

SOMMAIRE

- La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa?, par B. Dubuisson 489
- Quelques questions de prescription ou de forclusion en matière d'assurance terrestre, par D. Léonard 497
- Voies de recours - Matière civile - Tierce opposition - Situation des parties à la décision attaquée - Droit au double degré de juridiction (non). (Cass., 3^e ch., 26 mars 2007, note) . 500
- Droits de l'homme - Article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme - Délai raisonnable - Appréciation souveraine du juge du fond - Contrôle par la Cour de cassation - Droits de l'homme - Article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme - Délai raisonnable - Dépassement - Attente d'un arrêt de la Cour [constitutionnelle] - Ecoulement d'un délai de plus de quatre ans. (Cass., 2^e ch., 28 février 2007, observations de G.-F. Raneri) 501
- Régimes matrimoniaux - Séparation de biens - Société d'acquêts accessoire - Attribution à l'époux survivant - Avantage matrimonial licite - Conséquences - Recours des créanciers personnels de l'époux décédé sur la société d'acquêts (non). (Bruxelles, 7^e ch., 30 mars 2006, observations de P. Piron¹) 504
- Chronique judiciaire :
Thémis et les Muses - Bibliographie - Pile ou face? - Coups de règle - Echo.

Dans la collection *Les Dossiers du Journal des tribunaux*

Droits réels

Chronique de jurisprudence 1998-2005

Dans la collection *J.L.M.B. OPUS*

Le renvoi préjudiciel en droit européen

Guide pratique

Voyez les dépliants au centre de ce journal

DOCTRINE

La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa?

PAR DIFFÉRENTS ARRÊTS rendus ces dernières années, la Cour de cassation a censuré plusieurs décisions du juge du fond ayant condamné l'auteur d'un fait fautif à réparer partiellement le dommage causé, sur le fondement d'une simple vraisemblance de causalité. La Cour entend rappeler ainsi avec insistance l'exigence de certitude du lien causal unissant la faute au dommage en vue de justifier la réparation. Plus précisément, c'est par une application de la théorie de la perte d'une chance que les décisions critiquées avaient condamné l'auteur à réparer partiellement le dommage subi. La question se pose donc de savoir si la théorie de la perte d'une chance est désormais fermement désavouée par la Cour de cassation, tout au moins lorsque celle-ci est utilisée pour maquiller une incertitude causale. Une telle condamnation souhaitée par une partie de la doctrine aurait évidemment des conséquences graves pour les victimes d'accidents médicaux. Elle témoignerait de l'incapacité du droit à prendre en compte l'aléa dans le raisonnement causal et dans l'allocation des dommages et intérêts. Il n'est pas certain qu'une solution aussi radicale soit opportune ni fondée en droit.

Introduction

1. La théorie dite « de la perte d'une chance » paraît particulièrement malmenée en droit belge ces derniers temps. Plusieurs arrêts récents rendus par la C^{ou}r de cassation paraissent en avoir sonné le glas¹.

(1) Voy. en doctrine, I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, pp. 92 à 97; N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales? », *J.T.*, 2005, pp. 359 à 361; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée? », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 307 à 321; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage - Questions particulières*, coll. Droit des assurances, J.-L. FAGNART, C. DEVOET et C. PARIS (éd.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 73 à 101; S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, pp. 259 à 273; E. MONTERO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque : un préjudice illusoire? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1085 à 1092.

Notre propos ne consistera pas ici à ajouter un nouveau commentaire concernant les arrêts rendus successivement les 19 juin 1998², 1^{er} avril 2004³, 12 octobre 2005⁴ et 12 mai 2006⁵, mais à proposer une réflexion plus globale sur la notion de perte d'une chance, afin d'en mesurer la pertinence en droit de la responsabilité civile.

Indépendamment de la jurisprudence précitée, beaucoup s'interrogent encore à l'heure actuelle sur l'opportunité d'un abandon pur et simple de cette théorie, notamment dans le domaine de la responsabilité civile médicale⁶.

(2) Cass., 1^{re} ch., 19 juin 1998, R.G. n° C.97.0142.F et C.97.0152.F; *Pas.*, 1998, I, 324; Bruxelles, 4 janvier 2001, *Journ. Proc.*, n° 410, 2001, p. 22.

(3) Cass., ch. réun., 1^{er} avril 2004, R.G. n° C.01.0211.F et C.01.0217.F; *J.D.J.*, 2004, liv. 239, p. 44, note; *R.W.*, 2004-2005, p. 106, note I. BOONE; *J.T.*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE; *R.G.D.C.*, 2005, p. 368, note C. EYBEN; *NjW*, 2005, p. 628, note S. LIERMAN.

(4) Cass., 2^e ch., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0262.F.

(5) Cass., 1^{re} ch., 12 mai 2006, R.G. n° C.05.0021.F.

(6) Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers - Bruxelles, Maklu - Bruylant - Ced.Samsom, 1996, pp. 276 et s.; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical*, Bruxelles, De Boeck,

Après un bref rappel de la position actuelle de la Cour de cassation belge (1), nous reprendrons un par un les arguments des détracteurs de cette théorie afin d'en analyser la pertinence (2). Dans un second temps, nous tenterons d'envisager des solutions alternatives et d'en évaluer les avantages et les inconvénients (3).

1

Un revirement difficilement contestable

A. Les étapes d'un revirement

2. Alors qu'elle avait largement ouvert les portes à la théorie dite « de la perte d'une chance » par son arrêt du 19 janvier 1984⁷, la Cour suprême a amorcé un net revirement dans son arrêt du 19 juin 1998 rendu dans la pénible affaire de la jeune femme agressée au vitriol par son ex-compagnon⁸. Celle-ci reprochait à l'Etat belge et à la ville de Liège de ne lui avoir accordé aucune protection policière alors même que son compagnon l'avait menacée à plusieurs reprises et pouvait à tout moment passer à l'acte. Le pire était arrivé, puisqu'elle fut effectivement défigurée quelque temps plus tard, alors que le magistrat du parquet et la police communale étaient restés sourds à ses appels.

La cour d'appel de Liège saisie de l'action en responsabilité avait considéré qu'à défaut de pouvoir établir une causalité certaine entre ces omissions fautives et le dommage concrètement subi, la jeune femme avait au moins perdu une chance de l'éviter. Plus précisément, la cour estime que la victime aurait eu 50% de chances d'éviter le préjudice si des mesures adéquates avaient été prises et oblige par conséquent l'Etat belge et la ville de Liège à réparer cette perte de chances, évaluée à la moitié du dommage subi *in concreto*.

Un pourvoi en cassation est introduit contre cet arrêt. La Cour censure la décision du juge du fond au motif que « le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage »⁹. Assez curieusement, cet arrêt ne suscita guère de remous dans la doctrine. On peut même dire qu'il passa presque inaperçu. Sans doute, pou-

vait-on reprocher à l'arrêt entrepris d'avoir trop insisté sur l'incertitude du lien causal et pas assez sur l'objet spécifique de la réparation : la perte d'une chance. A l'évidence, le juge du fond pouvait difficilement cacher son embarras à cet égard car il n'était pas établi avec certitude que si les mesures de protection avaient été prises, le compagnon éconduit aurait renoncé à son funeste projet.

Afin d'éviter le même reproche, la cour d'appel de Bruxelles saisie sur renvoi indiquera plus clairement que la faute reprochée aux pouvoirs publics avait certainement entraîné la perte de chances d'éviter le dommage et que c'était ce dommage spécifique distinct du préjudice finalement subi qu'il convenait de réparer. Sur la base de son appréciation souveraine, la cour d'appel estimera que la victime aurait eu 80% de chances d'éviter le dommage si des mesures adéquates avaient été prises¹⁰.

Saisie d'un second pourvoi, la Cour de cassation, statuant cette fois toutes chambres réunies, censure à nouveau l'arrêt sur les conclusions conformes de l'avocat général et confirme sa position : « le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et le dommage »¹¹.

Dans ses conclusions précédant cet arrêt, l'avocat général Th. Werquin se montre particulièrement critique à l'égard de la théorie de la perte d'une chance lorsqu'elle est utilisée dans un contexte d'incertitude causale¹². Celle-ci revient selon lui « à substituer au dommage subi par la victime et qui sous-tend sa demande d'indemnisation, un concept abstrait, la perte d'une chance, conséquence de la faute, et ce dans un souci d'indemnisation de la victime ».

Sur second renvoi, la cour d'appel de Mons était forcée d'admettre que l'indemnisation ne pouvait se justifier par référence au « concept vicieux » de la perte d'une chance, lequel introduit un élément d'aléa qui s'oppose à la notion de certitude. Tout en se rangeant à l'argumentation de la Cour suprême, elle estime cependant, de manière surprenante, que sans la faute des autorités publiques « l'agresseur aurait certainement été mis hors d'état de mener jusqu'au bout sa résolution criminelle »¹³. La ville de Liège et l'Etat belge sont donc condamnés *in solidum* à réparer l'intégralité du dommage. Voilà ce qu'il en coûte parfois de s'obstiner : condamnées initialement à réparer la moitié du dommage sur le fondement de la théorie de la perte d'une chance, les autorités publiques doivent finalement le réparer intégralement après avoir pourtant triomphé deux fois devant la Cour de cassation!

3. Depuis lors, la Cour de cassation maintient son cap. Dans un arrêt du 12 octobre 2005, qui concernait trois justiciables poursuivis pénalement pour ne pas avoir porté secours en temps utile à la victime d'une agression ultérieurement décelée, la Cour casse à nouveau l'arrêt du juge du fond, au motif que celui-ci n'a pas constaté

que sans la faute des prévenus, « le dommage invoqué par les parties civiles n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit »¹⁴.

Enfin, dans un arrêt du 12 mai 2006, elle accueille le pourvoi introduit cette fois par la victime, dans une affaire de responsabilité civile médicale¹⁵. En l'absence de faute dans le diagnostic et dans l'exécution de l'intervention, le patient reprochait au médecin de ne pas l'avoir informé qu'il fallait se représenter sans tarder à l'hôpital s'il était pris d'un malaise peu après sa sortie. Le juge du fond avait condamné le médecin à réparer le préjudice résultant de la perte d'une chance d'être pris en charge plus rapidement ce qui lui aurait permis d'éviter des traitements lourds (laparotomie et colostomie à la suite d'une réaction péritonéale). Le patient critiquait cette décision au motif que sa demande ne portait pas sur la perte d'une chance mais sur le dommage réellement subi qui consistait, en l'espèce, dans les traitements qu'il avait dû supporter et auxquels il aurait pu échapper s'il avait été correctement informé.

La Cour de cassation censure l'arrêt en rappelant que celui qui, par sa faute, cause un dommage à autrui est tenu de réparer le dommage réellement subi.

L'affaire était assurément particulière puisque la victime ne demandait pas la réparation de la perte d'une chance, comme dans les affaires précédentes, mais la réparation de l'aggravation du dommage résultant du défaut d'avertissement. Le fait dommageable était donc à l'origine d'un préjudice réel et concret et le juge du fond lui avait ainsi accordé ce qu'elle ne demandait pas. En censurant la décision, la Cour de cassation indique qu'il n'était pas justifié d'appliquer la théorie de la perte d'une chance dans le cas d'espèce. Il semble donc difficile de déduire de cet arrêt une condamnation ferme et définitive de l'application du concept de perte de chances dans le domaine de la responsabilité civile médicale¹⁶.

B. Réalité ou apparence d'un revirement

4. La Cour de cassation a-t-elle définitivement condamné la théorie de la perte d'une chance lorsqu'elle est utilisée pour suppléer à une incertitude causale? Il est sans doute encore trop tôt pour le dire¹⁷.

Ce qui frappe néanmoins à la lecture des arrêts précités, c'est la référence constante au « dommage réellement subi ». Il est difficile de ne pas comprendre cette affirmation comme un ralliement à la position très critique défendue par une partie de la doctrine belge, qui voit dans la perte d'une chance utilisée dans un contexte d'incertitude causale, un préjudice factice et artificiel intercalé entre la faute et le préjudice réellement subi¹⁸. « Un pur jeu de mot » en

2001, p. 128; S. LIERMAN, « Causaliteit in verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, pp. 259 à 273. On ne traitera pas ici de la loi concernant la réparation des dommages résultant de soins de santé qui a été soumise par la Chambre à la sanction du Roi, le 2 mai 2007. Cette loi risque sans doute de modifier considérablement la nature du contentieux de la responsabilité civile médicale. On notera toutefois qu'elle exclut de son domaine d'application « les risques ou effets secondaires normaux et prévisibles liés à la prestation de soins de santé ». Ceci laisse penser qu'il restera une large place pour le droit commun et que, dans les cas où la loi ne s'applique pas, la théorie de la perte d'une chance conservera sa pertinence s'agissant d'apprécier l'existence du lien causal. Pour un premier commentaire critique sur le projet de loi, voy. D. DE CALLATAÏ, « Halte au fonds », *J.T.*, 2007, p. 248.

(7) Cass., 1^{re} ch., 19 janvier 1984, R.G.A.R., 1986, n° 11084, note Th. VANSWEEVELT.

(8) Cass., 1^{re} ch., 19 juin 1998, R.G. n° C.97.0142.F et C.97.0152.F; *Pas.*, 1998, I, 324.

(9) *Ibidem*.

(10) Bruxelles, 4 janvier 2001, *Journ. proc.*, n° 410, 2001, p. 22, obs. J. FERMON.

(11) Cass., ch. réun., 1^{er} avril 2004, précité note 3.

(12) Les conclusions de l'avocat général Th. Werquin précèdent la publication de l'arrêt du 1^{er} avril 2004 sur le site officiel de la Cour de cassation (http://www.juridat.be/cass/cass_fr/p1.php).

(13) Mons, 2^e ch., 10 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 717.

(14) Cass., 2^e ch., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0262.F.

(15) Cass., 1^{re} ch., 12 mai 2006, R.G. n° C.05.0021.F.

(16) En ce sens également, S. LIERMAN, « Causaliteit in verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 266, n° 19.

(17) Pour un avis nuancé sur la question voy. S. LIERMAN, *ibidem*, p. 266, n° 18.

(18) J.-L. FAGNART, « Petite navigation dans les méandres de la causalité », R.G.A.R., 2006, n° 14080; « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage*, op. cit., p. 80, n° 16, p. 84, n° 25; M.E. STORME, « Causaliteit in het Belgisch aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht », *Dr. circ.*, 1990, p. 225.

d'autres termes. Dans ce contexte, cette théorie n'aurait d'autre but que de maquiller l'incertitude causale et même d'éluder l'exigence d'une causalité certaine afin de venir au secours de la victime.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt du 1^{er} avril 2004, l'avocat général Th. Werquin fait écho à ces critiques et les amplifie en observant que si l'auteur des faits n'avait pas été insolvable, la victime aurait théoriquement pu agir à la fois contre ce dernier et les autorités publiques et aurait ainsi obtenu plusieurs fois la réparation de ce qui n'est en réalité qu'un seul et même préjudice. La perte d'une chance apparaît alors pour ce qu'elle est : un succédané du préjudice final¹⁹.

Nous voudrions tenter de démontrer que les bases sur lesquelles repose la condamnation de la théorie de la perte d'une chance sont inexactes ce qui n'exclut pas que son application puisse donner lieu à des difficultés réelles.

2

La perte d'une chance, préjudice factice et artificiel?

A. Les deux acceptions de la théorie de la perte d'une chance

5. Les détracteurs de la théorie de la perte d'une chance s'emploient à distinguer deux conceptions de la perte d'une chance, dont seule la première trouve grâce à leurs yeux. Ce faisant, cette doctrine emboîte le pas au doyen R. Savatier et à d'autres auteurs français, comme J. Penneau et F. Chabas, qui avaient, depuis longtemps déjà, tiré les premières bordées contre ce « faux concept »²⁰.

Dans une première acception, la perte d'une chance apparaît comme la perte certaine d'un profit ou d'un avantage espéré. L'illustration la plus fréquemment citée est celle, bien connue, du cheval qui ne peut pas prendre part à une course à la suite de la faute du transporteur²¹. Le cheval n'ayant par hypothèse pas pu participer à la course, il sera à tout jamais impossible de démontrer que son propriétaire eût remporté le prix attribué au vainqueur s'il avait été transpor-

té à temps sur les lieux de la compétition. Le préjudice subi par le propriétaire consiste donc dans la perte d'une chance de remporter le prix, chance que l'on évaluera à la mesure des probabilités que le cheval avait réellement de gagner la course s'il avait concouru. Encore faut-il, ajoute-t-on, que ces chances soient sérieuses et raisonnables et non nulles ou proches de zéro. Le propriétaire d'un canasson ne pourrait prétendre à aucune indemnisation.

Un raisonnement similaire peut être tenu en cas de perte d'un billet de loterie imputable à la faute d'un tiers alors même que le gros lot n'aurait pas été réclamé ou encore lorsqu'un avocat négligent laisse s'écouler un délai de recours ou de prescription en faisant ainsi perdre à son client une chance d'obtenir une décision plus favorable en appel²².

Les critiques de la doctrine belge et française n'atteignent pas ce préjudice. Celui-ci est tenu pour réparable parce qu'il s'agirait d'une chance qui n'a jamais été éprouvée et dont le résultat demeurera pour toujours inconnu. Dans cette acception, la théorie de la perte d'une chance ne souffrirait donc aucune contestation.

Par contre, selon ces mêmes auteurs, il n'en irait pas de même lorsque la théorie de la perte d'une chance est utilisée alors que le processus dommageable est arrivé à son terme.

Tel est le cas en matière de responsabilité civile médicale lorsqu'il s'agit de justifier l'indemnisation de perte d'une chance de survie ou de guérison. Dans un tel contexte en effet, on connaît le dommage et toutes ses conséquences (décès, incapacités, ...), mais à défaut de pouvoir établir que, sans la faute reprochée au corps médical (erreur de diagnostic, erreur dans le choix des moyens thérapeutiques, absence d'information, ...), ce dommage ne serait pas survenu tel qu'il est survenu *in concreto*, on considère que cette faute du médecin a au moins fait perdre, de façon certaine, une chance de guérison ou de survie au patient.

Dans cette seconde acception, pour reprendre les termes de l'avocat général Th. Werquin, la perte d'une chance apparaît comme un préjudice artificiel et imaginaire destiné à justifier une indemnisation partielle de la victime, à concurrence des chances perdues. Employée dans un tel contexte, la théorie consisterait à maquiller l'incertitude causale en vue seulement de justifier une réparation partielle du préjudice réellement subi. Le juge présumerait en quelque sorte la causalité mais diminuerait le dommage. Il s'agirait ni plus ni moins, d'un dévoiement ou d'une extension perverse de la théorie.

Seule serait indemnisable la perte d'une « véritable chance », c'est-à-dire la perte d'une chance qui n'a jamais été éprouvée et dont le résultat demeurera à jamais inconnu.

Ces critiques doctrinales ont apparemment emporté l'adhésion de la Cour de cassation²³. Elles reposent pourtant sur des fondements fragiles car l'opposition ainsi mise en lumière paraît elle-même factice.

B. Retour à une conception unitaire

1. Perte d'un espoir de gain ou perte d'un espoir de guérison ou de survie

6. Comme beaucoup d'auteurs l'ont démontré²⁴, il n'existe pas entre la perte d'un avantage probable et la perte d'une chance d'éviter un dommage une différence à ce point fondamentale qu'elle justifie une différence de traitement sous l'angle de la réparation. L'incertitude causale est présente dans les deux cas qu'il s'agisse de la probabilité d'obtenir un avantage définitivement perdu ou d'éviter un risque qui s'est finalement réalisé. Cette formulation fait d'ailleurs apparaître qu'il s'agit des deux facettes d'un même problème, celui de la prise en compte d'un aléa dans l'établissement du lien de causalité entre la faute et le dommage²⁵.

En effet, le fait que dans un cas le processus dommageable soit arrivé à son terme et dans l'autre pas ne devrait en rien modifier l'analyse de la perte d'une chance comme un préjudice spécifique²⁶.

A bien y réfléchir, tous les exemples cités recèlent chacun une incertitude causale. Le propriétaire du cheval comme le client de l'avocat ont tous deux subi un préjudice définitif. Ce préjudice consiste dans la faute irréversible du prix ou des enjeux du procès. Et c'est bien parce qu'il est impossible de démontrer de façon certaine un lien causal entre ce préjudice définitif et la faute du transporteur ou de l'avocat que l'on fait porter la réparation sur la perte de cet avantage probable. Cette perte est, elle aussi, un préjudice qui s'intercale entre la faute et le préjudice réellement subi.

(24) I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 95, n° 11, qui souligne que dans les deux cas une incertitude existe au moment où la faute est commise; I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », in *Droit de la responsabilité - Morceaux choisis*, B. DUBUISSON et P. HENRY (sous la coord. de), coll. C.U.P., vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 40, n° 23; N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales? », *J.T.*, 2005, p. 359; « La responsabilité : le devenir de la perte d'une chance », in *Actualités du droit médical*, actes du colloque organisé à l'U.C.L. le 6 octobre 2006 par le Centre de droit médical et biomédical, à paraître aux éd. Bruylant; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée? », *R.G.D.C.*, 2005, p. 311, n° 12; S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 265, n° 6; R. MARCHETTI, E. MONTERO et A. PÜTZ, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable? - La perte d'une chance de ne pas naître? », note sous Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 127 à 132, n° 17-21; C. MÜLLER, « La perte d'une chance », in *La réforme du droit de la responsabilité civile*, B. FOËX et F. WERRO (éd.), Genève - Zurich - Bâle, 2004, Schulthess Media Juridiques, p. 175.

(25) L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », in *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives*, Franz Werro (éd.), colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Université de Fribourg, Berne, Stampfli Editions, 2002, pp. 237 à 257.

(26) C'est pourquoi il ne nous semble pas légitime de refuser l'indemnisation de la perte d'une chance de remporter un concours, lorsque la victime s'est efforcée d'y participer mais sans succès, alors même que l'accident imputable à la faute d'un tiers a réduit ses chances de réussite. *Contra*, J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 78, n° 13. La jurisprudence française se montre également réticente à ce sujet. Voy. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 98, n° 282. Par contre, il ne saurait être question de dommage si la victime a effectivement réussi ce concours en dépit des difficultés consécutives à l'accident.

(19) Les conclusions de l'avocat général Th. Werquin précèdent la publication de l'arrêt du 1^{er} avril 2004 sur le site officiel de la Cour de cassation (http://www.juridat.be/cass/cass_fr/p1.php).

(20) F. CHABAS, « Vers un changement de nature de la responsabilité médicale », *J.C.P.*, 1973, I, n° 2541; J. PENNEAU, note sous Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 27 mars 1973, *Rec.*, Dalloz, 1973, jur., p. 595; La responsabilité du médecin, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 34; R. SAVATIER, « Le droit des chances et des risques dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale », *R.G.A.T.*, 1973, pp. 457 à 481; « Une faute peut-elle engendrer un dommage sans l'avoir causé? », *Rec.*, Dalloz, 1970, chron., pp. 123 à 126. Adde Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2005, p. 114, n° 223, qui voit aussi dans la notion de perte de chances de guérison, un dévoiement de la théorie.

(21) Dans une contribution récente, J.-L. Fagnart compare ce cas à celui du patient qui, en raison de la faute d'un tiers, est privé totalement de soins spécialisés. Il admet, dans cette hypothèse, l'application de la théorie de la perte d'une chance. Voy. J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 99, n° 65.

(22) Voy. par exemple, Mons, 2^e ch., 16 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 443.

(23) La lecture des conclusions de l'avocat général Th. Werquin laisse peu de place au doute à ce sujet. Reste à savoir si la Cour de cassation acceptera de pousser le raisonnement jusqu'à son terme. A notre avis, il n'est pas certain que le recours à la théorie de la perte d'une chance soit, du même coup, condamnée en matière médicale.

Dans l'exemple du cheval, la chance est définitivement perdue puisque la course a eu lieu et qu'on ne pourra jamais savoir si le cheval aurait remporté l'épreuve. De même, le délai de recours étant écoulé en raison de la négligence de l'avocat, on ne pourra jamais démontrer que si la faute n'avait pas été commise, l'avocat aurait obtenu un résultat plus favorable. La seule particularité de ces espèces par rapport à celles de la seconde catégorie résulte du fait que c'est un espoir de gain qui a été déçu et non un risque qui s'est réalisé. Il n'en reste pas moins que même dans les hypothèses rangées dans la première catégorie, le profit attendu aurait très bien pu échapper à la personne lésée même si la faute n'avait pas été commise.

Si la faute consiste dans un diagnostic tardif, on ne saura pas non plus si un diagnostic plus rapide aurait permis d'éviter le préjudice qui s'est finalement réalisé, mais en l'absence de faute, il est certain que la victime aurait pu éviter le dommage. Sans doute le processus dommageable est-il ici arrivé à son terme, mais la perte du prix de la course pour le propriétaire ou la perte du procès pour le plaideur ne sont-elles pas aussi irréversibles que le dommage subi par le patient?

Dans tous les cas, on constate par conséquent la disparition certaine de la probabilité d'un événement favorable, c'est-à-dire tout simplement la chance d'obtenir un meilleur résultat²⁷. La seule différence réside dans le fait que dans la première catégorie, la perte de chance s'exprime positivement sous la forme d'un avantage espéré et dans la seconde, négativement, sous la forme d'un dommage qu'on aurait pu éviter²⁸. Dans tous les cas, la théorie de la perte d'une chance est utilisée pour résoudre une incertitude causale. C'est même dans ce contexte qu'elle trouve sa spécificité²⁹. Il n'est donc pas exact de prétendre que dans le cas du cheval le lien de causalité entre la faute et le dommage consistant dans l'impossibilité de prendre le départ serait établi avec certitude car le dommage ne consiste précisément pas dans l'impossibilité de prendre le départ, mais dans la perte d'un avantage qui n'était que probable³⁰. Cette perte n'accède d'ailleurs au rang de dommage réparable qu'à l'issue de la course.

7. On ne peut donc fonder la condamnation de la théorie de la perte d'une chance sur la base de cette distinction, alors que son application aboutit nécessairement à affecter l'appréciation du lien causal en déplaçant le point de vue sur un autre préjudice que celui qui s'est réalisé *in concreto*.

Preuve en est que la perte d'un espoir de gain peut fort bien se concevoir en dehors de toute incertitude causale. Lorsqu'une société voit son bénéfice diminuer en raison de l'indisponibilité d'un de ses dirigeants imputable à la faute d'un

tiers, son préjudice consiste dans la perte du profit espéré. Nul ne songerait à recourir ici à la théorie de la perte d'une chance, car il existe une causalité certaine entre la faute et le préjudice qui se traduit dans un manque à gagner. Il n'y a pas lieu non plus d'évoquer la perte de chances, lorsque le préjudice consiste dans la perte certaine d'un avantage sur lequel la victime était en droit de compter.

Il n'est toutefois pas toujours aisé de donner au préjudice sa véritable consistance. On indemnise parfois le préjudice sexuel sous la forme de la perte d'une chance de fonder un foyer alors qu'il n'existe aucune incertitude sur la relation causale entre l'accident et le préjudice qui consiste dans l'impossibilité de procréer³¹. De même lorsqu'une faute médicale oblige le patient à subir des traitements lourds qui n'auraient pas été nécessaires en l'absence de cette faute, le préjudice consiste dans le coût de ces traitements et dans les souffrances endurées, sans qu'il soit besoin de recourir à la théorie de la perte d'une chance³².

La théorie de la perte d'une chance ne s'applique que si l'avantage attendu présente un caractère aléatoire. Elle se propose de traiter l'incertitude sous l'angle du préjudice, en accordant à ce dernier un statut spécifique et en déplaçant du même coup l'objet de la causalité³³. Le fait que le processus dommageable soit arrivé à son terme dans la seconde catégorie d'hypothèses et non dans la première ne change rien à l'affaire.

2. Perte d'une chance, préjudice certain et spécifique

8. En rejetant la théorie de la perte d'une chance dans sa seconde acception, la Cour de cassation refuse implicitement de considérer que le fait d'être exposé à un risque puisse constituer un préjudice spécifique méritant réparation comme tout autre préjudice.

(31) *Ibidem*, p. 94, n° 49.

(32) Tel était le problème qui se posait selon nous dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 2006. Voy. à cet égard, S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 267, n° 18. Comp. J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 99, n° 62.

(33) Il y a lieu de noter cependant que l'incertitude peut aussi affecter le dommage et son étendue, spécialement lorsqu'il s'agit de projeter ses conséquences dans le futur. Déterminer l'étendue du dommage nécessite aussi d'avoir recours à un processus de reconstruction abstrait puisqu'il faut se demander quelle aurait été la situation hypothétique de la victime en l'absence de faute. On enseigne généralement que pour être réparable le dommage, tout comme le lien causal, doit être certain, mais on ajoute aussitôt qu'un dommage futur peut-être certain. En pratique, le dommage futur n'échappe pas non plus à l'incertitude : combien de temps la victime aurait-elle pu vivre indépendamment du fait fautif ; jusqu'à quel moment aurait-elle exercé des activités lucratives ? Dans ce contexte, le recours aux probabilités et aux statistiques pose apparemment moins de problèmes. Les tables de mortalité sont utilisées afin de déterminer au plus juste les pertes de salaires qui seront subies par la victime pendant sa survie lucrative probable. Dans ce domaine également, l'incertitude doit être disciplinée mais la solution se conçoit indépendamment du recours à la théorie de la perte d'une chance. A certains égards, on retrouve néanmoins des questions analogues : perte future de secours alimentaires pour les parents d'un enfant décédé, perte d'une chance d'accéder à une promotion ou à un emploi... Voy. sur ces questions, B. DE TEMMERMAN, « Kapitaliseren volgens "Levie" of volgens "Schryvers" ? - Twee visies op (on)zekerheid van schade », *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme*, T.P.R., 2004, pp. 177 à 210.

Dans les arrêts précités, le rejet de l'indemnisation repose uniquement sur la conviction que la théorie de la perte d'une chance n'est utilisée que pour contourner l'exigence d'une causalité certaine, mais à aucun moment, la cour n'explique pourquoi il faudrait en conclure que le préjudice invoqué est artificiel, factice ou imaginaire.

Pourquoi la perte d'une chance de guérison ou de survie devrait-elle être écartée de la liste des préjudices réparables dès lors qu'il existe un intérêt légitime pour la victime à ne pas être exposée à ce risque ? Comme le note plusieurs auteurs, si l'atteinte à l'intégrité physique constitue un dommage réparable pourquoi en irait-il autrement de l'atteinte à des chances réelles de guérison et de survie³⁴.

Rappelons que le droit belge ne comporte aucune définition légale qui serait de nature à réduire le champ des préjudices réparables. Pour qu'un dommage soit réparable, il suffit en règle de démontrer que la victime se trouve dans une situation moins favorable que celle dans laquelle elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise. Si la victime a été exposée à un risque ou à un risque accru à la suite d'une action ou d'une omission fautive d'un médecin, il est difficilement contestable qu'il en résulte pour elle un dommage spécifique qui mérite réparation. Dans un système juridique qui ne définit pas le dommage autrement que par une différence de valeurs *ex ante* et *ex post*, on ne voit pas ce qui empêcherait une telle extension.

Affirmer que la perte d'une chance d'éviter un risque ne constitue pas un préjudice au motif qu'il s'agirait d'un préjudice incertain ou aléatoire nous paraît donc procéder d'une erreur de jugement. Refuser à la victime toute réparation au motif que le risque auquel elle a été exposée aurait pu se réaliser également en l'absence de faute est profondément injuste pour la victime et exagérément favorable pour celui dont le comportement a contribué à augmenter ce risque. L'existence d'un aléa ne chasse pas définitivement le préjudice car l'évitement d'un risque constitue un intérêt digne de protection.

La référence à la technique de l'assurance suffit d'ailleurs à démontrer que le risque peut faire l'objet d'un échange économique et qu'il est possible de lui donner une valeur patrimoniale propre. Si le transfert d'un risque peut faire l'objet d'un échange économique par le biais du contrat d'assurance, on ne voit pas pourquoi le fait d'avoir été exposé à un risque ou à un risque accru par la faute d'un tiers ne pourrait pas constituer un préjudice spécifique indépendamment de la question de savoir si celui-ci s'est réalisé ou non³⁵. Comme l'écrit un auteur : « comme le droit est censé appréhender le monde tel qu'il est perçu par les sujets de droit, il est seulement logique que le droit reconnaisse à ces risques et

(27) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », in *La réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 149 ; L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, p. 239.

(28) Comp. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2006/2007, p. 388, n° 1418, qui distingue « chance » et « risque ».

(29) En ce sens, I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 93, n° 4 ; C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 145 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 232, n° 371.

(30) J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 74, n° 4.

(34) N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales ? », *J.T.*, 2005, p. 361 ; C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée ? », *R.G.D.C.*, 2005, p. 311, n° 12 ; E. MONTERO et A. PUTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque : un préjudice illusoire ? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1090.

(35) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, pp. 164 et 169 ; dans le même sens, L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, p. 2595 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 279, n° 91.

ces chances une existence propre et qu'il leur attribue une valeur patrimoniale propre »³⁶.

Sans doute dira-t-on que le prix du risque ne peut être approché en assurance que par le procédé de la mutualisation, procédé inconcevable dans le contexte de la responsabilité civile. Il n'en reste pas moins que si le risque a une valeur économique le fait d'avoir été soumis à un risque devrait constituer un préjudice réparable. Si cette opinion est correcte, il faudrait cependant admettre que la perte d'une chance constitue un préjudice réparable indépendamment de la réalisation du risque³⁷. Or, comme nous le verrons plus loin, il est difficile de faire totalement abstraction du dommage tel qu'il est survenu *in concreto*, car c'est par le biais de ce dommage que l'on parvient à définir, en droit de la responsabilité, le montant de l'enjeu perdu³⁸.

9. Ceci étant, il manque encore actuellement en droit belge une théorie générale qui permettrait de baliser le domaine d'application de la perte de chances et de déterminer les conditions de l'indemnisation. Celle-ci pourrait s'articuler autour de quelques principes de base. Tout d'abord, la victime ne peut prétendre à réparation que si elle est entrée réellement dans le champ des probabilités : si elle prétend avoir perdu une chance de gagner un concours, elle doit tout au moins s'y être inscrite, sans quoi la perte de chance se confondrait avec un simple espoir subjectif³⁹.

De plus, la victime doit déjà être exposée au risque au moment où la faute est commise, cette dernière ayant pour conséquence de faire disparaître les chances d'éviter le dommage⁴⁰. Il n'y aurait pas lieu d'appliquer la théorie de la perte d'une chance dans les hypothèses où, avant la faute commise par le tiers responsable, la victime avait encore toutes les chances d'obtenir l'avantage espéré ou d'éviter le dommage. Dans ce cas, en l'absence d'aléa, c'est le préjudice final qu'il convient de réparer, tout au moins si celui-ci est en lien causal avec la faute commise.

En outre, la perte de chances ne devait être réparable que si ces chances sont sérieuses et raisonnables⁴¹. On entend par là qu'il n'y aurait pas lieu à réparation si les chances de gain ou les risques de perte sont nuls ou infimes. A partir d'un certain seuil, la petitesse de la chance et l'incertitude sur son existence ne peuvent plus être séparées⁴².

10. De la même façon qu'un risque n'est transférable en matière d'assurance qu'à certaines

conditions d'ordre technique, la perte de chances, pour être réparable, doit aussi être mesurable objectivement soit par des méthodes scientifiques soit par une règle d'expérience, sans quoi son appréciation laisse place à l'arbitraire. Une distinction doit être effectuée à ce titre entre la probabilité purement statistique et la probabilité estimative. La première fournit une valeur moyenne résultant d'un grand nombre d'observations effectuées au départ de cas similaires. La seconde consiste à rapporter la moyenne à un cas concret afin d'en vérifier la pertinence par rapport à ce cas précis. La probabilité estimative permet, en d'autres termes, de projeter sur un cas particulier la probabilité statistique obtenue sur une série⁴³. Seule la probabilité estimative semble pertinente dans le contexte évoqué ici.

En matière médicale, il est possible de fixer le pourcentage de chances de survie ou de guérison qu'avait la victime en fonction des données acquises de la science et de l'évolution normale et prévisible de l'état du patient. On distingue ainsi le dommage iatrogène provoqué par le médecin ou par le traitement médical et le dommage endogène imputable à l'évolution naturelle de la maladie⁴⁴.

De même en se fondant sur l'état du droit, il est possible de prédire les chances de succès d'une action en justice qui n'a pu être intentée.

Une des difficultés présente dans l'affaire de la jeune fille sauvagement agressée résultait précisément du fait que le risque auquel celle-ci avait été exposée en raison de l'omission des autorités publiques n'était ni mesurable ni objectivable. Il était impossible de démontrer que l'agresseur aurait renoncé à son projet si des moyens de protection adéquats avaient été mis en œuvre. On ignore d'ailleurs quels moyens auraient pu être mis en place compte tenu des effectifs disponibles. La fixation d'un pourcentage supposait en outre que l'on porte une appréciation purement subjective sur le comportement qu'aurait eu l'agresseur s'il avait constaté qu'une protection policière avait été prévue pour protéger sa compagne⁴⁵.

Vu le caractère non mesurable de l'aléa lié à l'exercice de la liberté humaine, il était impossible dans un cas comme celui-là de mesurer le pourcentage de chances perdues. Une telle entreprise relevait de la divination pure et simple. Les différents pourcentages retenus successivement dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt cité le démontrent amplement. Dans un tel contexte, on peut parfaitement comprendre que la Cour de cassation ait été amenée à exercer par deux fois sa censure sur les décisions rendues par les juges du fond, mais il semble préférable de limiter pour l'instant la portée de sa jurisprudence à ce type de situations.

(43) Sur cette distinction, voy. C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 149. Comp. S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 260, n° 4 qui distingue une causalité « générale » et une causalité « individuelle » ; B. DE TEMMERMAN, « Kapitaliseren volgens "Levie" of volgens "Schryvers"? - Twee visies op (on)zekerheid van schade », *Lib. amicorum T.P.R. en Marcel Storme, T.P.R.*, 2004, p. 192, n° 10, qui oppose « probabilité moyenne » et « probabilité concrète ».

(44) I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 37, n° 21.

(45) C'est par rapport à l'auteur lui-même et non par rapport à un homme raisonnable et prudent que cette appréciation doit être portée.

Sur un plan strictement juridique, les juges du fond auraient sans doute été mieux inspirés en refusant toute indemnisation, ce qui, il faut bien le reconnaître, aurait été désastreux pour la victime. Ceci ne prouve cependant qu'une seule chose : l'indigence de notre système d'indemnisation des victimes d'actes intentionnels de violence...

En règle, il convient de retenir de tout ceci que la décision de l'auteur du dommage n'est pas un événement incertain dont la survenance peut être soumise à une loi de probabilités. De façon générale, la perte d'une chance ne peut en effet résulter que d'un événement futur et incertain. Sa réalisation ne peut dépendre ni de la volonté de l'auteur ni même de celle de la victime⁴⁶.

Le même raisonnement pourrait ainsi être tenu lorsque la faute reprochée consiste dans un manque d'information de la part d'un médecin et qu'il est impossible, compte tenu de toutes les circonstances de la cause, de déterminer quelle aurait été l'attitude du patient s'il avait été correctement et complètement informé⁴⁷. La réalisation de la chance dépend ici d'une décision de la victime elle-même et n'est donc pas aléatoire au sens technique du terme⁴⁸. Il est donc difficile de la résoudre par les probabilités. Par contre, il est possible de considérer que l'intervention médicale effectuée dans ces conditions est illicite parce qu'elle porte atteinte aux droits du patient et qu'elle justifie l'indemnisation du préjudice qui résulte de cette atteinte, non de la perte d'une chance de refuser l'opération⁴⁹. Il va de soi qu'aucune indemnité n'est due si le médecin parvient à démontrer que le patient aurait consenti à l'intervention même s'il avait été informé correctement.

11. Enfin, il convient de rappeler que le recours à la théorie de la perte d'une chance ne permet pas d'éliminer toute exigence causale. La victime doit évidemment démontrer que sans la faute, la chance d'éviter le dommage n'eût pas été

(36) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 164.

(37) Sur la question de savoir si le seul fait de créer un risque de dommage constitue un préjudice réparable indépendamment de sa réalisation, voy. pour l'affirmative G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 87, n° 278; contra Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 114, n° 223.

(38) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 169.

(39) *Ibidem*, p. 171.

(40) En ce sens, F. CHABAS, note sous Cass. fr., 9 janvier 1979, *Dall.*, 1980, jur., p. 19272; S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 268, n° 23; C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 171.

(41) J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 77, n° 11; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, p. 98, n° 283.

(42) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 172.

(46) Cette condition se déduit d'un arrêt de la Cour de cassation française. Voy. Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 20 octobre 1984, *R.T.D.Civ.*, 1986, p. 117, obs. J. HUET : « la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime ». Cette affirmation est toutefois critiquée par G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 227, n° 369-1, note 173, qui estiment que la seule chose qui compte est de savoir si l'on pouvait raisonnablement pronostiquer un comportement qui aurait pu éviter le dommage.

(47) La jurisprudence française recourt volontiers à la théorie de la perte d'une chance dans un tel cas et répare la perte d'une chance d'échapper par une décision plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé. Voy. à cet égard, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 392, n° 1425 et les réf. citées; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 97, n° 282.

(48) En ce sens, C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 176.

(49) Certains auteurs, et non des moindres, soutiennent que le seul fait d'exposer le patient à un risque anormal suffirait à justifier la réparation intégrale de celui-ci, même si le lien de causalité entre la faute et le dommage n'est pas certain. Voy. à cet égard G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 235, n° 375. Contra, J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 96, n° 54 qui n'admet dans ce cas que la réparation d'un préjudice moral; sur cette question, voy. également E. MONTERO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque : un préjudice illusoire? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1085 à 1092. Dans son arrêt du 12 mai 2006, la Cour de cassation a en tout cas condamné clairement le recours à la théorie du transfert des risques lorsque le médecin n'a pas obtenu le consentement libre et éclairé du patient (Cass., 1^{re} ch., 12 mai 2006, R.G. n° C.05.0021.F.).

perdue. En d'autres termes, la faute doit avoir de façon certaine fait perdre à la victime une chance de ne pas subir le dommage. La théorie de la perte d'une chance ne supplée donc pas l'absence de lien causal ni ne crée une présomption de causalité mais déplace le point de vue causal vers un préjudice spécifique.

3. La valeur d'une chance perdue

12. Même si la perte d'une chance peut être considérée comme un préjudice distinct, la méthode utilisée pour l'évaluer prête le flanc à la critique.

Chacun s'accorde pour dire que l'indemnité allouée afin de réparer le dommage consistant dans la perte d'une chance ne peut être équivalente à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée⁵⁰. Le dommage ne consiste pas dans l'issue favorable perdue mais bien dans la valeur que représente la chance d'obtenir cette issue favorable, la probabilité étant évaluée au moment où cette chance est perdue⁵¹. De même s'agissant de la perte de chances de survie ou de guérison, celle-ci ne peut être estimée à la valeur du dommage réellement subi mais à une partie de cette valeur correspondant au pourcentage de chances que la victime avait de l'éviter au moment où la faute a été commise.

En pratique, on évaluera donc le préjudice spécifique résultant de la perte de chances en imputant le pourcentage de chances d'obtenir le gain espéré ou d'éviter le dommage sur la valeur de l'avantage perdu ou du préjudice réellement subi. Dans ce dernier cas, l'opération se résout en une fraction du dommage final, donnant ainsi l'impression que l'on procède à une réparation partielle de ce dommage et que la perte de chances n'est donc finalement, ainsi que le prétendent ses détracteurs, qu'un succédané du dommage final ou un diminutif abstrait de ce dommage⁵².

Tel est le talon d'Achille de la théorie que l'avocat général Th. Werquin n'a pas manqué de mettre en lumière dans ses conclusions précédant l'arrêt du 1^{er} avril 2004⁵³. Comment soutenir en effet que la perte de chances constitue un préjudice distinct alors que son évaluation démontre qu'elle n'est qu'une partie du préjudice réellement subi? Ainsi que le relève l'éminent magistrat, si l'auteur avait été solvable, la victime aurait pu légitimement cumuler la réparation du préjudice réellement subi à charge de ce dernier et la réparation des chances perdues à charge de l'Etat belge et de la ville de Liège. Ce faisant, on n'échappe pas à l'impression qu'elle obtiendrait deux fois la réparation d'un même préjudice. Appliquer ici la règle du non-cumul des indemnités reviendrait à reconnaître précisément que la perte de chances est, dans un tel contexte, un succédané du préjudice final.

Un auteur a proposé de résoudre cette difficulté en donnant à l'indemnisation de la perte de chances un caractère subsidiaire par rapport à

l'indemnisation du préjudice final, mais cette solution apporte de l'eau au moulin des détracteurs de la théorie en reconnaissant que cette indemnisation revient à réparer une fraction du dommage final⁵⁴.

La difficulté est certaine et l'on peut prolonger ici le parallèle avec l'assurance. En assurance, c'est le procédé de la mutualisation des risques et la référence à la loi des grands nombres qui permet d'approcher le prix du risque. Il ne s'agit encore que d'une approximation car la réalité peut déjouer les prévisions de l'assureur. Néanmoins, il importe de souligner que ce prix ne varie pas selon que le risque se réalise ou pas. En d'autres termes, le prix du risque est totalement indépendant de la réalisation du dommage.

La transposition de ce raisonnement en droit de la responsabilité civile fait apparaître que l'imputation du pourcentage de chances d'éviter le dommage sur le dommage subi *in concreto* ne révèle en rien la valeur économique de la chance qui a été perdue. Cette valeur devrait en effet être fixée indépendamment de la gravité du préjudice final et elle devrait représenter le prix que la victime aurait accepté de payer, avant même que le dommage ne survienne, pour ne pas courir ce risque ou pour le transférer à un tiers. Dès lors, le préjudice résultant de la perte de chances pourrait même être réparé indépendamment de la réalisation du risque⁵⁵.

Certes, comme on l'a déjà précisé, la transposition pure et simple des techniques de l'assurance à la responsabilité civile n'est pas possible dès lors que l'assurance fonctionne par mutualisation d'une multitude de risques, alors que la responsabilité civile organise et justifie la réparation d'un dommage survenu dans un cas particulier en en transférant la charge sur celui qui a causé ce dommage. La difficulté réside à notre avis dans le fait que la détermination de la valeur des chances perdues suppose nécessairement la référence à un enjeu dont la faute aurait entraîné définitivement la perte. Lorsque la faute a pour conséquence d'exposer la victime à un risque accru de subir le dommage, l'enjeu en question ne peut-être approché qu'au travers du dommage qui s'est finalement réalisé mais qui aurait néanmoins pu être évité⁵⁶.

Il reste que le montant ainsi obtenu ne reflète en rien la valeur économique de la chance perdue. Un tel risque devrait être évalué au prix que la victime aurait accepté de payer pour ne pas y être exposé, à un moment où on ignorait s'il se réaliserait ou non. Il n'y aurait alors aucun inconvénient à organiser la réparation de la perte de chances indépendamment de la réalisation du dommage.

13. Arrivé à ce stade du raisonnement, la théorie de la perte d'une chance nous conduit à une impasse. Deux solutions restent envisageables. Il faudrait soit renoncer à évaluer ce préjudice par

référence au pourcentage de chances perdues et procéder à une évaluation *ex æquo et bono* en prenant, par exemple, pour base le montant de la prime qui aurait été réclamée pour la souscription d'une assurance accidents corporels dont la garantie serait illimitée, hypothèse peu réaliste et surtout peu favorable aux victimes, soit considérer au prix d'une fiction, que le droit de la responsabilité, par souci de justice et d'équité, admet la réparation de la perte de chances sous la forme d'une réparation partielle du préjudice final, ce montant étant censé représenter la valeur de l'intérêt juridiquement protégé auquel le tiers responsable a porté atteinte⁵⁷. A la différence de la première solution, l'indemnisation ne pourrait alors se concevoir indépendamment de la réalisation du préjudice final et elle exclurait toute autre forme d'indemnisation de ce préjudice.

La dernière proposition comporte, on l'aura compris, un aspect normatif qui relève sans doute davantage de la mission du législateur que de la mission du juge. Adhérer à ce point de vue revient en effet à accréditer l'idée d'une responsabilité proportionnelle fondée sur une causalité partielle, idée qui paraît difficilement conciliable avec la théorie de l'équivalence des conditions⁵⁸. Encore faut-il remarquer que la Cour de cassation avait accepté de franchir allègrement ce pas dès 1984⁵⁹. Avant de plaider pour un retour à la solution ancienne, il convient cependant d'explorer d'autres pistes afin de vérifier s'il n'existe pas de solutions plus équitables et plus convaincantes permettant de traiter efficacement l'incertitude causale.

3

A la recherche d'une solution équitable

A. L'intégrisme causal⁶⁰

14. La voie de l'intégrisme causal consiste à condamner purement et simplement le recours à la théorie de la perte d'une chance dans sa seconde acception et à réaffirmer avec force le principe selon lequel la causalité doit être certaine. C'est le système du tout ou rien : soit le juge du fond estime que la causalité est établie de manière certaine et il ordonne la réparation de l'intégralité du dommage, soit il estime que la causalité n'est pas certaine et il doit rejeter la demande en réparation.

(57) En ce sens, voy. I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 95, n° 10; comp. S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 269, n° 24 qui considère à juste titre que l'admission de la théorie de la perte d'une chance soulève une question de politique juridique; C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, pp. 162 et 170; J. BORE, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *J.C.P.*, 1974, chron., n° 2620.

(58) Voy. à cet égard A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer, Tjeen Willink, 1997.

(59) Cass., 1^{re} ch., 19 janvier 1984, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11084, note Th. VANSWEEVELT.

(60) L'expression est empruntée à M. GIRARD, « L'intégrisme causal, avatar de l'inégalité des armes », *Dall.*, Point de vue, 2005, p. 2620.

(50) J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 78, n° 14.

(51) L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, p. 238.

(52) I. DURANT, « A propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 39, n° 22.

(53) Les conclusions de l'avocat général Th. Werquin précédant la publication de l'arrêt du 1^{er} avril 2004 sur le site officiel de la Cour de cassation (http://www.juridat.be/cass/cass_fr/p1.php).

(54) C. EYBEN, « La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée? », *R.G.D.C.*, 2005, p. 320, n° 30.

(55) Sur la question de savoir si le seul fait de créer un risque de dommage constitue un préjudice réparable indépendamment de sa réalisation, voy. pour l'affirmative G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 87, n° 278; contra, Ph. BRUN, *Responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 114, n° 223.

(56) Voy. L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, p. 255; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 102, n° 284.

Cette première voie est-elle celle qui sera choisie par la Cour de cassation? Rien n'est moins sûr. A tout le moins, par ses derniers arrêts, la Cour manifeste clairement son intention d'exercer sa censure sur toute décision des juges du fond qui n'exclurait pas l'existence d'un doute quant au lien de causalité entre la faute et le dommage.

Cette solution radicale nous paraît critiquable parce qu'elle n'est ni juste ni exempte d'arbitraire.

Elle n'est pas juste car elle implique que la moindre incertitude sur l'existence du lien causal tournera systématiquement en défaveur de la victime. Dans un monde où les techniques sont de plus en plus sophistiquées et où les causes s'enchevêtrent au point qu'il est parfois difficile sinon impossible de les démêler, il est permis de se demander s'il est équitable de faire reposer sur la victime tout le poids de la preuve⁶¹.

Elle peut susciter l'arbitraire car pour justifier la réparation, elle incite le juge du fond à de subtiles contorsions afin de transformer en certitude ce qui n'est et ne restera jamais qu'une simple probabilité et une vraisemblance de causalité. Ce pas a été franchi par la cour d'appel de Mons dans l'affaire de la jeune fille agressée au vitriol⁶². En relisant cet arrêt rendu sur un deuxième renvoi, on ne peut s'empêcher de penser que les indices retenus par le juge du fond pour considérer la causalité établie de façon certaine étaient plutôt maigres. La cour se satisfait seulement d'une concordance temporelle, le dommage étant survenu très peu de temps après que l'appel à l'aide a été lancé.

Cet exemple indique que les tribunaux seront désormais tentés de déclarer certaine une causalité qui ne repose que sur de fragiles présomptions, ce qui n'est guère plus satisfaisant. Un artifice chasse l'autre. L'importance de l'erreur dans chaque cas particulier paraît pourtant bien supérieure dans le système du tout ou rien que dans celui qui accepte une application bien maîtrisée de la théorie de la perte d'une chance⁶³.

15. Certes, la voie de l'intégrisme causal s'accorde de quelques nuances. On s'accorde en effet à reconnaître que la certitude dont il est question est une certitude judiciaire. La preuve du lien causal peut donc parfaitement se déduire de présomptions graves, précises et concordantes conformément à l'article 1353 du Code civil⁶⁴. Il apparaît dès lors que l'exigence d'une causalité certaine est une pure fiction juridique qui ne correspond jamais, en termes techniques, qu'à un faisceau plus ou moins resserré d'indices. Toutefois, certains auteurs ne manquent pas

d'ajouter que si prouver c'est établir une vraisemblance suffisante, la certitude judiciaire ne peut pas pour autant se heurter à des incertitudes scientifiques établies par des pièces probantes ou, ce qui revient au même, que la certitude judiciaire doit se fonder sur des éléments probants conduisant à une réelle certitude et non à une grande probabilité⁶⁵.

Ceci revient à affirmer qu'il serait impossible, même en usant de présomptions, de transformer en certitude une simple probabilité fût-elle importante. Cette solution n'est pas acceptable car elle conduit à écarter la réparation dès qu'un aléa apparaît dans la chaîne causale.

La Cour de cassation a pourtant fait une application rigoureuse de ce principe dans une affaire qui relevait, il est vrai, du domaine pénal. Dans cette affaire, la Cour a censuré le juge du fond qui avait conclu à l'existence d'une relation de causalité nécessaire au motif que par sa faute, le médecin « avait statistiquement anéanti 90 %, soit la plupart des chances de survie de la victime⁶⁶ ». A défaut de relever que dans les circonstances de la cause l'inefficacité du traitement, à concurrence de 10%, devait être exclue, la Cour estime que le juge du fond ne pouvait décider qu'il existait une relation de cause à effet entre la faute et le décès. En ce qu'elle confond causalité scientifique et causalité juridique et refuse tout accès à la preuve statistique, cette solution paraît discutable.

Sans doute, peut-elle se justifier en matière pénale lorsqu'il s'agit pour le juge de statuer sur une prévention de coups et blessures ou d'homicide involontaires, mais il paraît inopportun de l'étendre en matière civile⁶⁷. En ce domaine, la

conjonction de la condamnation du recours à la théorie de la perte d'une chance avec l'exigence de la certitude causale conduirait à des résultats désastreux pour les victimes. Une décision d'acquiescement fondée sur de tels motifs ne devrait d'ailleurs pas, à notre avis, faire obstacle à une action civile ultérieure fondée sur la perte de chances (à supposer que la théorie soit réhabilitée), dès lors que la décision pénale n'a pas autorité de chose jugée sur ce point⁶⁸.

La voie de l'intégrisme causal doit donc être rejetée. En refusant de prendre en compte les données statistiques comme moyen de maîtriser rationnellement l'incertitude, elle manifeste clairement l'incapacité du droit à intégrer le risque et l'aléa dans le raisonnement causal. A ce titre, elle peut être qualifiée de rétrograde. Comme le rappelait Lévi-Strauss, alors que le souci de certitude est l'apanage de la pensée primitive, la pensée scientifique se caractérise par sa capacité de tolérer l'incertitude, de la quantifier (à l'aide de la méthodologie statistique), et même de la préférer sur une pseudo-logique causale fondée sur les dieux, les démons, les miasmes⁶⁹...

B. La vraisemblance prépondérante et l'allègement du fardeau de la preuve

16. Plutôt que d'obliger artificiellement le juge à décréter certaine une causalité qui ne repose que sur une vraisemblance ne vaudrait-il pas mieux lui permettre de s'appuyer directement sur une probabilité forte? Une autre façon de résoudre la question de l'incertitude consisterait ainsi à admettre l'établissement du lien causal par la démonstration d'une vraisemblance prépondérante. Si une telle vraisemblance est établie, l'auteur du dommage serait tenu à le réparer intégralement. A défaut, il ne serait tenu à rien⁷⁰.

Savoir à partir de quel degré de probabilités, il convient d'obliger le fautif à la réparation intégrale relève de la gageure. On se gardera donc bien de fixer des seuils au-delà desquels il conviendrait de considérer la causalité comme établie. La fixation d'un seuil en chiffres absolus implique toujours une forme d'injustice lors-

(65) F. DELOBBE et C. DELVAUX, « La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire », in *Droit médical*, Y.-H. Leleu (sous la coord. de), coll. C.U.P., vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 280; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 81, n° 20, pour qui la simple vraisemblance même très forte d'un lien de causalité ne constitue pas la preuve de ce lien.

(66) Cass., 2^e ch., 23 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, 87.

(67) Voy. en ce qui concerne le rejet de la théorie de la perte d'une chance en matière pénale notamment, Cass., 2^e ch., 17 septembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 96. En doctrine,

(61) En ce sens, N. ESTIENNE, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004 : une chance perdue pour les victimes de fautes médicales? », *J.T.*, 2005, p. 359, n° 8; E. MONTERO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque : un préjudice illusoire? », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1091.

(62) Mons, 2^e ch., 10 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 717.

(63) En ce sens, I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 95, n° 10; C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 166.

(64) H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgisch recht », *T.P.R.*, 2002, p. 1664, n° 40; I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 92, n° 2; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 82, n° 22; « Petite navigation dans les méandres de la causalité », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14080; S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 263, n° 8.

N. COLETTE-BASECQZ et N. HAUTENNE, « Les critères d'appréciation de la faute de médecins et du lien causal avec le dommage dans le cadre de poursuites pénales du chef d'atteinte à la vie et à l'intégrité physique », obs. sous Bruxelles, 11^e ch., 24 mars 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 305; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *op. cit.*, p. 75, n° 5; A. MASSET, « La perte d'une chance de survie retenue comme élément de l'homicide involontaire », *R.G.A.R.*, 1999, n° 13153.

(68) En ce sens, A. MASSET, *loc. cit.* Voy. également F. DELOBBE et C. DELVAUX, « La perte de chance de guérison ou de survie, un préjudice imaginaire », *op. cit.*, pp. 283 à 287, qui doutent cependant que cette solution soit compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation, celle-ci restant fermement attachée au principe d'unité entre la faute pénale et la faute civile.

(69) A.C. LEVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, Plon, 1962, cité par M. GIRARD, « L'intégrisme causal, avatar de l'inégalité des armes », *Dall.*, Point de vue, 2005, p. 2620.

(70) C'est la solution généralement appliquée en droit anglais (voy. *infra*, n° 50). Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} avril 2004, l'avocat général Th. Werquin se montre assez favorable à une appréciation de la causalité fondée sur le pouvoir causal de chaque faute commise. Cette solution a été défendue par notre collègue Ch. HENNAU-HUBLET dans sa thèse : *L'activité médicale et le droit pénal - Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, bibl. Fac. droit de Louvain, t. XVIII, Bruxelles - Paris - Bruylant - L.G.D.J., 1987, n° 527 et s.



larcier



NOUVELLE
REVUE

&ius &actores

**Le guide permanent
des bonnes pratiques
des professions judiciaires**

3 numéros par an, ± 350 pages par an,
format 16 × 24 cm, **210,00 €**

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.70 - Fax (010) 48.25.19
commande@deboekservices.com - www.larcier.com

qu'on compare le sort de la victime qui se situe juste en dessous d'un tel seuil et celle qui se situe juste au-dessus. Il suffit d'affirmer que le degré de vraisemblance doit être suffisamment élevé pour qu'on ne puisse plus sérieusement envisager le cas contraire, même si celui-ci reste théoriquement possible⁷¹. La question relèvera pour le surplus de l'appréciation souveraine du juge du fond.

17. Une autre façon de faire, davantage sujette à caution, serait d'obliger la victime à parcourir plus de la moitié du chemin en démontrant que la faute, d'après les statistiques, a entraîné la perte de plus de 50% de chances d'éviter le dommage, quitte pour l'auteur à démontrer que le cas concret échappe pour des raisons précises à la loi des probabilités. On retrouve ici la distinction établie ci-dessus entre probabilités statistiques et probabilités estimatives.

La solution consisterait alors dans une répartition plus équitable de la charge de la preuve entre le professionnel maître de sa technique et la victime. Dès lors que la probabilité est supérieure à 50%, il serait permis de considérer que la victime a fait son devoir, conformément à l'article 1315, alinéa 1^{er}, du Code civil et qu'il incombe dès lors au défendeur, conformément à l'alinéa 2, de détruire cette vraisemblance en démontrant que les circonstances de l'espèce permettent de croire que le dommage serait quand même survenu en dépit de la faute, c'est-à-dire que le cas particulier déjoue les probabilités établies par la victime.

Une répartition plus équilibrée du fardeau de la preuve qui conduirait à donner plus de crédit aux probabilités fondées sur des données objectives, fiables et pertinentes est séduisante⁷². Il n'est pas certain cependant qu'elle aboutisse à des solutions plus justes. Ce sont les porteurs de risque qui pourraient ici être sérieusement désavantagés si bien que l'on se demande si, finalement, la solution la plus équitable ne consisterait pas à revenir purement et simplement à l'application bien maîtrisée de la théorie de la perte d'une chance en dépit de ses défauts théoriques.

C. Les leçons du droit comparé

18. Il serait aventureux de prétendre trouver dans le droit comparé des arguments en faveur d'une condamnation ferme et sans appel de la théorie de la perte d'une chance. La tendance va même plutôt en sens contraire. En outre, s'il est vrai que certains pays rejettent fermement son application, ce rejet s'accompagne fréquemment de solutions alternatives conduisant à atténuer ou à mieux répartir la charge de la preuve du lien de causalité⁷³.

(71) Voy. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Anvers, Maklu, 2^e éd. inchangée, 1992, n° 473, qui estime qu'il faudrait, en règle, considérer que la causalité est établie au-delà de 80%.

(72) Voy. cependant les mises en garde de S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 263, n° 10. L'auteur souligne, à juste titre, que l'outil statistique permet seulement d'établir une corrélation mais non une relation causale dans un cas déterminé. Cet outil doit donc être manié avec prudence. Comp. C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 167 pour qui les statistiques ne sont qu'un moyen auxiliaire ayant pour but de maîtriser de manière rationnelle les incertitudes causales insurmontables.

(73) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, pp. 143 à 181; L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et

Une brève analyse démontre que parmi les Etats européens, les droits de tradition germanique se signalent par un rejet très net de la théorie de la perte d'une chance⁷⁴. Toutefois, cette solution peut sans doute s'expliquer, en Allemagne comme en Autriche, par les particularités du droit de la responsabilité civile qui définit de manière exhaustive et limitative les intérêts juridiquement protégés, parmi lesquels ne figure pas la perte d'une chance d'éviter un dommage (§ 252 BGB). Il est vraisemblable que si le fait d'avoir été fautivement exposé à un risque devait être reconnu comme un intérêt digne de protection dans ces pays, celui-ci n'occuperait pas un rang très élevé dans la hiérarchie des préjudices réparables. Certains tribunaux allemands acceptent néanmoins en cas d'incertitude causale d'alléger le fardeau de la preuve, voire de le renverser, lorsque la faute reprochée au médecin est lourde ou intentionnelle⁷⁵.

En droit hollandais, la théorie est largement appliquée dans certains domaines (responsabilité civile de l'avocat,...) mais la doctrine reste dans l'attente d'un arrêt de principe en matière de responsabilité médicale⁷⁶. Dans les hypothèses où elle n'est pas appliquée, ce rejet s'accompagne également d'un allègement, voire d'un renversement, de la charge de la preuve au profit de la victime. La jurisprudence n'hésite pas à recourir à ce procédé en cas de violation des normes de sécurité (produits chimiques, alimentaires, pharmaceutiques, ...) lorsqu'il paraît inéquitable et injuste de faire reposer sur la victime le fardeau de la preuve⁷⁷.

Par contre, les droits de tradition romaine, notamment le droit italien (article 2056 du Code civil), acceptent généralement de faire une place à la théorie de la perte d'une chance dans un très grand nombre de cas. Même si la jurisprudence française a connu une valse-hésitation à cet égard, la théorie reste d'application à l'heure actuelle. Sa condamnation semblait certes ressortir d'un arrêt rendu par la Cour de cassation française le 17 novembre 1982⁷⁸, mais depuis lors, la Cour et les tribunaux continuent de s'y référer régulièrement en matière médicale⁷⁹.

sa réparation », *op. cit.*, pp. 237 à 257; B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH et R. ZIMMERMAN (éds), *Digest of European Tort Law - Essential Cases on Natural Causation*, vol. 1, Vienne - New York, Springer, 2007, pp. 545 à 592.

(74) Voy. notamment C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 155; B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH et R. ZIMMERMAN (éd.), *Digest of European Tort Law - Essential Cases on Natural Causation*, *op. cit.*, pp. 548 et 590.

(75) Voy. S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 263, n° 9 et les réf. citées.

(76) Voy. les commentaires de I. BOONE, « Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, p. 96, n° 13 et les réf. citées; B. DE TEMMERMAN, « Kapitaliseren volgens "Levie" of volgens "Schryvers"? - Twee visies op (onzekerheid van schade) », *Liber amicorum T.P.R. en Marcel Storme, T.P.R.*, 2004, p. 194; B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH et R. ZIMMERMAN (éd.), *Digest of European Tort Law - Essential Cases on Natural Causation*, *op. cit.*, p. 562.

(77) Voy. à cet égard, les commentaires de S. LIERMAN, « Causaliteit en verlies van een kans in de medische context », *Rev. dr. santé*, 2006-2007, p. 263, n° 9. Un récent arrêt du Hoge Raad vient de faire application de cette théorie pour justifier une responsabilité proportionnelle de l'employeur dans un cas d'asbestose, H.R., 31 mars 2006, *N.J.B.*, 2006, p. 904 et les commentaires de S. LIERMAN, p. 268, n° 21.

(78) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 17 novembre 1982, *J.C.P.*, 1983, II, 20056, note M. SALUDEN.

(79) Pour un exposé récent de la situation en droit français, voy. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 114, n° 222 à 227; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 392, n° 1425 et 1434; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 91, n° 280.

Les droits anglo-saxons se trouvent dans une position qu'on peut qualifier d'intermédiaire. Conformément à son approche pragmatique et casuistique, la jurisprudence anglaise n'accepte d'appliquer la théorie de la perte d'une chance que dans un nombre limité d'hypothèses (perte d'une chance de participer à un concours, perte d'une chance de gagner un procès...). En ce qui concerne la réparation des chances perdues de guérison ou de survie en matière médicale, la House of Lords a rendu un arrêt en 1987⁸⁰ qui applique la règle traditionnelle de la « vraisemblance prépondérante » (*more probable than not*). Selon cette règle, l'indemnisation est intégrale dès lors que la probabilité de réalisation de l'événement favorable dépasse 50%, elle est en revanche écartée si le pourcentage est inférieur (*balance of probabilities*). La portée de cet arrêt reste cependant largement discutée en doctrine⁸¹.

19. De *lege ferenda*, il vaut la peine de signaler que l'avant-projet de réforme du Code civil suisse reconnaît explicitement le recours à la théorie de la perte d'une chance, théorie qui n'est pourtant pas reçue actuellement par les tribunaux⁸². Selon cet avant-projet, « si la preuve ne peut être établie avec certitude ou si on ne peut raisonnablement en exiger l'administration à la personne à qui elle incombe, le tribunal pourra se contenter d'une vraisemblance convaincante; il sera en outre habilité à fixer l'étendue de la réparation selon le degré de vraisemblance⁸³ ». De même l'article 1346 du projet de réforme du Code civil français prévoit que « la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ».

Les principes Unidroit s'y réfèrent également de façon explicite dans le domaine des contrats internationaux. Il est vrai qu'il est probablement plus facile de l'aborder dans le contexte du commerce international. L'article 7.4.3, alinéa 2, prévoit que « la perte d'une chance peut-être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation ».

Même s'il est difficile de dégager une tendance générale en droit comparé, il n'apparaît donc pas que la théorie de la perte d'une chance soit en net recul. Certains comparatistes concluent même leur analyse en sens contraire⁸⁴.

tuelle, *op. cit.*, p. 114, n° 222 à 227; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, p. 392, n° 1425 et 1434; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 91, n° 280.

(80) *Hotson c. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All. E.R. 909 (H.L.).

(81) Voy. T. HILL, « A Lost Chance for Compensation in the Tort of negligence by the House of Lords », *54 Modern Law Review* 1991, p. 145; L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, p. 245; B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH et R. ZIMMERMAN, *Digest of European Tort Law - Essential Cases on Natural Causation*, *op. cit.*, p. 570.

(82) Sur la situation actuelle en droit suisse, voy. L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, pp. 251 et s. Lors d'une preuve indirecte est impossible, les juges forcent leur conviction sur la base d'une vraisemblance prépondérante.

(83) Pour un commentaire, voy. C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 159.

(84) C. MÜLLER, « La perte d'une chance », *op. cit.*, p. 150; du même auteur, *La perte d'une chance - Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne, Stämpfli, 2002, 431 pp.; L. THEVENOZ, « La perte d'une chance et sa réparation », *op. cit.*, pp. 237 à 257.



Conclusion

20. La jurisprudence de la Cour de cassation peut conduire à des situations inéquitables, compte tenu de ce qu'elle exige que le lien de condition *sine qua non* entre la faute et le dommage soit établi avec certitude. Le moindre doute ferait perdre à la victime tout espoir d'indemnisation.

Les derniers arrêts de la Cour de cassation rendus dans le domaine de la perte de chances témoignent assurément de la difficulté de faire une place à l'incertitude dans le domaine de la causalité alors que le droit de la responsabilité civile ne se satisfait précisément que de certitudes. Ne continue-t-on pas à enseigner inlassablement que pour justifier une réparation, la causalité comme le dommage doivent être certains, ce qui n'est en réalité que pure fiction?

Il convient d'éviter ici toute position dogmatique qui consisterait, sur le fondement d'une distinction purement théorique, à refuser systématiquement l'indemnisation chaque fois qu'un élément d'incertitude vient se glisser dans la chaîne causale. Sans doute, y avait-il des raisons qui justifiaient objectivement la censure de la Cour de cassation dans l'affaire de la jeune femme sauvagement agressée. Il ne faudrait pas cependant que cette affaire conduise à une condamnation pure et simple de la théorie de la perte d'une chance dans les domaines où elle peut parfaitement se justifier et notamment dans celui de la responsabilité civile médicale. Dans ce contexte, un abandon de la théorie joint à un retour au dogme de la certitude causale serait profondément injuste voire désastreux pour les victimes. Or, une utilisation bien maîtrisée de celle-ci nous paraît mener à des solutions bien plus équilibrées et plus justes que celles qui résultent du retour à la règle du tout ou rien.

Sans doute, est-il difficile de se départir de l'idée que le préjudice résultant de la perte de chances aboutit à une réparation partielle du dommage final et non pas véritablement à la réparation d'un préjudice spécifique. Sans doute, sa consécration dans le champ de l'incertitude causale conduirait-elle à admettre une responsabilité proportionnelle difficilement conciliable avec la théorie simpliste de l'équivalence des conditions. Est-ce suffisant toutefois pour en condamner l'application? Face à l'indigence des textes, il revient à la jurisprudence de mettre en place des mécanismes permettant de surmonter ces difficultés. Sans doute, dira-t-on que cette mission d'ordre normatif appartient au législateur et non aux tribunaux. Le droit commun de la responsabilité civile s'est pourtant progressivement construit à l'aide de créations prétorienne. Il serait curieux que les tribunaux civils renoncent tout-à-coup à leur mission en agitant la bannière des certitudes. L'examen du droit comparé les incite au contraire à prendre les devants.

Bernard DUBUISSON

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Quelques questions de prescription ou de forclusion en matière d'assurance terrestre

1. Le délai de prescription des actions dérivant du contrat d'assurance est régi par l'article 34 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. En principe, le délai est de trois ans à compter du jour de l'événement qui donne ouverture à l'action, pour ce qui concerne l'action de l'assuré ou du bénéficiaire de la police contre l'assureur, tandis que le délai est de cinq ans à compter du fait générateur du dommage pour ce qui concerne l'action résultant du droit propre de la personne lésée contre l'assureur de responsabilité. L'article 34 de la loi du 25 juin 1992 prévoit des dérogations aux points de départ de ces délais, tandis que l'article 35 énonce les causes de suspension et d'interruption de la prescription. Ces règles doivent, le cas échéant, se combiner avec les règles générales relatives aux causes qui interrompent ou suspendent la prescription, inscrites aux articles 2242 à 2259 du Code civil.

La présente contribution tend à présenter quelques questions pratiques en relation avec la suspension ou l'interruption de la prescription des actions de l'assuré, du bénéficiaire de la police ou de la personne lésée contre un assureur en matière d'assurance terrestre (points 1 à 3) et en relation avec la perte du recours de l'assureur contre le preneur d'assurance ou contre l'assuré autre que le preneur (point 4).

1

La prescription de trois ans de l'action dérivant du contrat d'assurance court contre les mineurs et les interdits

2. Dans une affaire qui a donné lieu à l'arrêt prononcé le 30 juin 2006 par la Cour de cassation¹, un assureur avait versé à une veuve le capital de l'assurance vie souscrite par son défunt époux au profit de ses enfants encore mineurs. Ceux-ci étaient de nationalité italienne. La mère avait placé ces fonds sur des livrets d'épargne ouverts au nom des enfants mais avait rapidement vidé ces comptes par divers retraits. Neuf ans après le versement du montant de l'assurance vie à la mère, les enfants devenus majeurs citèrent l'assureur devant le tribunal de première instance de Bruxelles en paiement du montant du capital assuré, en se fondant sur l'adage « qui paie mal, paie deux fois ». Par confirmation de la décision du premier juge, la cour d'appel de Bruxelles dit l'action prescrite et partant non recevable par application de l'article 32, alinéa 1^{er}, de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances en général, lequel disposait : « Toute action dérivant d'une police d'assurance se prescrit après trois ans, à compter de l'événement qui y donne ouverture ». A l'appui de leur pourvoi contre cette décision, les enfants devenus majeurs in-

voquaient que le Code civil italien prévoit qu'en cas de conflit d'intérêt entre le mineur et le parent exerçant à titre exclusif l'autorité parentale, le juge tutélaire nommé à l'enfant un curateur spécial, que leur mère n'aurait elle-même pas pu agir en leur nom contre l'assureur car cela aurait mis en évidence ses propres fautes, qu'ils s'étaient trouvés dans une impossibilité légale d'agir à défaut de nomination d'un curateur spécial, en sorte qu'en déclarant leur action prescrite contre l'assureur, l'arrêt attaqué avait violé notamment les articles 2251 et 2252 du Code civil et l'article 32 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances, précité.

L'article 2251 du Code civil dispose : « La prescription court contre toutes les personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception prévue par la loi ». L'article 2252 du même Code dispose : « La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi ». L'article 2278 du Code civil énonce : « Les prescriptions dont il s'agit dans les articles de la présente section courent contre les mineurs et interdits, sauf leur recours contre leurs tuteurs ». Les prescriptions dont il s'agit dans la section 4 où figure l'article 2278 précité, sont les prescriptions courtes inscrites aux articles 2271 et suivants.

3. La Cour de cassation a rejeté le moyen au motif suivant : l'article 2252 du Code civil « n'exige pas que les "autres cas déterminés par la loi" soient déterminés par une disposition légale expresse. Il suffit que la volonté du législateur de déroger à la règle énoncée par l'article 2252 précité résulte de l'objet ou du but de la loi qui établit une prescription particulière. Il apparaît en effet des travaux préparatoires du 11 juin 1874 que le législateur a voulu, par l'article 32 de la loi, établir une "prescription réduite" afin de parer à "la disparition des preuves et des moyens de vérification". Ce but est étranger à la capacité juridique des parties. Il ne serait pas atteint s'il était loisible à l'assuré ou à ses ayants droit d'introduire une action dérivant de la police d'assurance de nombreuses années après l'événement qui donne ouverture à l'action ». La Cour de cassation confirme ainsi sa jurisprudence antérieure². La Cour de cassation ajoute : « Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que le mineur est ou non pourvu d'un représentant légal. La loi italienne prévoyant, en cas de conflit entre le mineur et le parent exerçant à titre exclusif la puissance parentale, la possibilité de nommer un curateur spécial, il n'y a pas d'impossibilité d'exercer l'action par suite d'un empêchement légal ».

4. S'il avait fallu appliquer la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre, la solution n'aurait pas été différente. En effet, l'article 35, § 1^{er}, de cette loi dispose : « La prescription court contre les mineurs, les interdits et autres incapables, sauf en ce qui concerne l'action visée à l'article 34, § 2 ». Cette dernière dis-

(1) Cass., 30 juin 2006, R.G., n° C.04.0573.F.

(2) Cass., 21 avril 1961, Pas., I, 896; Cass., 1^{er} juin 1995, Pas., I, n° 274.