'arrêt, qui tient pour établie l'existence du lien de causalité entre l'accident, l'accouchement prématuré et le handicap du premier défendeur, justifie légalement sa décision de condamner les demandeurs à indemniser le préjudice subi par chacun des trois premiers défendeurs ».

(93) 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. Voy. plus récemment dans les arrêts concernant la perte de chance : Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 527 ; Cass., 12 octobre 2005, R.G. 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.

produit tel qu'il s'est produit dans les circonstances concrètes présentes lors de l'événement dommageable » (94).

Dans l'application de la théorie de l'équivalence des conditions, la Cour utilise le test de la condition *sine qua non* (95). En vertu de ce test, il faut déterminer si, sans la faute, le dommage se serait réalisé tel qu'il s'est produit *in concreto* (96). Si la réponse est affirmative, le lien de causalité n'existe pas et la victime ne peut obtenir l'indemnisation de son dommage (97). Si la réponse est négative, le lien de causalité est établi et la victime peut obtenir l'indemnisation de son dommage (98). Pour vérifier s'il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage, le juge est tenu de reconstruire le cours normal des événements en l'absence de la faute, sans modifier les autres circonstances concrètes, et déterminer si le dommage se serait ou non produit. On parle à cet égard de reconstitution du scénario contrefactuel (99).

Sur le plan de la preuve, l'objet de la preuve du lien de causalité est, selon nous (100), double. D'une part, il faut démontrer les faits matériels permettant de reconstruire l'enchaînement causal des événements (*effectieve feitelijke oorzaak*), d'autre part, il faut reconstruire le scénario contrefactuel et démontrer qu'en l'absence de la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit (*hypothetische oorzaak*). Alors que le premier élément repose sur des faits matériels, positifs ou négatifs, le second consiste à émettre des hypothèses sur ce qu'il se serait passé (101). Ainsi, dans cette deuxième étape du

(94) Sur cette nouvelle disposition, voy. V. DE WULF, « Le lien de causalité », in *Le nouveau livre 6 du Code civil*, Anthemis, 2024, pp. 259-315 et C. JOISTEN, « La causalité : *Quid novis sub sole ?* », in B. DUBUISSON, *Le nouveau livre 6 du Code civil portant réforme de la responsabilité civile extracontractuelle*, CUP, vol. 229, 2024 (à paraître).

(95) Sur la reconstruction du scénario contrefactuel et ses étapes, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 48-63 ainsi que B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, F. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 2008-2020*, vol. I, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 409-412.

(96) Cass., 1^{er} octobre 2019, *Pas.*, 2019, n° 488 et Cass., 7 mai 2020, n° C.19.0273.N. R. Jafferalli 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), voy. R. JAFFERALI, « La causalité », in R. JAFFERALI et F. GEORGE (dir.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, p. 138.

(97) Cass., 28 juin 2018, *Pas.*, 2018, n° 423.

(98) Sous réserve, évidemment, de l'existence d'un fait générateur de responsabilité et d'un dommage. J.-L. Fagnart, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, p. 51.

(99) Sur la reconstruction du scénario contrefactuel, voy. la jurisprudence récente de la Cour de cassation : Cass., 24 juin 2024, C.23.0183.F ; Cass., 23 février 2023, C.22.0112.F ; Cass., 21 avril 2023, C.22.0224.N ; Cass., 23 février 2023, C.22.0112.F ; 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.*, 2022-2023, n° 17, p. 662, C.21.0413.N ; Cass., 28 juin 2022, P.21.1506.N ; Cass., 5 mai 2022, *R.W.*, 2022-2023, 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., 10 septembre 2021, C.20.0550.F/1 ; Cass., 4 septembre 2020, C.20.0074.N.

(100) Dans le même sens : W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 158 et n° 159.

(101) W. Vandenbussche, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 159 ; I. Boone, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal 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 ». Voy. dans le

raisonnement, 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* » (102).

Ces deux composantes participent ensemble à la preuve de l'existence d'un lien de causalité. Ainsi, par exemple, pour démontrer le lien de causalité entre la faute du conducteur et l'incapacité permanente de la victime de l'accident, il faut d'abord démontrer comment se sont déroulés les faits lors de l'accident, ensuite, démontrer qu'en l'absence de la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit. La preuve du lien de causalité a ainsi un double objet. Il arrive que la première étape du raisonnement probatoire soit couronnée de succès mais que l'incertitude plane sur la seconde. Par exemple, dans l'hypothèse où un transporteur de chevaux n'a pas amené à temps un cheval à la compétition équestre et empêche le propriétaire du cheval d'obtenir le premier prix de ladite course, il est établi que le transporteur est arrivé en retard et que le cheval n'a pas pu prendre le départ de la course, en revanche on ne sait pas ce qu'il se serait passé si le transporteur avait livré le cheval à temps (on ne sait pas s'il aurait ou non gagné la course).

En l'espèce, dans le cas soumis à la Cour, la difficulté probatoire ne tenait pas exclusivement à la reconstruction du scénario contrefactuel (2^e étape) et n'était qu'une conséquence d'un problème probatoire plus conséquent qui était celui de l'enchaînement des faits entre le moment de l'accident et la naissance prématurée de l'enfant (1^e étape) (103). Selon les différents rapports d'expertise, il était en effet impossible de déterminer avec certitude la quantité de noradrénaline générée par le phénomène de stress lors de l'accident et donc d'apprécier son caractère déterminant ou non dans la stimulation du muscle utérin. À cela, s'ajoutaient d'autres éléments (le tabagisme de la mère et ses propres prédispositions) qui brouillaient la reconstruction correcte des faits tels qu'ils se sont produits à cette même période. Ainsi, le problème probatoire majeur portait bien sur des « faits » qu'il était impossible de démontrer et qui rendaient, par voie de conséquence, la reconstruction du scénario contrefactuel impossible (ce qu'il se serait passé en l'absence de l'accident).

19. Questions complémentaires. Cette double nature du lien de causalité appelle deux observations.

19-1. L'enchaînement des faits dans le passé (premier élément du lien de causalité), est-il un ensemble de « faits positifs » ou de « faits négatifs » ?

Il ne fait aucun doute que l'enchaînement des faits dans le passé (premier élément du lien de causalité) est un ensemble de « faits » susceptibles d'être

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.

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

(103) Voy. C. JOISTEN, « Cass., 14 novembre 2022 : quelle limite à la preuve par vraisemblance ? », *R.G.A.R.*, 2023/3, n° 15943.

visés par l'article 8.6 du Code civil. Ceci résultait déjà des travaux préparatoires de la loi qui se référaient à plusieurs arrêts rendus par le Tribunal Fédéral Suisse en matière de causalité (104) et est désormais confirmé grâce à l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2022.

Il reste désormais à se demander si les faits, tels qu'ils se sont enchaînés dans le passé, sont des faits positifs ou négatifs. La qualification de faits « positifs » ou « négatifs » a toute son importance puisqu'elle conditionne la mise en œuvre de la preuve par vraisemblance selon l'article 8.6 du Code civil : s'il s'agit de faits négatifs, le juge pourra être convaincu selon une simple vraisemblance sans remplir aucune autre condition alors que, s'il s'agit de faits positifs, il devra s'assurer que ces faits positifs sont « impossibles ou pas raisonnables à prouver de manière certaine ».

L'enchaînement des faits tels qu'ils se sont produits dans le passé est, selon nous, un ensemble de faits qui peuvent tantôt être qualifiés de « négatifs » au sens de l'article 8.6, alinéa 1, du Code civil, tantôt de « positifs » au sens de l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil.

Dans l'arrêt commenté, les faits litigieux étaient des faits scientifiques, à savoir l'ensemble des réactions du corps humain face à un événement (l'accident de voiture). Il s'agissait donc de faits « positifs ». De même, dans l'arrêt du 15 mars 2010 rendu par le Tribunal Fédéral Suisse, cité dans les travaux préparatoires de l'article 8.6 du Code civil (105), les faits composant l'enchaînement causal des événements dans le passé étaient aussi des faits scientifiques « positifs », à savoir la réaction du corps humain suite à la gastroscopie et la transmission potentielle du virus de l'hépatite B lors de l'intervention (106). Rien n'empêche toutefois d'envisager que ces faits, propres à l'établissement du lien de causalité, soient des faits négatifs ou encore un ensemble de faits positifs et négatifs.

Notons enfin que l'enchaînement des faits (positifs ou négatifs, donc) permettant d'établir le lien de causalité peut être prouvé selon la technique bien connue de la preuve par « exclusion » (107). Cette méthode probatoire (108) consiste à déduire l'existence d'un lien de causalité de ce qu'il est impossible d'imputer la survenance du dommage à un autre événement que le fait

(104) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16. Sur ces arrêts voy. 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*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, pp. 36-40.

(105) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 16 citant TF, 15 mars 2010, 4D 151/2009, n° 4.2.

(106) Sur cet arrêt voy. 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*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, pp. 36 à 38.

(107) Sur le raisonnement par exclusion, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 127-2.

(108) Nous rejoignons S. Bourg lorsque l'auteur estime que le raisonnement par exclusion constitue davantage un « appui probatoire » qu'une théorie de la causalité : S. BOURG, « Réflexions sur l'article 5.162 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *R.G.D.C.*, 2022, n° 6, p. 335. Ceci démontre bien la proximité entre le fond du droit et la preuve.

générateur allégué(109)(110). En d'autres termes, elle consiste à prouver que d'autres faits n'existent pas (faits négatifs) ou existent mais n'ont pas eu d'incidence sur le fait générateur de responsabilité (faits négatifs), afin de prouver l'enchaînement des faits (positifs ou négatifs) dans le passé. Un tel raisonnement est régulièrement mis en œuvre par la Cour de cassation(111). Dans un arrêt du 8 avril 1965, cette dernière a approuvé le raisonnement de la cour d'appel qui déduisait l'existence d'un lien causal entre l'incendie et la faute d'un employé qui, durant sa pause déjeuner, avait fumé une cigarette et l'avait jetée à terre, du fait qu'aucune autre cause possible ne pouvait expliquer un tel incendie(112). Il s'agissait bien de prouver un fait positif (le fait d'avoir jeté la cigarette à terre) par un ensemble de faits négatifs (exclusion des autres causes). La cour d'appel de Liège a aussi suivi ce raisonnement dans un arrêt du 30 avril 2018 à propos de fissures constatées à un immeuble(113). Selon le rapport d'expertise, les dégradations ne pouvaient s'expliquer que par le phénomène d'aspiration d'eau par les racines du hêtre situé sur la propriété du voisin, tout autre cause possible du dommage ayant été exclue(114). Le phénomène d'aspiration d'eau par les racines (fait positif) a été prouvé par d'autres faits négatifs (l'exclusion des autres causes possibles du dommage).

(109) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 805 ; 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*, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 279.

(110) Ce raisonnement est aussi utilisé pour prouver l'existence d'un vice sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, de l'ancien Code civil. Voy. J. TANGHE, *Het gebrek in het leerstuk van de zaakaansprakelijkheid*, Mortsel, Intersentia, 2022, pp. 100-104 ; J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des choses », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre III, Livre 30, Kluwer, Waterloo, 2017, p. 44 et réf. citées ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK, F. GEORGE et N. SCHMITZ, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 2008-2020*, vol. I, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2023, n^{os} 282-283. Voy. égal. : Liège, 7 octobre 2021, *R.G.A.R.*, 2021, n^{os} 15824-15827 ; Liège, 18 novembre 2021, *R.G.* n^o 2019/RG/979 ; Liège, 21 novembre 2019, *J.L.M.B.*, 2023, n^o 4, pp. 159-162 ; Civ. Bruxelles, 27 septembre 2022, *For. Ass.*, 2022, n^o 227, pp. 158-161.

(111) Jurisprudence constante : Cass., 9 février 1989, *Pas.*, 1989, 611 ; Cass., 28 février 1992, *Pas.*, 1992, 586 ; Cass., 24 février 2006, *Pas.*, 2006, 442 ; *R.G.A.R.*, 2007, n^o 14299 (« [...] le juge ne peut déduire l'existence d'un vice de la chose du comportement de celle-ci que s'il exclut toute autre cause que le vice ») ; Cass., 9 décembre 2015, P.15.0578.F, *Arr. Cass.*, 2015, liv. 12, p. 2880 ; Cass., 7 octobre 2016, C.15.0314.N et C.16.060.N, conclusions A. VAN INGELGEM.

(112) « Considérant que le défendeur pourrait apporter cette preuve, entre autres, par présomption et que cette présomption pourrait résulter de l'élimination des autres causes possibles ». Cass., 8 avril 1965, *R.W.*, 1965-1966, p. 1349, la cour d'appel s'était également appuyée sur le critère de la proximité temporelle compte tenu de la concomitance de la faute et de la survenance de l'incendie.

(113) Liège, 30 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, n^o 35, pp. 1687-1693. Voy. égal. Liège, 18 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, n^o 5, pp. 212-215 ; Mons, 18 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, n^o 11, p. 429 ; Liège, 9 octobre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n^o 15153 ; Anvers, 24 janvier 2018, *R.G.D.C.*, 2022, n^o 2, pp. 114-115. Pour d'autres exemples à ce sujet voy. J.-L. FAGNART, *La causalité*, Kluwer, Waterloo, 2009, pp. 109-110. Voy. aussi Bruxelles, 1^{er} mars 2000, *R.G.A.R.*, 2001, n^o 13338 ; Bruxelles 7 mai 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n^o 13846 ; Civ. Bruxelles, 25 juin 2019, *Consilio*, 2022, pp. 34-48.

(114) Liège, 30 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, n^o 35, pp. 1687-1693. Voy. égal. Liège, 18 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, n^o 5, pp. 212-215 ; Mons 18 avril 2006, *J.L.M.B.* 2007, n^o 11, p. 429 ; Liège, 9 octobre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n^o 15153 ; Anvers, 24 janvier 2018, *R.G.D.C.*, 2022, n^o 2, pp. 114-115.

La technique de la preuve par exclusion pourrait ainsi permettre, dans certaines hypothèses, de prouver par simple vraisemblance sur la base de l'article 8.6, alinéa 1 (faits négatifs), dès lors que les conditions de l'article 8.6, alinéa 2, ne sont pas remplies pour prouver par vraisemblance l'enchaînement des faits positifs ayant conduit au dommage (115).

19-2. Le scénario contrefactuel (deuxième élément du lien de causalité), est-il composé de « faits » susceptibles d'être visés par l'article 8.6 du Code civil ?

Le second élément propre à l'établissement du lien de causalité est la reconstruction du scénario contrefactuel. La preuve de cette reconstruction mentale a pour objet des suppositions appartenant à une réalité hypothétique (116). Il ne s'agit donc pas de la preuve de faits, qu'ils soient positifs ou négatifs, « que l'on peut voir, toucher, ou faire constater par des témoins », mais d'un « raisonnement » (117).

Plusieurs indices laissent penser que le législateur n'a pas voulu inclure cette seconde étape du raisonnement causal, le scénario contrefactuel, dans le champ d'application du mécanisme exceptionnel de preuve allégée de l'article 8.6 du Code civil.

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 habituellement (118). Or, suivant les dictionnaires habituels, on entend par « fait(s) », « les événements qui ont eu lieu, considérés dans leur réalité objective » (119), « ce qui est arrivé, ce qui a eu lieu » (120) ou encore comme « ce qui est constaté par l'observation (notamment scientifique) » (121). 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

(115) Dans le dernier exemple, on aurait ainsi pu envisager la preuve par vraisemblance de l'article 8.6, alinéa 1, pour démontrer que d'autres événements ne pouvaient vraisemblablement pas engendrer de telles dégradations.

(116) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 159 ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R. W.*, 2004-2005, n° 3, p. 92 ; A.J. AKKERMANS, « Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit? », *op. cit.*, p. 87 : « *Bij hypothetische gebeurtenissen gaat het niet om feiten die in principe kunnen worden bewezen, maar slechts om veronderstellingen, waarvan in de gevallen waarover het hier gaat, slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen* ». Voy. aussi E. TJONG TJIN TAI, « Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid », *N.J.B.*, 2016, n° 1605, p. 2239 ; R. TAN, « Over het mogelijke en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht », *AV & S.*, 2008/4, p. 2.

(117) I. LUTTE et J.-L. FAGNART, « Vers la fin de l'incertitude causale ? », *R.G.A.R.*, 2023/4, p. 15943. Les auteurs comparent même la preuve du scénario contrefactuel avec la « démonstration d'un théorème de géométrie ».

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

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

(120) « Fait », *Le Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2012.

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

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 des simples hypothèses.

L'interprétation téléologique et systématique (122) du texte invite également à limiter le champ d'application de l'article 8.6 du Code civil aux seuls faits positifs ou négatifs, à l'exclusion des hypothèses. Ainsi que nous l'avons souligné, les travaux préparatoires s'inspirent directement de plusieurs arrêts rendus par le Tribunal fédéral suisse (123) qui ont tous trait à un problème de preuve relatif à l'enchaînement des faits tels qu'ils se sont produits dans le passé. De plus, le législateur a 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 » (124). 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 preuve admis pour les faits négatifs aux faits positifs impossibles à prouver avec certitude aurait créé une discrimination injustifiée » (125). Dans le rapport fait au nom de la commission, il est aussi précisé que « ce n'est qu'à titre exceptionnel » (126) 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 voulu par le législateur.

Nous pensons donc que l'allègement du degré de preuve ne pourrait viser que la preuve des faits — positifs ou négatifs — qui se sont effectivement produits dans le passé. Il pourrait donc être mis en œuvre pour prouver la première étape du lien de causalité, à savoir l'enchaînement des faits. Les premières applications jurisprudentielles confirment cette approche (127). En revanche, la preuve par vraisemblance ne s'appliquerait pas à la preuve du scénario contrefactuel puisqu'il s'agit seulement d'hypothèses.

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

(122) Sur ces méthodes d'interprétation voy. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 163-177.

(123) Voy. spéc. 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 voy. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de stratego s'annonce », *op. cit.*, pp. 36-40.

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

(125) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 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.

(126) Rapport fait au nom de la commission du 28 mars 2019, n° 54 3349/005, p. 4.

(127) Liège 16 septembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, n° 24, p. 1059, note G. GENICOT et F. GEORGE ainsi que Cass., 14 novembre 2022, *R.G.A.R.*, 2023, liv. 4, n° 15942, note C. JOISTEN et note. J.-L. FAGNART et I. LUTTE.

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 du Code civil pour prouver le scénario contrefactuel. Cette analyse ne tient toutefois pas compte des mécanismes permettant à la victime d'obtenir, dans certaines circonstances, une indemnisation de son dommage en cas d'incertitude causale. Ainsi, en cas d'incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel, la victime bénéficie d'un statut privilégié puisqu'elle peut demander la réparation d'un dommage pour perte de chance et, dans un avenir proche, la condamnation proportionnelle du responsable sur la base de l'article 6.22 (128).

Cette position n'est toutefois pas partagée par certaines juridictions qui permettent la preuve par vraisemblance pour des « faits » propres au scénario contrefactuel. Ainsi, dans un arrêt du 7 mai 2021, la cour d'appel de Mons s'est demandée si le lien de causalité pouvait être considéré, dans certains cas, comme un fait négatif et par conséquent pouvait être prouvé par vraisemblance selon l'article 8.6, alinéa 1^{er}, du Code civil (129). En l'espèce, le patient devait prouver que s'il avait été parfaitement informé, il aurait renoncé à l'opération envisagée. Selon la cour, une telle preuve porte bien sur un fait négatif et peut, dès lors, être rapportée avec vraisemblance. Nous ne sommes pas entièrement convaincue par cette affirmation. Certes prouver le défaut d'information (qui relève de l'enchaînement des faits) est une preuve d'un fait négatif mais se demander ce que la victime aurait fait en l'absence de la faute ne constitue pas un fait positif ou négatif mais une simple hypothèse. En l'espèce, le recours à la preuve par vraisemblance n'a pas permis à la victime d'obtenir gain de cause puisqu'il est, selon la cour, « très hautement vraisemblable » que le patient n'aurait pas refusé ladite intervention s'il avait été correctement informé.

(ii). — *Le lien de causalité est-il un « fait positif dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine » ?*

En matière de causalité, l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil ne pourra, selon nous, s'appliquer que dans l'hypothèse où l'enchaînement des faits qui se sont produits dans le passé est difficile (ou impossible) à prouver de manière certaine (130). Il reste donc à déterminer dans quels types de situations il sera très difficile, voire impossible, de rapporter la preuve de cet enchaînement des faits de manière certaine.

Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation prend soin d'identifier, même si la cour d'appel ne le disait pas expressément, les éléments d'où il ressort que, selon la cour d'appel, le cas examiné portait bien sur un fait à prouver, dont,

(128) Sur le dommage pour perte de chance, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n^{os} 243 à 432.

(129) Mons, 7 mai 2021, *R.G.A.R.*, n^{os} 15844-15853 : « S'il faut considérer que la preuve à fournir par la victime, en ayant eu connaissance des risques encourus, consiste à établir qu'elle aurait refusé l'opération envisagée et donc évité ses séquelles, ce qui constitue un fait négatif ». Voy. dans le même sens, sans toutefois se référer au livre 8 : Liège, 3 décembre 2019, *Bull. ass.*, 2021/2, p. 210 et G. LAGUESSE et P. PROESMANS, « La fraude boiler room et les arguments généralement invoqués par les victimes à l'encontre des prestataires de services de paiement », *BFR/DBF*, 2024/7, n^o 14.

(130) Voy. *supra*, n^o 19-2.

par sa nature même, il n'était pas raisonnable d'exiger une preuve certaine. En l'espèce, pour établir le lien de causalité, la victime devait prouver que le stress ressenti en suite de l'accident avait provoqué l'accouchement prématuré de l'enfant et son handicap. Pour ce qui concerne l'existence du stress lui-même, la cour d'appel considère, au regard des rapports d'expertise, que ce fait est établi à suffisance. La preuve par vraisemblance ou « à suffisance » se justifie au regard de la nature de ce fait qui est d'ordre psychologique (131). Pour ce qui concerne la réaction physiologique à ce stress (*fait scientifique*), la cour d'appel se réfère aux différents rapports d'expertise. Elle constate d'une part, que les experts se rejoignent en ce qu'ils considèrent que le stress est un facteur à risque de l'accouchement prématuré, d'autre part, que les experts aboutissent à des conclusions opposées quant à l'existence d'un lien de causalité (132). La preuve par vraisemblance est donc utilisée pour prouver un fait scientifique (le phénomène de stress libérant de la noradrénaline, stimulant du muscle utérin) qui, par sa nature même, en raison de l'état des connaissances scientifiques actuelles, ne peut être, en l'espèce, prouvé de façon certaine (133).

De manière plus générale, on pourrait se demander si les réactions physiologiques du corps humain face à certains traitements ou, en l'absence de certains traitements, face à certaines maladies, ne sont pas, par nature, des faits difficiles à établir, à tout le moins à l'échelon individuel (134). La preuve par vraisemblance serait alors un outil utile pour les plaideurs en matière de responsabilité médicale quand il s'agit de prouver le lien de causalité entre la faute et le dommage du patient.

Une autre hypothèse dans laquelle le lien de causalité pourrait être impossible à prouver de manière certaine est celle dans laquelle la partie adverse a perdu les éléments de preuve nécessaires pour établir ce lien de causalité. Les « faits » permettant d'établir l'enchaînement causal des événements qui ne peuvent plus être rapportés en raison du comportement de la partie adverse

(131) H. De Page liste toute une série de faits qui, selon lui, ne peuvent être rapportés que par « vraisemblance » et non avec certitude. Il cite notamment le caractère intentionnel de certains actes ou encore le suicide de l'assuré. Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1950, pp. 711-712 et H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, pp. 741-742.

(132) Ceci pourrait être reflété dans les avis divergents entre les experts : Liège 16 septembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, n° 24, p. 1060 « La cour déplore, à l'instar du premier juge, que les experts désignés n'aient pas, de manière suffisante techniquement, motivé leur avis et n'aient pas apporté de réponses satisfaisantes aux différents arguments développés par les parties [...] ».

(133) Voy. dans le même sens E. VERGES, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, 2^e éd., Paris, Thémis, 2022, p. 191. Les auteurs offrent plusieurs exemples de ce qu'ils considèrent être un « fait impossible à prouver », parmi lesquels l'impossibilité d'établir avec exactitude un fait en l'état actuel des sciences (dans le même sens : Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 1^{re} éd., Paris, Litec, 2008, n° 504). Notons que les auteurs français font directement référence à l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil belge. Voy. dans le même sens B. VANLERBERGHE, *Bewijsmood na het vernieuwde bewijsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2020, p. 57.

(134) Dans le même sens S. LIEVENS, « Preuve par vraisemblance dans le Livre 8 du Code civil, perte d'une chance selon le droit en vigueur et la théorie de l'équivalence à l'art. 6.19 du projet de loi », *Rev. dr. santé*, 2024/2, p. 162. B. DUBUISSON, « Les dommages en série et la responsabilité du fait des produits défectueux », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Les responsabilités et les garanties du vendeur en droit belge et en droit français*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 987. C. JOISTEN, « Cass., 14 novembre 2022 : quelle limite à la preuve par vraisemblance ? », *R.G.A.R.*, 2023/3, n° 15943.

deviennent, selon nous (135), des faits qui, par leur nature, sont impossibles à prouver de manière certaine. Cette hypothèse, déjà visée par le législateur dans les travaux préparatoires (136), englobe, selon nous, les cas dans lesquels la partie adverse a fautivement dissimulé, caché, égaré ou détruit un élément de preuve mais aussi dans lesquels l'élément de preuve n'a jamais existé en raison de la faute de la partie adverse (137). Dans cette hypothèse, le juge devra d'abord mobiliser les règles relatives au degré de preuve (art. 8.5 et 8.6 C. civ.) et vérifier s'il n'est pas convaincu selon un degré raisonnable de certitude ou une simple vraisemblance avant de recourir à la sanction du renversement de la charge de la preuve de l'article 8.4, alinéa 5, du Code civil (138). Il arrive également que la partie, victime de la perte de l'élément de preuve, invoque la perte de chance de prouver au lieu de recourir à l'allègement du degré de preuve ou au renversement de la charge de la preuve (139).

On pourrait enfin songer à l'hypothèse de la perte de l'élément de preuve en raison de l'écoulement du temps (140). En effet, il se pourrait que les éléments permettant de prouver l'enchaînement des faits ne soient plus disponibles en raison du laps de temps important qui s'est écoulé entre le fait dommageable et le moment où le juge statue. Abstraction faite des conséquences de l'éventuelle faute de la victime qui aurait tardé à agir en justice, cela pourrait correspondre à un cas de preuve par vraisemblance puisque les faits permettant de retracer l'enchaînement causal des événements dans le passé sont devenus, par leur nature, très difficiles à prouver de manière certaine.

III. — APPLICATION À LA CHANCE ET AU PROBABLE

20. Plan. Les règles de preuve du Code civil peuvent poser plusieurs difficultés lorsqu'il s'agit de les appliquer à des règles de fond qui impliquent les

(135) D'autres auteurs considèrent qu'un fait qui est impossible à prouver en raison de la perte de son support n'est pas, au sens littéral de la disposition, un fait qui, par sa nature, est impossible ou pas raisonnable à prouver de manière certaine. Voy. B. VANLERBERGHE, « De bewijsstandaard », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Handboek Verbintenissenrecht (tweede editie) (gebonden editie)*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 1182.

(136) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 15.

(137) V. DE WULF, C. JOISTEN et D. MOUGENOT, « La preuve civile, trois ans après la réforme », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, n° 26-28 ; C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 624.

(138) Sur cette disposition, voy. 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*, CUP, vol. 193, Limal, Anthemis, 2019, n° 15-20 ; V. DE WULF, C. JOISTEN et D. MOUGENOT, « La preuve civile, trois ans après la réforme », in D. MOUGENOT (dir.), *La preuve*, CUP, vol. 226, Limal, Anthemis, 2023, n° 18-34 ; B. VANLERBERGHE, « De bewijslast », in *Handboek Verbintenissenrecht (tweede editie) (gebonden editie)*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2023, pp. 1167-1121.

(139) C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, liv. 9, n° 9-12 ainsi que C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 623-630. A. VANSTECHELMAN, « Le livre 8 — Le droit de la preuve », in L. NICOLINI, *Le nouveau Code civil*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 259-270.

(140) Voy. en ce sens : W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Het nieuwe bewijsrecht*, Mortsels, Intersentia, 2020, p. 60.

notions de chance et de probabilités. Nous proposons de nous intéresser au cas de la perte de chance (A) et de la responsabilité proportionnelle du livre 6 (B).

A. — La perte de chance

21. Rappel des règles relatives à la perte de chance. La perte de chance constitue un préjudice spécifique⁽¹⁴¹⁾, indépendant du préjudice final. La chance est une valeur digne de protection au même titre que n'importe quel intérêt⁽¹⁴²⁾. Si un individu possède une chance et qu'il la perd avant que celle-ci n'ait pu se réaliser à cause de la faute d'un tiers, il subit un dommage ayant une valeur propre. Il peut donc demander la réparation de ce dommage au même titre que n'importe quelle autre atteinte à un intérêt (préjudice corporel, matériel ou moral). Ainsi, la perte de chance est un dommage spécifique et indépendant qui ne doit pas être confondu avec le dommage final que constitue la non-réalisation de l'évènement espéré⁽¹⁴³⁾. Pour être réparable, la perte de chance doit être réelle, définitive et en lien causal avec la faute⁽¹⁴⁴⁾. L'indemnité réparant la perte de chance est ensuite calculée selon le degré de probabilité de l'heureuse issue⁽¹⁴⁵⁾ sans toutefois constituer le montant du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu⁽¹⁴⁶⁾.

Si l'on adopte une perspective fonctionnelle, la perte d'une chance est un moyen de pallier un certain type d'incertitude causale, à savoir une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel⁽¹⁴⁷⁾. Elle est également décrite comme un préjudice « intermédiaire »⁽¹⁴⁸⁾ qui s'intercale entre la faute et le *dommage final* ⁽¹⁴⁹⁾. Ce dommage final a effectivement été subi par

(141) Voy. Cass., 5 novembre 2021, C.20.0343.F.

(142) N. JANSSEN, « The idea of a Lost Chance », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, p. 283.

(143) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 644.

(144) Sur les conditions de la perte de chance voy. 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° 26 à 34 ; C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 301-391. Voy. récemment : Cass., 29 mars 2024, C.23.0253.F-C.23.0262.F, *J.T.*, 2024/20, p. 342, note F. AUVRAY et F. JAFFERALI, *For. ass.*, 2024, n° 244, note C. JOISTEN ; Cass., 24 juin 2024, C.23.0488.F.

(145) Cass., 21 octobre 2013, C.13.0124.N, *Pas.*, 2013, n° 537. Voy. égal. Cass., 26 janvier 2023, C.22.0046.F.

(146) 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 voy. Cass. fr., 9 avril 2002, n° 00-13.314, *Bull. civ. I*, n° 116 ; *Dall.*, 2002, p. 1469 ; *Gaz. Pal.*, 2003, p. 1289, obs. F. CHABAS.

(147) C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 293-300.

(148) 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, p. 618 ; H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, 2021, p. 256 ; H. BOCKEN et al., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Bruges, la Chartre, 2014, p. 48 ; H. BOCKEN, « Geen kans verloren... », *op. cit.*, p. 303.

(149) Le dommage final est le dommage effectivement subi par la victime (par exemple, les blessures, la perte d'une course, d'une compétition, d'un procès ou d'une créance). Le terme « dommage final » est un synonyme de « dommage effectivement subi ».

la victime mais il est impossible pour celle-ci de prouver un lien de causalité certain entre la faute et ce dommage final : même si l'enchaînement des faits dans le passé est parfaitement connu, la victime fait face à un problème d'incertitude causale puisqu'elle ne parvient pas à démontrer que, sans la faute, le dommage final ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit. Pour pallier cette incertitude causale propre au scénario contrefactuel, on admet alors que la victime puisse se plaindre d'un autre dommage réduit à la mesure du lien de causalité consistant en la perte d'une chance d'éviter la réalisation du dommage final. La perte de chance peut alors être considérée comme un « substitut » à la certitude causale⁽¹⁵⁰⁾.

On le comprend, la perte de chance entretient donc un rapport particulier avec la notion de certitude (n° 22) et de vraisemblance (n° 23), ce qu'il convient d'éclaircir. A-t-elle encore une place dans notre droit malgré ces nouvelles règles probatoires ? (151) La réponse nous semble positive.

22. Preuve selon un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.). Le standard de preuve prévu à l'article 8.5 doit être utilisé pour prouver les conditions de la perte de chance (22-1) mais aussi pour déterminer dans quelle mesure le lien de causalité entre la faute et le préjudice final est établi (22-2).

22-1. Preuve de la chance et de ses conditions selon un degré raisonnable de certitude. Il ne fait aucun doute que le caractère réel de la chance devra être rapporté selon un degré raisonnable de certitude, même s'il s'agit d'un élément immatériel, d'une probabilité. De même, les autres conditions propres à la perte de chance, à savoir le caractère définitif de sa perte et le lien de causalité entre la faute et la perte de chance, devront elles aussi être prouvées selon un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.).

Du point de vue de la réparation du dommage pour perte de chance qui se calcule selon « le degré de probabilité d'une heureuse issue » (152), le demandeur devra aussi prouver le montant du préjudice final selon un degré raisonnable de certitude.

Prenons l'exemple d'un avocat qui n'a pas interjeté appel à temps d'une décision de justice. Le client intente une action en responsabilité contre son avocat et demande la réparation de la perte de chance d'obtenir gain de cause en justice. Il devra établir, selon un degré raisonnable de certitude :

- l'existence de la chance (la probabilité qu'il aurait eue d'obtenir gain de cause en justice) ;
- le caractère définitif de la perte de chance (c'est-à-dire, démontrer qu'il n'existe plus aucun autre recours possible pour obtenir gain de cause) ;

(150) I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 37 ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R. W.*, 2004-2005, n° 3, p. 93. Voy. égal. P. JOURDAIN, « La perte d'une chance en droit français », in *Le préjudice : entre tradition et modernité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 110, « [a]insi la perte d'une chance apparaît comme un "préjudice de substitution" ; elle n'est qu'un diminutif du préjudice final, une expression abstraite de celui-ci ».

(151) I. LUTTE et J.-L. FAGNART, « Vers la fin de l'incertitude causale ? », *R.G.A.R.*, 2023/4, p. 15943.

(152) Cass., 21 octobre 2013, C.13.0124.N, *Pas.*, 2013, n° 537. Voy. égal. Cass., 26 janvier 2023, C.22.0046.F.

- le lien de causalité entre la faute de l'avocat et la perte de chance ;
- la valeur du préjudice final, c'est-à-dire les montants qu'il aurait obtenus s'il avait pu obtenir gain de cause en degré d'appel.

22-2. Preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage final selon un degré raisonnable de certitude : interférence minimale avec la perte de chance. Dans la mesure où la perte de chance, préjudice autonome, constitue aussi un moyen de pallier un problème d'incertitude causale, il convient de se demander comment la preuve « selon un degré raisonnable de certitude » du lien de causalité entre la faute et le préjudice final, peut se combiner avec le mécanisme de la perte de chance. Ainsi, lorsque la victime ne parvient pas à démontrer de manière certaine que, en l'absence du fait générateur, elle n'aurait pas subi un tel dommage, cette dernière peut-elle se contenter de prouver le lien causal entre la faute et ce dommage avec un degré raisonnable de certitude plutôt que de demander la réparation du dommage pour perte de chance ?

Avant l'entrée en vigueur de l'article 8.5 du Code civil, les juges du fond admettaient déjà la preuve du lien de causalité selon un standard de preuve plus souple⁽¹⁵³⁾. Le juge raisonnait en deux temps selon le principe de subsidiarité. Tout d'abord, il se demandait s'il était très hautement vraisemblable (certitude judiciaire) que la faute ait causé le dommage final afin de déduire l'existence d'un lien causal certain. Ce n'est que si cette première étape n'était pas franchie que le juge pouvait ensuite se demander si, à tout le moins, la victime n'avait pas perdu une chance d'éviter le dommage qu'elle a subi⁽¹⁵⁴⁾⁽¹⁵⁵⁾. Depuis l'entrée en vigueur du livre 8, un raisonnement analogue en deux temps est maintenu, non plus à partir d'une pratique jurisprudentielle admettant un degré de certitude plus souple mais désormais grâce à l'article 8.5 du Code civil⁽¹⁵⁶⁾.

Dans un premier temps, le juge doit se demander si la faute constitue, avec un degré raisonnable de certitude, la cause du dommage final de la victime. Cela signifie que, s'il existe de grandes probabilités, supérieures à 90 % ou 95 % que la faute ait causé le dommage de la victime, le juge doit constater

(153) Voy. *supra*, n° 3-4.

(154) Pour un exemple de ce raisonnement adopté par le juge voy. Liège, 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, n° 31, pp. 1456-1460 ; Anvers, 27 octobre 2014, *R.G.D.C.*, 2019, n° 3, p. 182 ; C. trav. Liège, 23 mai 2018, *J.T.T.*, 2018, n° 24, pp. 389-393 ; Civ. Bruxelles, 14 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, n° 27, p. 1295 ; Liège, 16 septembre 2019, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15616.

(155) Dans un arrêt du 14 décembre 2017, la Cour de cassation, se fondant sur la conception factuelle de la cause et de l'objet de la demande, a précisé que le juge « était en droit » de procéder à cette seconde étape même si les parties ne l'avaient pas expressément demandé dans leurs conclusions. Si le juge estime qu'une telle chance a été perdue, la victime obtient l'indemnisation du dommage pour perte de chance correspondant à une proportion du préjudice final. Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'objet de la demande est le résultat factuel recherché par son auteur », *R.C.J.B.*, 2020, n° 1, pp. 35 et s.

(156) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 750, T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Anvers, Maklu, 1992, pp. 389-390 où l'auteur proposait déjà une telle subsidiarité avec un seuil à 80 % ; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, n° 3, p. 96 ; Groupe de Recherche Grotius-Pothier, « Regards comparatistes sur la réforme belge du droit de la responsabilité extracontractuelle : quelques suggestions pour le législateur et le juge », *R.D.I.D.C.*, 2020, n° 2, p. 178.

l'existence d'un lien causal entre cette faute et le dommage et permettre à la victime d'être entièrement indemnisée : il ne peut pas être question dans ce cas de perte de chance. Comme le souligne W. Vandenbussche, le recours à la perte de chance doit désormais être exclu pour des situations où la probabilité du scénario contrefactuel permettant d'établir le lien de causalité est très élevée (157).

Prenons le cas traité par la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 12 juin 2017 : elle a considéré qu'il était établi avec « une probabilité avoisinant la certitude » que, sans la faute de l'avocate, la Commission pour l'aide financière aux victimes d'actes intentionnels de violence aurait accordé la somme demandée et a évalué la chance de réalisation d'une issue favorable sans la faute de l'avocate à 95 %. La cliente a reçu une indemnisation égale à 95 % de la somme demandée (158). Grâce à la réforme, la solution pourrait être différente puisque le juge serait en droit de considérer qu'une chance de 95 % constitue un « degré raisonnable de certitude » tel que prévu à l'article 8.5 du Code civil, de sorte que le lien de causalité entre la faute et le dommage final (la perte de l'issue favorable) est établi et que la totalité du dommage doit être indemnisée. Il en va de même pour des chances évaluées entre 90 % et 99 % (159).

Dans un second temps, si le juge n'est pas convaincu avec un degré raisonnable de certitude — que l'on peut situer, ainsi que nous l'avons vu, à partir de 90 % ou 95 % — que le dommage final ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit, la perte de chance pourrait alors être envisagée (160).

Si l'on utilise le mécanisme de la perte de chance, la victime obtient l'indemnisation de la chance perdue, c'est-à-dire un très haut pourcentage du montant du préjudice final (90 %-95 %), alors que, si l'on constate que le lien de causalité est établi avec un degré raisonnable de certitude entre la faute et le dommage final (art. 8.5 C. civ.), la victime obtiendra une indemnisation totale. Deux situations similaires risquent d'être traitées de manière différente.

Nous ne pensons toutefois pas que cette distinction entre un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.) et la perte de chance soit source de discrimination. Tout d'abord, un choix entre un degré de preuve très élevé et l'utilisation du mécanisme de la perte de chance a toujours existé (161). Ensuite, les conséquences pratiques pour la victime sont plutôt réduites : qu'elle soit indemnisée jusqu'à concurrence de 95 % de son préjudice final ou de la totalité de celui-ci ne crée pas pour elle une différence de traitement à ce point

(157) W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers, Intersentia, 2017, n° 750.

(158) Anvers, 12 juin 2017, *NjW*, 2018, n° 386, p. 587, note W. VANDENBUSSCHE. Voy. pour un autre cas à 95 % de chance : Anvers, 5 février 2018, *Bull. ass.*, 2019, n° 407, p. 219, et pour 90 % de chance : Mons, 16 novembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, n° 7, pp. 305-310 ; Anvers, 15 juillet 2020, *R.G.D.C.*, 2023, n° 1, pp. 41-43 ; Mons, 9 septembre 2019, *D.A.O.R.*, 2020, n° 134, pp. 30-34.

(159) Mons, 28 novembre 2017, R.G. n° 2017/144.

(160) À condition, rappelons le, que cette incertitude porte exclusivement sur la reconstruction du scénario contrefactuel et non sur l'enchaînement des faits.

(161) Le degré de certitude était auparavant estimé à 85/90 % voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence, 1996-2007*, vol. I, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365. Notons que cela n'empêchait toutefois les juges d'accorder la réparation de perte de chance dont le degré de probabilité était supérieur à 85 %.

importante qu'elle serait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir alléger le fardeau probatoire pour la victime.

Par ailleurs, la consécration du degré raisonnable de certitude à l'article 8.5 du Code civil encouragera peut-être certains juges à admettre plus facilement l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage subi. Ainsi, les nouvelles règles de preuve sonnent peut-être le glas des chances de plus de 95 %.

23. Preuve par vraisemblance (art. 8.6). Envisageons désormais la combinaison de la règle de preuve par vraisemblance de l'article 8.6 du Code civil avec le mécanisme de la perte de chance.

23-1. Preuve de la chance et de ses conditions par vraisemblance ? Prudence. La preuve par vraisemblance de l'article 8.6 du Code civil s'envisage pour des « faits négatifs » ou « des faits positifs dont par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine ». Il convient donc de se demander si la chance répond à l'une de ces deux définitions.

Un auteur considère que « si l'on voit la perte de chance comme un dommage autonome, la preuve par vraisemblance peut être utilisée en complément de la théorie de la perte d'une chance et non comme un simple substitut » (162). Il propose donc de prouver l'existence d'une chance « par vraisemblance » : le propriétaire d'un cheval n'ayant pas pu prendre part à la course en raison de la faute d'un tiers pourrait prouver « avec vraisemblance » qu'il avait 60 % de chance de remporter cette course.

Nous ne sommes pas convaincue par cette thèse pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la chance est, au titre de résultat escompté du scénario contre-factuel, une hypothèse de pensée et non un fait — positif ou négatif — qui s'est produit dans la réalité. Elle ne répond pas à la notion de « fait » telle que nous l'avons exposée (163). L'article 8.6 ne vise donc pas la preuve par vraisemblance d'une chance.

Ensuite, même à considérer qu'une chance soit un fait négatif ou positif au sens de cette disposition, elle serait toujours « impossible ou pas raisonnable à prouver de manière certaine » puisqu'une chance est, par définition, une valeur consomptible et périssable qui n'a jamais vocation à rester à l'état de chance. Toute chance devrait donc toujours être prouvée par simple vraisemblance. Or, une telle solution irait à l'encontre de la logique même du mécanisme de la perte de chance qui, fonctionnellement, est une exception limitée et nettement circonscrite à la théorie de l'équivalence des conditions (164). Permettre de prouver une chance par vraisemblance reviendrait à éroder l'exigence d'une chance certaine et à la fois l'exigence de lien de causalité entre la perte de chance et la faute, ce qui élargirait le spectre du mécanisme de la perte de chance. De plus, une telle solution irait aussi à l'encontre de la volonté

(162) S. LIEVENS, « Preuve par vraisemblance dans le Livre 8 du Code civil, perte d'une chance selon le droit en vigueur et la théorie de l'équivalence à l'art. 6.19 du projet de loi », *Rev. dr. santé*, 2024/2, p. 163.

(163) Voy. *supra*, n° 19-2.

(164) Dans la thèse de doctorat, nous nous appuyons sur cette même argumentation pour reconnaître une limite quantitative à la perte de chance, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 326 à 334.

du législateur qui envisage la preuve par vraisemblance comme une exception au principe de la preuve selon un degré raisonnable de certitude⁽¹⁶⁵⁾ : si la chance pouvait toujours être prouvée par vraisemblance en raison de sa nature particulière, il ne s'agirait plus vraiment d'une exception. *A contrario*, maintenir l'exigence d'une preuve de la perte de chance selon un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.) continue d'offrir à la perte de chance une certaine légitimité en tant qu'exception spécifique au principe de causalité certaine.

Ainsi, au même titre que les « pertes de chances de pertes de chances »⁽¹⁶⁶⁾, des chances seulement « vraisemblables » ne devraient pas être réparables à défaut de respecter les conditions propres à ce mécanisme. Le même constat s'impose pour les autres conditions de la perte de chance, à savoir le caractère définitif de sa perte et le lien causal entre la faute et la perte de chance.

La preuve par vraisemblance pourrait toutefois être envisagée au niveau de la réparation de la perte de chance pour ce qui concerne la preuve du préjudice final qui est un élément à prendre en compte dans la réparation proportionnelle de la perte de chance. Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la perte de chance doit être calculée selon « le degré de probabilité d'une heureuse issue »⁽¹⁶⁷⁾. Cette réparation dite « proportionnelle » de la perte de chance suppose deux étapes⁽¹⁶⁸⁾. Il faut, d'une part, déterminer la probabilité de l'avantage perdu, d'autre part, appliquer cette probabilité au dommage final effectivement subi par la victime. Alors que la première étape est inhérente à la condition relative à l'existence de la chance puisqu'elle consiste à fixer un pourcentage de chance et, dans cette mesure, est inhérente au scénario contrefactuel, la seconde consiste à déterminer le préjudice effectivement subi par la victime. La preuve par vraisemblance de l'article 8.6 du Code civil pourrait être un outil utile pour la victime qui ne parvient pas à prouver l'ampleur exacte du préjudice effectivement subi. Prenons l'exemple d'un individu qui a perdu la chance d'éviter une condamnation pénale en raison de la faute de son avocat qui n'a pas fait appel de la décision. Le client souffre d'un dommage matériel (une amende de 5 000 euros) et d'un dommage moral (honte, humiliation, souffrance morale d'être condamné pénalement). On pourrait admettre que ce client prouve l'existence et l'étendue de son dommage moral par simple vraisemblance : il s'agit bien d'un fait positif qui est impossible à prouver de

(165) Voy. *supra*, n° 19-2.

(166) Sur cette expression voy. Q. DE RAEDT, « La perte d'une chance d'apporter la preuve de la perte d'une chance », note sous Civ. Anvers, 11 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, n° 3, pp. 229-233.

(167) Cass., 21 octobre 2013, C.13.0124.N, *Pas.*, 2013, n° 537. Voy. égal. Cass., 26 janvier 2023, C.22.0046.F.

(168) 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 : « L'indemnisation de la perte de chance a en principe lieu en multipliant le dommage réellement subi par la victime par le pourcentage de chances qu'elle aurait eu d'éviter ce préjudice si la faute n'avait pas été commise. » ; J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, p. 150 ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile : chronique de jurisprudence 1996-2007*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 369. Voy. en droit français les recommandations quant à la réparation du préjudice économique publiées en 2017 par la cour d'appel de Paris qui distingue nettement ces deux étapes : Paris, *Réparation du préjudice économique, Fiches méthodologiques*, 2017, p. 20 ; J. BUELENS et J. VERMEULENS, « Le principe général de l'évaluation *in concreto* », *Rev. dr. santé*, 2022-2023, p. 63 ; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht*, vol. I, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2022, p. 1327.

manière certaine. Ce montant serait ensuite, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, réduit proportionnellement à la chance perdue.

Notons aussi que, lorsque le montant du préjudice final est difficile, voire impossible, à évaluer, le juge pourrait également fixer le montant du dommage pour perte de chance de manière forfaitaire, sans même recourir à la preuve par vraisemblance (169).

23-2. Preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage final par vraisemblance ? Pas d'interférence avec la perte de chance. Nous avons démontré que la preuve par vraisemblance, telle qu'elle est prévue par le nouvel article 8.6 du Code civil, n'a pas vocation à s'appliquer à la preuve du scénario contrefactuel puisqu'il ne s'agit pas de faits positifs ou négatifs mais d'hypothèses (170). La preuve par vraisemblance ne pourrait venir en aide au plaideur que pour prouver l'enchaînement causal des faits permettant d'établir un élément du lien de causalité, comme dans l'hypothèse tranchée par la Cour de cassation le 14 novembre 2022. Or, dans les scénarios relevant du champ d'application réservé à la perte de chance, on sait très bien ce qu'il s'est passé dans l'enchaînement des faits, par contre, on ignore ce qu'il se serait produit en l'absence de la faute (par exemple, on ne sait pas si la victime aurait obtenu gain de cause sans la faute de l'avocat) (171). Dès lors, puisque la perte de chance vise uniquement à pallier un problème d'incertitude causale relatif à la reconstruction du scénario contrefactuel, nous pensons que la preuve par vraisemblance du lien de causalité entre la faute et le dommage final n'entre pas en conflit avec le mécanisme de perte de chance (172).

B. — La responsabilité proportionnelle

24. Responsabilité proportionnelle du livre 6 : principe. La responsabilité proportionnelle consiste à retenir la responsabilité de l'auteur du fait

(169) Sur la réparation forfaitaire de la perte de chance, voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n^{os} 401-409 ; 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^o 36. Voy. égal. les arrêts de la Cour de cassation qui ont admis une indemnisation *ex aequo et bono* du dommage pour perte de chance : Cass., 26 septembre 1949, *Pas.*, 1949, pp. 19-20 ; Cass., 6 février, 17 avril, 8 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, pp. 608, 882 et 905 ; Cass., 26 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1174, *J.T.*, 1962, p. 59, obs. R. DALCQ ; Cass., 9, 16 et 23 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, pp. 162, 185 et 206 ; Cass., 15 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 195 ; Cass., 31 mars 1969, *Pas.*, 1969, p. 676.

(170) Sur ce point, voy. C. JOISTEN, « Causalité, incertitude et perte de chance : de nouvelles perspectives », *R.G.D.C.*, 2023, liv. 10, n^o 17 et C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n^{os} 293-300.

(171) D'ailleurs, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation dans l'arrêt du 14 novembre 2022, personne n'a envisagé le mécanisme de perte de chance. Et pour cause : il s'agissait d'une incertitude portant sur l'enchaînement des faits ayant conduit au dommage et non d'une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel.

(172) C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n^{os} 314-315. *Contra* : W. VANDENBUSSCHE, « Het nieuwe bewijsrecht: gevolgen voor aansprakelijkheidsprocedures », *op. cit.*, p. 61. Notons que, dans une précédente contribution, nous avons montré que la preuve par vraisemblance pourrait entrer en conflit avec le mécanisme de perte de chance, ce que nous nuancions aujourd'hui. voy. C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, liv. 9, pp. 500-505.

générateur de responsabilité, ou de la personne qui en répond, à la mesure de la probabilité que ce fait générateur a causé le dommage. Alors qu'un tel mécanisme n'existe pas à l'heure actuelle, le législateur belge consacre ce nouvel outil au sein du livre 6 « la responsabilité extracontractuelle » aux articles 6.22 et 6.23(173). Nous nous intéressons ici uniquement à l'article 6.22 qui a pour but de remplacer le mécanisme de la perte de chance qui vient d'être étudié.

25. Règles relatives à la responsabilité proportionnelle de l'article 6.22. L'article 6.22, tel qu'adopté le 1^{er} février 2024 en séance plénière à la chambre, énonce :

« Art. 6.22 Incertitude quant au caractère causal de la faute — Perte d'une chance. 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 de la section 2 du chapitre 2 ».

La proposition a vocation à confirmer la jurisprudence actuelle relative à la perte de chance, mais en lui attribuant un fondement légal entièrement différent(174). 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 subi(175). La nouvelle formulation de l'article 6.22 a pour objectif de distinguer nettement le mécanisme de la responsabilité proportionnelle remplaçant la perte de chance des autres problèmes d'incertitude causale, notamment celui prévu à l'article 6.23 concernant la causalité alternative(176).

Nous avons déjà marqué nos doutes quant au champ d'application de cette disposition dont le libellé fait qu'elle est susceptible de s'appliquer à n'importe quel problème d'incertitude causale et pas seulement au problème d'incertitude causale auquel la perte de chance remédie (incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel)(177). Si la formulation prête à équivoque, les travaux préparatoires répètent et confirment que l'objectif de

(173) Il s'agissait auparavant des articles 6.23 et 6.24 dans la première version de la proposition de loi. À la suite de l'adoption en première lecture, la numérotation des articles a été modifiée. Voy. *Développements, Doc. parl., Ch. repr., 2022-2023, n° 55-3213/008*, p. 13.

(174) *Développements, Doc. parl., Ch. repr., 2022-2023, n° 55-3213/001*, p. 112.

(175) H. BOCKEN, « Het oorzakelijk verband in het ontwerp van de commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht », *T.P.R.*, n° 1, 2021, p. 256 ; *Développements, Doc. parl., Ch. repr., 2022-2023, n° 55-3213/001*, p. 112.

(176) *Amendements, Doc. parl., Ch. repr., 2022-2023, n° 55-3213/005*, p. 5.

(177) Voy. C. JOISTEN, *L'incertitude causale en droit de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2024, n° 460-466 ; C. JOISTEN, « Causalité, incertitude et perte de chance : de nouvelles perspectives », *R.G.D.C.*, 2023, liv. 10, n° 24-28.

cette disposition est bien de viser les cas qui sont actuellement visés par la perte de chance, ni plus, ni moins (178).

Quant à la preuve de la responsabilité proportionnelle, les travaux préparatoires énoncent que le lien de causalité doit être prouvé selon un degré raisonnable de certitude en se référant à l'article 8.5 du Code civil et ajoutent qu'« il est [...] concevable que la jurisprudence admette à l'avenir la preuve par vraisemblance pour le lien causal dans ces cas où celui-ci n'est pas certain mais hautement vraisemblable » (179). Il nous reste dès lors à analyser comment les articles 8.5 et 8.6 du Code civil peuvent se combiner avec la responsabilité proportionnelle.

26. Preuve selon un degré raisonnable de certitude (8.5). Le standard de preuve prévu à l'article 8.5 doit être utilisé pour prouver les conditions de l'article 6.22 (26-1) mais aussi pour déterminer dans quelle mesure le lien de causalité entre la faute et le préjudice final est établi (26-2).

26-1. Preuve des conditions de l'article 6.22 selon un degré raisonnable de certitude. Les conditions de la responsabilité proportionnelle devront, conformément à la règle de principe, être prouvées selon un degré raisonnable de certitude. Cela signifie concrètement qu'il faut prouver, avec un degré raisonnable de certitude, « qu'il n'est pas certain que la faute commise par la personne dont la responsabilité est invoquée est une condition nécessaire du dommage », et plus précisément, « la probabilité que cette faute ait causé le dommage ». La victime devra également prouver l'existence de son dommage final.

La preuve de « la probabilité que cette faute ait causé le dommage » consiste à établir le degré de probabilité exact, le pourcentage de probabilité, selon lequel la faute aurait causé le dommage final. Ce second élément s'apparente à la preuve qu'il convient de rapporter pour prouver l'existence d'une chance (180).

Le dommage final devra aussi être prouvé selon un degré raisonnable de certitude, tout comme en matière de perte de chance, afin de calculer le montant de l'indemnité accordée à la victime selon l'article 6.22.

26-2. Preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage final selon un degré raisonnable de certitude : interférence minimale avec la responsabilité proportionnelle. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice final (art. 6.18, § 1, al. 1 (181)) doit, en principe, être prouvé selon un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.).

Ceci signifie, comme pour la perte de chance, que les probabilités de 90 % ou 95 % devraient être exclues puisque, dans ce cas, le mécanisme de la responsabilité proportionnelle doit s'incliner au bénéfice d'une indemnisation totale

(178) Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2022-2023, n° 55-3213/005, pp. 4-5. Notons que le législateur fait tout de même le choix de limiter la responsabilité proportionnelle à l'hypothèse d'une faute. Or, la perte de chance n'est pas limitée par une telle condition. Suite à un amendement déposé à la chambre le 22 novembre 2023, le législateur a élargi le mécanisme à l'hypothèse d'une responsabilité du fait d'autrui. Voy. sur ce point : C. JOISTEN, « Causalité, incertitude et perte de chance : de nouvelles perspectives », *R.G.D.C.*, 2023, liv. 10, n° 27.1.

(179) Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 110.

(180) Voy. *supra*, n° 22-1.

(181) Sur cette disposition, voy. *supra*, n° 18.

du préjudice final en raison du standard de preuve prévu à l'article 8.5 du Code civil. Nous renvoyons aux développements consacrés à la perte de chance pour ce qui concerne le risque de discrimination dans cette hypothèse (182).

S'il n'est pas certain avec un degré raisonnable de certitude que le lien de causalité est établi entre la faute et le dommage final, le fautif pourra être condamné à réparer de manière proportionnelle (jusqu'à concurrence d'environ 95 %) le dommage effectivement subi par la victime.

27. Preuve par vraisemblance selon l'article 8.6. Envisageons la combinaison de la règle de la preuve par vraisemblance de l'article 8.6 du Code civil avec la responsabilité proportionnelle prévue à l'article 6.22.

27-1. Preuve par vraisemblance des conditions de la responsabilité proportionnelle ? Prudence. Prouver « la probabilité que cette faute ait causé le dommage », par simple vraisemblance, c'est-à-dire qu'il est vraisemblable qu'une telle causalité soit probable, pose les mêmes problèmes que la preuve de l'existence d'une chance par simple vraisemblance (183). En effet, tout comme pour la perte de chance, la probabilité renvoie à un élément hypothétique, propre au scénario contrefactuel, qui ne constitue pas un « fait » au sens de l'article 8.6 du Code civil. Par ailleurs, nous avons démontré qu'admettre la preuve par vraisemblance d'un tel élément hypothétique aurait pour conséquence d'élargir le champ d'application d'un tel mécanisme, ce qui n'est pas sans porter atteinte à l'exigence de causalité.

Ainsi, si la victime doit prouver la probabilité que, sans la faute de l'avocat qui a omis de déposer la requête d'appel à temps, elle aurait obtenu gain de cause, elle ne peut pas se contenter de prouver la vraisemblance de cette probabilité (art. 8.6 C. civ.). Elle doit l'établir selon un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.).

Un tempérament demeure toutefois. Le dommage final pourrait, tout comme en matière de perte de chance, toujours être prouvé par vraisemblance moyennant le respect des conditions de l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil. Par exemple, s'il n'est pas raisonnable de rapporter de manière certaine la preuve du montant du procès manqué, on pourrait éventuellement prouver ce montant grâce à la preuve par vraisemblance. Notons que, en vertu de l'article 6.36, le juge aura la possibilité de « procéder à une estimation approximative du dommage lorsqu'il est impossible d'en déterminer exactement l'étendue ou qu'une évaluation précise entraînerait des frais disproportionnés ».

27-2. Preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage final par vraisemblance ? Pas d'interférence avec la responsabilité proportionnelle. Si l'article 6.22 vise uniquement une incertitude portant exclusivement sur le scénario contrefactuel, nous ne pensons pas que la technique de la responsabilité proportionnelle interfère avec l'allègement du degré de preuve prévu à l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil. En effet, nous avons démontré que, dans ce cas où il n'était pas question de « faits », il n'y avait pas lieu d'appliquer ce mécanisme probatoire (184). Encore une fois, les mêmes développements que ceux réalisés pour la perte de chance s'appliquent par analogie.

(182) Voy. *supra*, n° 22-2.

(183) Voy. *supra*, n° 23-1.

(184) Voy. *supra*, n° 19-2.

27-3. Preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage final par vraisemblance ? Interférence si extension de la responsabilité proportionnelle. En revanche, si, ce que nous contestons, l'article 6.22 devait être appliquée à une incertitude sur l'enchaînement des faits (qui provoque par voie de conséquence une incertitude du scénario contrefactuel), la responsabilité proportionnelle risquerait d'entrer en conflit avec le mécanisme d'allègement du degré de preuve prévu à l'article 8.6, alinéa 2, du Code civil qui, quant à lui, a par contre pleinement vocation à s'appliquer à ce type d'incertitude lorsque, par la nature même du fait à prouver, il est impossible ou pas raisonnable de rapporter la preuve de l'enchaînement des faits de manière certaine(185).

Dans une telle hypothèse qui, répétons-le, n'emporte pas notre adhésion, une première combinaison possible consisterait à appliquer subsidiairement le mécanisme de la responsabilité proportionnelle(186). Une autre solution consisterait en l'application unique de la responsabilité proportionnelle à l'exclusion du mécanisme spécifique d'allègement du degré de preuve(187), conformément à l'adage *lex specialis derogat generali*(188).

CONCLUSION

28. Preuve et causalité : je t'aime, moi non plus. En introduisant deux articles consacrés au degré de preuve au sein du livre 8, le législateur offre au juge des nouveaux outils probatoires au potentiel intéressant, qui ne manqueront pas de séduire le magistrat chargé de se prononcer sur le lien de causalité.

La règle de preuve selon un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.) offre la stabilité et la sécurité que le couple preuve-causalité recherchait depuis longtemps dans la mesure où elle consacre une pratique jurisprudentielle constante. Cette disposition clarifie le fait que la preuve selon une certitude « absolue » est étrangère à leur binôme.

La preuve par vraisemblance (art. 8.6 C. civ.) apporte quant à elle la nouveauté et la promesse de nouvelles aventures : dans certaines

(185) Voy. *supra*, n° 19-1.

(186) Dans un premier temps, pour autant que les conditions de l'art. 8.6, al. 2, soient réunies, le juge devrait évaluer si le lien de causalité peut être établi selon une vraisemblance que le législateur a, dans les travaux préparatoires, évaluée de manière indicative à un pourcentage de l'ordre de 75 % (art. 8.6, al. 2, C. civ.). Dans un second temps, si le lien de causalité n'était pas établi avec vraisemblance, la responsabilité proportionnelle pourrait s'appliquer. La victime aurait droit, conformément à l'article 6.22, à la réparation de son dommage en proportion de la probabilité que le comportement fautif ait causé le dommage par rapport aux autres causes probables.

(187) La victime devrait prouver, avec un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.) l'existence d'un lien de causalité selon la théorie de l'équivalence des conditions telle qu'adoptée dans la proposition de loi (art. 6.18 C. civ.). Si elle n'y parvenait pas mais s'il existait une « chance » réelle que le dommage de la victime ne se fût pas produit en l'absence de faute, la victime devrait prouver, toujours avec un degré raisonnable de certitude (art. 8.5 C. civ.), « la probabilité que cette faute ait causé le dommage » (art. 6.22 C. civ.).

(188) La règle, selon laquelle les lois spéciales qui dérogent à la loi générale sont appliquées prioritairement et à l'exclusion des lois générales, ne constitue pas un principe général du droit, mais seulement une règle d'interprétation en cas de concours entre dispositions légales, voy. Cass., 2 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1529.

circonstances, le juge peut se contenter d'être convaincu de la simple vraisemblance du lien de causalité. Par son arrêt du 14 novembre 2022, la Cour de cassation a d'ailleurs montré les possibilités de cette nouvelle alliance. Il n'en reste pas moins que la nouveauté offre son lot d'insécurité : alors que la preuve par vraisemblance peut se concevoir pour prouver l'enchaînement des faits dans le passé (*premier élément du lien de causalité*), tel ne nous semble pas pouvoir être le cas pour ce qui concerne la preuve de la reconstruction du scénario contrefactuel (*deuxième élément du lien de causalité*). La combinaison entre ces deux corps de règles est d'autant plus importante lorsque l'incertitude s'insère dans l'équation et que d'autres mécanismes, tels que la perte de chance ou la responsabilité proportionnelle, existent déjà pour pallier cette incertitude.

Dans ces liens complexes, nous avons tenté d'offrir une grille de lecture permettant de réconcilier l'un et l'autre membre de ce beau couple.

CÉLINE JOISTEN (189)

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

(189) L'auteur s'exprime en son propre nom.