

Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage

Auteur : Lentz, Jeanne

Promoteur(s) : Kohl, Benoit

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2017-2018

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/4986>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage

Jeanne LENTZ

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2017-2018

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Benoît KOHL

Professeur ordinaire

RESUME

Ce travail portera sur le concept de perte d'une chance envisagé en tant que dommage. Cette notion peut se décliner de deux façons différentes : la perte d'une chance d'obtenir un avantage (conception restrictive) ou la perte d'une chance d'éviter la survenance d'un dommage (conception extensive). Depuis des années, des controverses, tant jurisprudentielles que doctrinales, autour de l'acceptation de ces deux conceptions de la perte d'une chance existent. Si la conception restrictive est admise de façon unanime, la conception extensive fait encore aujourd'hui l'objet de débats.

Cette étude définira les différentes conceptions de la perte d'une chance, ainsi que les controverses qu'elles entraînent encore aujourd'hui. Cela nous permettra de constater que ce débat est encore loin d'être résolu à l'heure actuelle, et qu'une prise de position définitive de la Cour de Cassation est à espérer.

Suite à cela, nous étudierons les origines, le champ d'application, les caractéristiques ainsi que les conditions d'application de cette notion.

Ensuite, nous nous plongerons dans une étude comparée qui nous aidera à mettre en perspective les régimes de différents états. Nous constaterons que, malgré les grandes différences entre les états en ce qui concerne l'acceptation de ce concept, la tendance générale est d'admettre de plus en plus la réparation de la perte d'une chance, et dans le cas contraire, à proposer des solutions alternatives.

Après un bref exposé du régime d'indemnisation, nous nous concentrerons, pour terminer, sur l'utilisation de ce concept dans le domaine médical.

TABLE DES MATIERES

1) Introduction.....	5
2) Définitions et controverses à ce sujet.....	5
a) Définitions et différentes acceptations de cette notion.....	5
A. La perte d'une chance d'obtenir un avantage.....	5
B. La perte d'une chance d'éviter un dommage.....	6
C. Evolution de la jurisprudence de la Cour de Cassation en ce qui concerne l'acceptation de ces deux notions	7
I. La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 1 ^{er} avril 2004 : développement de l'interprétation extensive de la perte d'une chance	7
II. L'arrêt du 1 ^{er} avril 2004 et le processus de marche en arrière qui s'ensuit	8
i. L'arrêt de la Cour de Cassation du 1 ^{er} avril 2004.....	8
ii. L'arrêt de la Cour de Cassation du 12 octobre 2005	10
iii. L'arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 2006	10
iv. Impact de cette marche en arrière sur la jurisprudence et la doctrine en Belgique ...	11
III. L'arrêt du 5 juin 2008 et le processus de marche en avant qui s'ensuit	11
i. L'arrêt « Prizrak » de la Cour de Cassation du 5 juin 2008	11
ii. Les arrêts de la Cour de Cassation du 17 décembre 2009	12
iii. L'arrêt de la Cour de Cassation du 15 mars 2010	12
IV. Les arrêts de la Cour de Cassation du 6 décembre 2013	13
b) Etat actuel de la doctrine en ce qui concerne l'acceptation de ces deux notions.....	13
A. La doctrine majoritaire prônant la conception tant restrictive qu'extensive de perte d'une chance.....	13
B. La doctrine minoritaire prônant uniquement la conception restrictive de la perte d'une chance.....	15
c) Question d'actualité.....	17
3) Origines historiques et évolutions.....	17
a) Origines historiques.....	17
b) Critiques de la doctrine et évolutions	17
4) Champ d'application.....	18
5) Caractéristiques.....	18
a) Autonomie de la perte d'une chance	18
b) Existence d'un aléa.....	19

6) Conditions d'application	19
a) Conditions classiques	19
A. La faute.....	19
B. Le lien causal avec la perte de chance.....	19
b) Conditions spécifiques	19
A. Une chance réelle	20
B. Une perte ayant un objet incertain.....	21
C. Une victime déjà exposée au risque au moment de la faute.....	21
7) Bref aperçu du régime juridique d'autres états	21
a) Les droits de tradition romaine (droit français et droit italien).....	21
b) Le droit hollandais.....	22
c) Les droits de Common Law (droit anglais, droit canadien, droit australien)	23
d) Les droits de tradition germanique (droit allemand, droit autrichien).....	24
e) Le droit suisse.....	24
f) Le droit commercial international	24
8) Réparation du dommage consistant en la perte d'une chance.....	25
a) Importance du recours à la statistique	25
b) Evaluation et réparation.....	25
A. Evaluation.....	25
B. Réparation	25
c) Evaluation ex aequo et bono.....	26
d) Problèmes pouvant se présenter en ce qui concerne la réparation de la perte d'une chance de ne pas subir de préjudices et alternatives envisageables	27
A. Position du problème.....	27
B. Les alternatives proposées pour une solution équitable	27
I. L'intégrisme causal	27
II. La vraisemblance prépondérante.....	28
9) Application concrète : perte d'une chance dans le domaine médical.....	28
a) Principes	28
b) Perte d'une chance suite au manquement au devoir d'information du médecin	30
c) Wrongful life, wrongful birth et wrongful pregnancy	31
A. Wrongful birth et wrongful life	31
B. Wrongful pregnancy et wrongful conception.....	32
10) Conclusions.....	33

Bibliographie 36

1) Introduction

Dans le droit commun de la responsabilité, une personne ne peut voir sa responsabilité engagée que si trois conditions sont réunies : une faute, un dommage et un lien causal. En ce qui concerne le dommage, celui-ci doit être personnel, mais surtout certain. Se pose alors la question de savoir si la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter une perte peut être indemnisée en tant que dommage.

Depuis quelques années, la théorie de la perte d'une chance est au cœur de nombreuses controverses, et a donné lieu à d'importants développements. En effet, entre 2004 et 2013, la Cour de Cassation a rendu une série d'arrêts remettant fondamentalement en cause des principes qui, jusque-là, étaient établis.

Après un bref exposé des différentes définitions de la perte d'une chance, et des controverses qu'elles entraînent encore à l'heure actuelle, nous clarifierons les origines, le champ d'application, les caractéristiques et les conditions d'application de cette notion. Nous parcourrons ensuite les régimes juridiques de différents états membres afin de voir les diversités en la matière, avant de nous pencher sur le régime d'indemnisation. Pour terminer, nous nous concentrerons sur une application concrète de cette notion, à savoir la perte d'une chance dans le domaine médical.

2) Définitions et controverses à ce sujet

a) Définitions et différentes acceptations de cette notion

La notion de perte d'une chance peut se décliner de deux façons différentes : la perte d'une chance d'obtenir un avantage, de voir s'améliorer une situation, et la perte d'une chance d'éviter un dommage, de ne pas voir se détériorer une situation¹.

A. La perte d'une chance d'obtenir un avantage

La perte d'une chance d'obtenir un avantage peut se matérialiser dans la perte de l'espoir de gagner un concours, d'être proclamé soumissionnaire d'un marché public², de remporter un procès, d'obtenir un meilleur travail, la perte d'une chance d'établir la validité d'une action pour cause de disparition d'un élément de preuve décisif³, la perte d'une chance de réconciliation d'un couple en raison de l'adultère commis par un des deux époux⁴, la perte d'une chance d'avoir un terrain classé en zone à bâtir,...

Dans cette conception, le lien causal entre la faute du tiers et la perte d'une chance ne pose aucun problème à être établi. La difficulté consiste plutôt à évaluer le dommage, la chance perdue d'obtenir un avantage. En effet, le dommage ne peut pas revêtir un caractère certain,

¹ I. DURANT, « A propos de ce lien qui unit la faute au dommage », *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis, Formation permanente*, Liège, Larcier, 2004, p. 34.

² Cass., 19 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p.212.

³ Civ. Bruxelles, 10 octobre 1996, *R.G.A.R.*, 1998, p.13014.

⁴ Cass, 8 décembre 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 354.

⁵ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu de la jurisprudence belge », *Leçon du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 314.

étant donné que le fait dommageable n'est jamais arrivé à son terme. On ne sait pas établir avec certitude si un gain aurait été obtenu, mais par contre, il est évident qu'il y a eu perte de toute chance d'obtenir le gain, par l'effet de la faute. Par exemple, le cheval qui n'a pas pu participer à une course par la faute de son transporteur ne peut pas être indemnisé pour le dommage qui consiste dans le fait de ne pas avoir gagné la course, car c'est un dommage hypothétique, il n'est pas certain que sans la faute du transporteur, le cheval aurait remporté la course. Par contre, il est certain qu'il a perdu une chance de gagner la compétition⁶.

Dans cette conception, la victime ne peut pas invoquer un autre dommage que celui qui résulte de la perte d'une chance⁷.

Cette vision, la perte certaine d'un avantage probable, constitue la conception restrictive de la perte d'une chance⁸. Dans cette conception, la perte d'une chance n'est pas contestée, et ne fait l'objet d'aucune critique de la doctrine belge et française⁹.

En France, une certaine doctrine, représentée entre autre par François Chabas, défend l'idée que seule la conception restrictive de la perte de chance est admise, et condamne fermement la conception extensive. En Belgique, Jean-Luc Fagnart est du même avis¹⁰.

B. La perte d'une chance d'éviter un dommage

La perte d'une chance d'éviter un dommage, quant à elle, se matérialise dans la perte de la possibilité d'éviter un préjudice, une faillite, un décès,... L'illustration principale de cette notion se rencontre principalement dans le domaine médical, et est la perte d'une chance de survie ou de guérison¹¹. Selon Olivier Mignolet, la perte d'une chance d'obtenir un meilleur résultat suite à une faute commise par un expert dans son rapport d'expertise relève également de cette catégorie¹².

C'est la perte d'une chance d'éviter la survenance d'un risque. On parlera donc aussi de « *risque de perte* ».

Ici, le dommage est facilement évaluable, car le processus dommageable est arrivé à son terme, mais la difficulté réside plutôt dans la possibilité de déterminer le lien causal entre la faute du tiers et la perte d'une chance. La victime a subi un dommage, mais il est difficile d'établir que c'est la conséquence d'une faute commise, que sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit in concreto¹³. Afin de pallier cette incertitude causale, la victime peut invoquer non pas le dommage, mais la perte d'une chance de subir ce dommage.

⁶ A. PÜTZ et E. MONTERO, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1089.

⁷ A. PÜTZ, « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable », *J.T.*, 2009, p.31.

⁸ 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, pp. 605 et 606.

⁹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, p. 491.

¹⁰ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, p. 314.

¹¹ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 607.

¹² O. MIGNOLET, « La théorie de la perte d'une chance », *Rép. not.*, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 9, L'expertise judiciaire, Bruxelles, Larcier, 2009, n°168.

¹³ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 491.

Dans cette conception, la victime peut se prévaloir d'un autre dommage certain, sans devoir nécessairement recourir au concept de perte d'une chance. Seulement, le lien causal entre cet autre préjudice définitif et la faute n'est pas toujours évident à établir, ce qui peut justifier le recours à la perte d'une chance¹⁴.

Cette vision constitue la conception extensive de la perte d'une chance. Elle a depuis toujours été fort controversée.

C. Evolution de la jurisprudence de la Cour de Cassation en ce qui concerne l'acceptation de ces deux notions

Ces deux notions ont fait l'objet de nombreuses controverses ces dernières années.

I. La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 1^{er} avril 2004 : développement de l'interprétation extensive de la perte d'une chance

Depuis la fin du 19^{ème} siècle, la jurisprudence est favorable à la conception restrictive de la perte d'une chance¹⁵. On peut d'ailleurs le remarquer dans un arrêt de la Cour de Cassation du 23 septembre 1974, où la Cour de Cassation s'oppose à la conception extensive de la perte d'une chance¹⁶.

Les décisions de fond ont cependant commencé à admettre de plus en plus la conception extensive, ce qui amena la Cour de Cassation, dans un arrêt du 19 janvier 1984, à consacrer cette conception. Cette affaire concernait un homme, qui avait dû être amputé de la jambe droite, suite à une gangrène gazeuse qui s'y était développée, et qui n'avait pas été soignée à temps par les médecins. La Cour de Cassation valide alors le recours à la perte de chance de survie ou de guérison, et décide « *que les fautes du demandeur qu'il précise sont en relation de causalité avec la perte des chances qu'avait le blessé de ne pas être amputé ou de l'être moins fortement* »¹⁷.

Ce point de vue emprunté par la Cour de Cassation a été suivi par de nombreux jugements et arrêts, qui y voyaient une façon d'alléger le fardeau de la preuve pour les victimes, et une manière pour elles d'obtenir quand même une indemnisation de leur dommage.

Cependant, cela suscita également certaines critiques de la doctrine qui considère que cette conception a tendance à confondre les notions de dommage et de lien causal, et que la perte d'une chance est alors utilisée de manière abusive, de manière à pallier l'incertitude causale. Une partie de la doctrine française, composée notamment de Philippe Le Tourneau et Yves-Lambert Faivre était également contre l'usage de la théorie de la perte d'une chance de survie ou de guérison¹⁸.

¹⁴ A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 607.

¹⁶ Cass., 23 septembre 1974, n° F-19740923-2, citée par J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », p. 315.

¹⁷ Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 546.

¹⁸ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 608.

II. L'arrêt du 1^{er} avril 2004 et le processus de marche en arrière qui s'ensuit

i. L'arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} avril 2004

Il semblerait que la Cour ait écouté ces différentes critiques et soit revenue sur sa position, dans un arrêt du 1 avril 2004¹⁹. C'est le premier mouvement d'une longue marche en arrière. Une jeune femme était victime de menaces graves venant de son compagnon. Elle en avertit la police à plusieurs reprises, mais celle-ci ne réagit pourtant pas. Cette jeune femme se fait ensuite brûler le visage par son mari avec du vitriol. La Cour d'Assises de Liège condamne, par un arrêt du 27 mai 1982, l'agresseur à des travaux à perpétuité. Cependant, la question de l'indemnisation de la jeune fille n'est pas encore réglée. Elle intente alors une procédure en réparation contre l'Etat belge et la ville de Liège, en leurs qualités de civilement responsables de la police.

Elle est déboutée en première instance, par jugement du 15 septembre 1992 du Tribunal de Première Instance de Liège. En degré d'appel, la Cour d'Appel de Liège fait partiellement droit à sa demande, et estime la chance perdue de ne pas subir d'agression ou de brûlure à 50%²⁰. La Cour de Cassation casse cependant cette décision dans un arrêt du 19 juin 1998²¹, 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* »²².

Après renvoi, par un arrêt du 4 janvier 2001, la Cour d'Appel de Bruxelles fait partiellement droit à la demande de la victime, et estime la chance perdue à 80%²³. Un nouveau pourvoi en cassation est intenté par l'Etat belge et la ville de Liège, et la Cour de cassation, dans son arrêt du 1 avril 2004, rappelle « *qu'il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage* ». Elle décide ensuite que « *ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est produit* », et que « *le juge ne peut condamner l'auteur de la faute à réparer le dommage réellement subi s'il décide qu'une incertitude subsiste quant au lien causal entre la faute et ce dommage* »²⁴.

La Cour a suivi les conclusions de l'avocat général Thierry Werquin se positionnant contre la théorie de la perte d'une chance lorsqu'elle est utilisée dans une situation d'incertitude causale²⁵, et ayant déclaré que cette dernière revient 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* »²⁶. La perte d'une chance dans ce contexte ne serait qu'une manière artificielle de surmonter l'obstacle de certitude causale²⁷.

L'avocat général se réfère aux propos de notre confrère français François Chabas, et estime que la perte d'une chance nécessite que le résultat de la faute soit destiné à rester inconnu, ce

¹⁹ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p.527.

²⁰ Liège, 27 novembre 1996, *Journ. Proc.*, 1997, n°318, p.22.

²¹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 490.

²² Cass., 19 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 763.

²³ Bruxelles, 4 janvier 2001, *Journ. Proc.*, 2001, n°410, p. 22

²⁴ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 527.

²⁵ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 490.

²⁶ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p.527, concl. Av. gén. WERQUIN.

²⁷ B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de Cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, p. 750.

qui n'est pas le cas pour la perte d'une chance de survie ou de guérison. En effet, en ce qui concerne la perte d'une chance d'obtenir un gain, c'est un préjudice à part entière. La victime n'a perdu que la chance d'avoir le gain, la chance perdue se place ainsi dans le futur, il est impossible de savoir si elle se serait réalisée. Par contre, pour la perte de chance de survie, ce n'est pas un préjudice à part entière étant donné que le véritable préjudice est le décès. La chance perdue se situe donc dans le passé, et la perte d'une chance ne représente donc qu'un préjudice imaginaire²⁸.

Ces conclusions furent particulièrement saluées par Jean-Luc Fagnart et Gilles Genicot.

La Cour de Cassation exclut donc le principe de la réparation de la perte d'une chance de ne pas subir un dommage. Cet arrêt consacre l'idée que la théorie de la perte d'une chance ne concerne que la perte certaine d'un avantage probable.

Il s'ensuit alors des interprétations doctrinales divergentes quant à la portée à donner à cet arrêt. La doctrine majoritaire, soutenue notamment par Audrey Pütz²⁹, Nicolas Estienne³⁰, Isabelle Boone, Ingrid Boone, Cosita Delvaux, Etienne Montero, Romain Marchetti et François Delobbe, y voit un revirement de jurisprudence, et de ce fait une remise en cause de la conception extensive de la perte d'une chance.

Quelques auteurs ne sont pas de cet avis, comme Cédric Eyben qui conteste l'existence d'un tel revirement³¹, et qui considère que la décision sanctionne une mauvaise application de cette théorie, mais non la théorie en tant que telle. Bernard Dubuisson, de son côté, préfère rester prudent, et ne pas y voir un revirement complet de jurisprudence. Il considère que pour pouvoir réparer le préjudice découlant de la perte d'une chance, cette chance devrait reposer sur une probabilité suffisante, et pour ce faire, être quantifiable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La perte d'une chance doit donc être écartée quand elle demande de « *mesurer le degré de détermination d'une personne ou sa résolution à poser un acte déterminé* »³².

Dans cet arrêt, la Cour faisait en effet référence aux notions de « *dommage tel qu'il s'est produit* », de « *dommage réellement subi* », de sorte que le seul dommage réparable était celui que la victime avait concrètement éprouvé.

La Cour d'Appel de Mons a d'ailleurs suivi le raisonnement de la Cour de Cassation, dans son arrêt prononcé sur renvoi le 10 octobre 2005, en ne faisant pas référence au concept « *vicieux* » de perte d'une chance, mais plutôt à celui de « *dommage réellement subi* » pour indemniser complètement la victime. Elle estime, en l'espèce, que sans la faute, le dommage ne serait pas survenu tel qu'il est arrivé, et que donc, le lien causal est certain³³.

De ce fait, il semblerait que la Cour d'Appel de Mons aille même plus loin que la Cour de Cassation, en condamnant toute application de la théorie de la perte d'une chance dans sa conception tant extensive que restrictive³⁴.

²⁸ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, pp. 318 et 319.

²⁹ A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 30.

³⁰ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 610.

³¹ A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 30.

³² B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente ... », *op. cit.*, p. 750.

³³ Mons, 10 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 717.

³⁴ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 611.

ii. L'arrêt de la Cour de Cassation du 12 octobre 2005

Un second pas en arrière fut effectué par la Cour de Cassation, lorsque dans un arrêt du 12 octobre 2005, elle confirme le revirement opéré le 1^{er} avril 2004³⁵. Dans cette affaire, trois personnes faisaient l'objet de poursuites pénales du fait de ne pas avoir aidé la victime d'une agression, ultérieurement décédée. La Cour de Cassation ne condamne pas les trois justiciables, et conclut que la Cour d'Appel, en recourant au concept de perte d'une chance de survie, n'avait pas pu constater que sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.

iii. L'arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 2006

Un troisième pas en arrière fut réalisé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 12 mai 2006³⁶, lorsqu'elle confirme sa jurisprudence en matière de responsabilité médicale³⁷. Un patient, souffrant d'hémorroïdes, n'avait pas été informé des complications possibles à la suite d'une coloscopie totale. Il subit des complications et dommages à la suite de la perforation survenue au niveau du colon, par le fait du médecin. La cour d'Appel de Bruxelles, dans son arrêt du 22 avril 2004³⁸, décide que, par la faute du médecin, à savoir le fait de ne pas avoir informé le patient de la nécessité de se présenter le plus vite possible à l'hôpital en cas d'apparition d'anomalies suite à la polypectomie, le patient a subi un dommage consistant en la perte d'une chance d'être traité plus rapidement et de se voir infliger des traitements moins lourds³⁹.

La Cour de Cassation cassa cet arrêt qui consacrait la théorie de la perte d'une chance de guérison, et énonça un principe essentiel : « *En vertu de l'article 1382 du Code civil, celui qui par sa faute cause un dommage à autrui, est tenu de réparer le dommage réellement subi* »⁴⁰. Le juge doit donc examiner concrètement les faits. En l'espèce, la Cour constate donc que le dommage concrètement subi n'est pas la perte d'une chance d'éviter de subir des traitements lourds en raison du défaut d'avertissement du médecin, mais le fait de les avoir réellement subis⁴¹.

La doctrine était mitigée quant à la portée à donner à cet arrêt. Certains auteurs, tels Nicolas Estienne, y ont vu une nouvelle condamnation du recours à la conception extensive de la perte d'une chance⁴². D'autres auteurs, tels Bernard Dubuisson, n'y voient pas une confirmation du revirement opéré par la Cour en 2004, étant donné qu'en l'espèce, la victime ne réclamait pas l'indemnisation de la perte d'une chance, mais plutôt la réparation de l'aggravation du dommage découlant du défaut d'avertissement imputable au médecin⁴³. Audrey Pütz, elle, considère que cet arrêt se distingue des précédents, car l'argument de perte d'une chance n'est

³⁵ Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1913.

³⁶ Cass., 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170.

³⁷ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, pp. 313 à 326.

³⁸ Bruxelles, 22 avril 2004, inédit, *R.G.* n°1995/AR/2757.

³⁹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 490.

⁴⁰ Cass., 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170.

⁴¹ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, p. 323.

⁴² N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 616.

⁴³ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 490.

ici pas pertinent, étant donné que le lien causal entre la faute et le préjudice réellement subi est établi⁴⁴.

iv. Impact de cette marche en arrière sur la jurisprudence et la doctrine en Belgique

Dans les années qui suivirent l'arrêt de 2004, la jurisprudence, en matière médicale, est divisée quant à la position à adopter⁴⁵, certains juges préférant renoncer à la conception extensive de perte d'une chance⁴⁶, et d'autres préférant au contraire toujours appliquer la théorie de la perte d'une chance de survie ou de guérison⁴⁷.

La majorité de la doctrine quant à elle, critique fortement ce mouvement en arrière opéré par la Cour de Cassation depuis 2004, et prône le retour à une conception unitaire de la perte d'une chance, pour cinq principales raisons, que nous développerons *infra*⁴⁸.

Certains auteurs minoritaires, comme Jean-Luc Fagnart ou Gilles Genicot⁴⁹, saluèrent le revirement opéré par la Cour de Cassation dans son arrêt du 1^{er} avril 2004⁵⁰.

III. L'arrêt du 5 juin 2008 et le processus de marche en avant qui s'ensuit

i. L'arrêt « Prizrak » de la Cour de Cassation du 5 juin 2008

Les nombreuses critiques émises par la doctrine majoritaire ont amené la Cour de Cassation à changer son point de vue, dans un arrêt du 5 juin 2008⁵¹. Dans cette affaire, un cheval souffrait de troubles digestifs. Le vétérinaire décide de ne pas faire d'examen supplémentaires, ce qui mène au décès de l'animal des suites d'une rupture gastrique. Si le vétérinaire avait effectué une thérapie correcte, le cheval aurait eu 80% de chances de survivre. Le vétérinaire est assigné par le propriétaire du cheval.

La Cour de Cassation accueille favorablement la réparation du dommage consistant en la perte d'une chance de guérison ou de survie, si la faute est la cause sine qua non de cette perte de chance⁵². La perte de cette chance doit donc être imputable à une faute, et le juge ne peut laisser subsister aucun doute sur le lien causal existant entre la faute et la perte d'une chance⁵³. Beaucoup d'arrêts rendus par les juridictions de fond par la suite reprennent la même idée⁵⁴.

⁴⁴ A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁵ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 617.

⁴⁶ Mons, 10 avril 2008, *Bull. ass.*, 2008, p. 430 ; Gand, 16 mai 2005, *Rev. dr. Santé*, 2006-2007, p. 114 ; Liège (12^e ch.), 21 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p.1180.

⁴⁷ Liège (20^e ch.), 2 juin 2006, inédit, *R.G.* n°2004/RG/1607 ; Civ. Dinant, 27 juin 2005, *R.G.D.C.*, 2005, p.491.

⁴⁸ Cf. *infra*, section « b) Etat actuel de la doctrine en ce qui concerne l'acceptation de ces deux notions », p. 13.

⁴⁹ G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *J.L.M.B.*, 2009, p. 1168.

⁵⁰ Cf. *infra* point « b) Etat actuel de la doctrine en ce qui concerne l'acceptation de ces deux notions », p. 13.

⁵¹ Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p.1425.

⁵² A. PÜTZ, *op. cit.*, pp. 29 et 30.

⁵³ G. GENICOT, « Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d'une chance », *J.L.M.B.*, 2012, p. 1087.

⁵⁴ Liège (20^e ch.), 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1082 ; Liège (20^e ch.), 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183.

Comme l'a très bien fait remarquer Jean-Luc Fagnart, la différence avec les précédents arrêts de la Cour est qu'elle a écouté les critiques doctrinales et examiné la théorie sous l'angle du dommage réparable et non plus de la causalité.

Elle ne considère plus la perte d'une chance comme un moyen d'éviter les règles relatives à la causalité, lorsque le lien causal entre la faute et le dommage effectivement subi ne peut être établi, mais comme un dommage à part entière consistant en la perte d'une chance de guérison⁵⁵. La Cour Suprême en revient donc à la solution qu'elle avait consacrée dans son arrêt du 19 janvier 1984.

La Cour va encore plus loin, et place la conception restrictive et la conception extensive de la perte d'une chance sur un pied d'égalité, en décrétant que « *le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est imputable à une faute* »⁵⁶. Elle montre donc bien qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux acceptations.

ii. Les arrêts de la Cour de Cassation du 17 décembre 2009

La Cour effectue un deuxième pas en avant dans ses deux arrêts du 17 décembre 2009⁵⁷. Elle confirme sa position adoptée dans l'arrêt du 5 juin 2008, et rajoute qu'en ce qui concerne l'indemnisation du dommage de perte d'une chance, seule la valeur économique de la perte d'une chance est susceptible de réparation, et non le dommage effectivement subi ou l'avantage qui se serait produit si la chance s'était réalisée⁵⁸. Ce principe existait déjà, seulement la Cour l'a étendu à la conception extensive de la perte d'une chance⁵⁹.

iii. L'arrêt de la Cour de Cassation du 15 mars 2010

Un troisième pas en avant est réalisé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 15 mars 2010⁶⁰. La Cour valide à nouveau sa position adoptée dans l'arrêt du 5 juin 2008, mais précise pour la première fois explicitement que cette perte de chance doit être réelle⁶¹.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 22 mars 2012 suit le même raisonnement⁶².

Il résulte donc des arrêts rendus à partir de 2008 qu'il n'y a plus lieu de distinguer entre la perte d'une chance d'obtenir un gain et la perte d'une chance d'éviter un dommage. Les deux conceptions sont indemnisables, si un lien causal certain avec la faute est établi.

Il est à noter qu'en France, la théorie de la perte d'une chance dans sa conception extensive a été consacrée beaucoup plus tôt par la jurisprudence. Après avoir opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 17 novembre 1982⁶³, la Cour de Cassation française a consacré

⁵⁵ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, pp. 323 et 324.

⁵⁶ Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p.1425.

⁵⁷ Cass. (1^{re} ch.), 17 décembre 2009, *R.G. C.08.0145. N*, *Pas.*, 2009, p. 3045 ; Cass (1^{re} ch.), 17 décembre 2009, *R.G. C.09.0190.N*, *Pas.*, 2009, p. 3056.

⁵⁸ P.-A. FORIERS, « Aspect du dommage et du lien de causalité », *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 27.

⁵⁹ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 622.

⁶⁰ Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 829.

⁶¹ N. ESTIENNE, *op. cit.*, pp. 622 et 623.

⁶² Cass., 22 mars 2012, *R.G.A.R.*, 2012, n°14.913.

⁶³ Cass. fr., 17 novembre 1982, *Bull. civ.*, I, 1982, n°333.

explicitement la perte d'une chance d'éviter la survenance d'un dommage dans un arrêt du 8 janvier 1985⁶⁴.

IV. Les arrêts de la Cour de Cassation du 6 décembre 2013

Le 6 décembre 2013, deux arrêts de la Cour de Cassation semblent revenir à la jurisprudence du 1^{er} avril 2004, en analysant de nouveau la perte d'une chance sous l'angle du lien de causalité et excluant la conception extensive de la perte d'une chance⁶⁵. Ces arrêts viennent semer le doute sur l'état actuel de la jurisprudence.

A ce stade-ci, un point intéressant à noter est que ces deux arrêts, en faveur de la conception restrictive de la perte d'une chance, ont été rendus par la section francophone de la Cour de Cassation, tout comme l'arrêt de 2005 réalisant un retour en arrière de la Cour⁶⁶. Les arrêts du 5 juin 2008, 17 décembre 2009 et 15 mars 2010, en faveur de la conception extensive, ont été rendus, quant à eux, par la section néerlandophone de la Cour de Cassation⁶⁷. Cela peut sembler interpellant, et il serait intéressant de voir si les deux chambres vont, dans un proche avenir, se mettre d'accord. Un nouvel arrêt en chambres réunies se fait donc attendre.

b) Etat actuel de la doctrine en ce qui concerne l'acceptation de ces deux notions

A. La doctrine majoritaire prônant la conception tant restrictive qu'extensive de perte d'une chance

La majorité de la doctrine, composée entre autre par Audrey Pütz, Etienne Montero, Bernard Dubuisson, Denis Philippe, Nicolas Estienne, Isabelle Durant, Cédric Eyben, Sylvie Lierman et Romain Marchetti, et en France par Patrice Jourdain, préconise une conception unitaire de la perte d'une chance, et critique la position adoptée par la Cour de Cassation dans ses arrêts de 2004 à 2006, pour cinq principales raisons.

Premièrement, elle reproche à la Cour d'avoir examiné cette théorie davantage sous l'angle du lien de causalité que sous celui du dommage réparable. La perte d'une chance de guérison ou de survie constitue un dommage distinct du dommage réellement subi. En effet, si l'atteinte au corps, à la vie d'une personne représente un dommage qui est réparable, il doit en aller de même de la perte d'une chance de survivre, de guérir, car il est impossible de nier qu'une personne, qui voit sa lutte contre la maladie affaiblie par rapport à une autre personne dans la même situation qu'elle, ne subit pas de dommage.

La charge de la preuve est la même pour le dommage effectivement subi que pour la perte d'une chance, à savoir l'établissement d'un lien de causalité entre la faute et le dommage⁶⁸. La conception extensive de la perte d'une chance ne crée donc aucune présomption de causalité, elle déplace juste l'objet de la preuve du lien de causalité.

⁶⁴ Cass. fr., 8 janvier 1985, *Bull. civ.*, I, 1985, n°10, citée par R. MARCHETTI *et al.*, « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 131.

⁶⁵ A. CATALDO et A. PÜTZ, *op. cit.*, pp. 145 à 194.

⁶⁶ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, pp. 320 à 324.

⁶⁷ P.-A. FORIERS, *op. cit.*, p. 28 ; A. PÜTZ, *op. cit.*, pp. 29 à 31.

⁶⁸ N. ESTIENNE, *op. cit.*, pp. 617 et 618.

Deuxièmement, la doctrine est d'avis que la Cour de Cassation a commis une erreur de jugement dans son arrêt du 1^{er} avril 2004, en considérant implicitement que la perte d'une chance d'éviter la survenance d'un dommage ne constitue pas un préjudice, du fait qu'il s'agirait d'un préjudice incertain ou aléatoire.

En effet, en Belgique, la seule condition pour qu'un dommage soit réparable, est que la victime se trouve dans une situation moins favorable que celle dans laquelle elle serait si aucune faute n'avait été commise. Le dommage doit constituer une atteinte à un intérêt légitime. Il est donc difficilement contestable que la perte d'une chance d'éviter un risque représente un dommage susceptible de réparation. Le fait que la victime ait également subi un autre dommage, le dommage effectif, ne change rien au fait que la perte d'une chance représente aussi un préjudice réparable. Comme l'ont très bien fait remarquer Audrey Pütz et Etienne Montero, « *permettre l'indemnisation du seul risque réalisé reviendrait à restreindre la notion de dommage indemnisable à la lésion d'un droit, ce qui n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de Cassation. Il convient dès lors d'admettre que la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque représente un dommage certain, et dès lors réparable* »⁶⁹. Bernard Dubuisson⁷⁰ et Denis Philippe⁷¹ partagent le même point de vue.

Troisièmement, cette doctrine majoritaire considère que la différence entre conception extensive et conception restrictive est artificielle, et donc que la différence de traitement en ce qui concerne la réparation n'est pas justifiée. Par exemple, le fait de réclamer la perte d'une chance de réconciliation des époux en raison de l'adultère de son conjoint n'est-il pas en soit la même chose que le fait de réclamer la perte d'une chance d'éviter la rupture ? Cela semble en effet être deux facettes du même problème⁷².

Dubuisson a d'ailleurs relevé, en parlant des pertes de chance d'obtenir un gain, que « *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* »⁷³.

L'incertitude causale entre la faute et le préjudice définitif est présente dans les deux cas. Il est tout aussi difficile de démontrer le lien causal entre la perte du prix de la course et la faute du transporteur, qu'entre le décès et la faute du médecin.

Comme l'a parfaitement défendu Audrey Pütz, malgré le fait que le postulat de départ soit différent, la théorie de perte de chance vise dans les deux cas à pallier l'absence d'indemnisation que la victime réclame, à défaut de pouvoir apporter la preuve d'une causalité certaine entre la faute et le préjudice. En effet, en ce qui concerne la perte d'une chance d'obtenir un avantage, l'absence de dommage certain est directement liée à l'absence de lien causal⁷⁴.

⁶⁹ A. PÜTZ et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 1090.

⁷⁰ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance... », *op. cit.*, p. 492.

⁷¹ D. PHILIPPE, « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », *R.D.C.-T.B.H.*, 2013, pp.1011 et 1012.

⁷² A. CATALDO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance de ... prouver », *Trois conditions pour une responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2016, p. 169.

⁷³ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 492.

⁷⁴ A. PÜTZ, *op. cit.*, p. 31.

La perte d'une chance n'est, dans les deux cas, rien d'autre qu'un dommage intermédiaire se situant entre la faute et le dommage réellement subi. La perte d'une chance de guérison ou de survie n'est autre que la perte d'une chance d'un avantage probable, la perte d'une chance d'obtenir un meilleur résultat⁷⁵.

Quatrièmement, comme l'ont fait remarquer Audrey Pütz, Etienne Montero et Romain Marchetti, le fait de ne pas reconnaître la conception extensive de la perte d'une chance pourrait entraîner de très lourdes conséquences pour les victimes d'accidents médicaux, qui se verraient privées de toute indemnisation, à défaut de pouvoir apporter la preuve d'un lien causal entre la faute et le dommage effectivement subi.

En effet, à partir du moment où la moindre incertitude existe quant à l'existence de ce lien causal, aucune indemnisation n'est possible. Le risque serait alors que les juges, ayant souvent tendance à favoriser l'indemnisation de la victime, se contentent d'un lien causal plus large, et considèrent le lien causal comme certain alors qu'un doute subsiste⁷⁶. De nombreuses personnes verraient donc leurs responsabilités aggravées, car elles seraient tenues d'indemniser l'intégralité du dommage.

Audrey Pütz et Etienne Montero ont également relevé un cinquième problème du fait que la Cour n'accepte pas la conception extensive de la perte d'une chance, résultant du principe de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil. En effet, si le juge pénal sait que la victime n'a aucune chance d'obtenir réparation de son préjudice au civil, il aura tendance à condamner plus facilement le prévenu au pénal, alors que ce n'est pas toujours justifié. A l'inverse, si le juge pénal acquitte l'auteur du dommage, le juge civil aura aussi plus facilement tendance à le condamner à réparer le préjudice réellement subi, ce qui entraîne une indemnisation totale, alors que ce n'est pas non plus nécessairement justifié⁷⁷.

On constate donc qu'une grande partie de la doctrine défend l'utilité de la conception extensive de la perte d'une chance, va même jusqu'à critiquer fortement la distinction opérée entre les deux hypothèses, et avance pour ce faire de solides arguments.

B. La doctrine minoritaire prônant uniquement la conception restrictive de la perte d'une chance

La première acceptation de la perte d'une chance n'a jamais été contestée par la doctrine ou jurisprudence. Certains auteurs ne prônent cependant que cette première acceptation, se refusant toujours à admettre la perte d'une chance d'éviter un dommage. On peut citer, à ce propos Jean-Luc Fagnart, Paul Alain Foriers ou Gilles Genicot. En France, Jean Penneau, René Savatier, Philippe Brun⁷⁸ et François Chabas sont également du même avis⁷⁹.

Ils soutiennent tout d'abord, comme l'avait relevé l'avocat général Werquin dans ses conclusions⁸⁰, que la perte d'une chance dans sa conception extensive ne peut pas être considérée comme un préjudice réparable à partir du moment où le risque s'est réalisé. Elle

⁷⁵ N. ESTIENNE, *op. cit.*, pp. 617 et 618.

⁷⁶ A. PÜTZ et E. MONTERO, « La perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 1091.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1092.

⁷⁸ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 124.

⁷⁹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 491.

⁸⁰ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p.527, concl. Av. gén. WERQUIN.

peut simplement être qualifiée de préjudice imaginaire entre la faute et le dommage réellement subi, et seul ce dernier peut faire l'objet d'une réparation et indemnisation⁸¹. Paul Alain Foriers estime que la perte d'une chance dans sa conception extensive constitue un dommage artificiel, car il est inséparable du dommage effectivement subi, et il serait impossible de l'indemniser si ce dommage ne s'était pas produit⁸².

René Savatier, éminent juriste français a d'ailleurs relevé que « *Ce qui est réparable (...), c'est la perte d'une véritable chance, c'est-à-dire d'une supputation légitime de l'avenir. La chance perdue se place dans le futur. On ne saura jamais, sans une supputation de l'avenir, si elle se serait réalisée* » et que « *le raisonnement que nous croyons inacceptable situe, au contraire, des chances dans le passé, où se place, déjà, l'évènement auquel on les applique. C'est une recherche périmée (...). Par hypothèse, l'infirmité ou la mort sont survenues. Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis. (...) le problème à trancher, une fois survenu le préjudice dont se plaint la victime (...), est celui de savoir si ce préjudice serait, ou non, survenu en l'absence de la faute qu'on impute au médecin* »⁸³.

Ensuite, Jean-Luc Fagnart, et son confrère français François Chabas, défendent l'idée que la chance (la probabilité d'un événement heureux) et le risque (la probabilité d'un événement défavorable) sont deux concepts complètement différents. Le fait de parler de « *perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque* » est une erreur. La perte d'une chance ne doit pas être confondue avec la création ou l'aggravation d'un risque.

Comme vu précédemment, la perte d'une chance constitue un dommage⁸⁴, tandis que la création d'un risque ne l'est pas nécessairement, elle peut parfois être une faute. En droit belge, c'est une faute dans deux cas : lorsque le risque a été créé sans que ce ne soit nécessaire, ou lorsque son auteur n'a pas pris les mesures nécessaires afin de ne pas causer de dommage aux tiers. Si la création du risque est considérée comme une faute, il faut encore démontrer le lien causal avec le dommage, c'est-à-dire que sans l'existence du risque, le dommage subi ne se serait jamais réalisé. Ce n'est pas évident à démontrer, car il est difficile de toujours savoir si le risque s'est effectivement réalisé. En conclusion, deux possibilités existent : soit la création du risque est en lien causal avec le dommage, et alors la réparation est intégrale, soit la causalité est incertaine, et alors aucune réparation n'est possible⁸⁵.

Jean-Luc Fagnart considère également que dans la conception restrictive, la notion de perte d'une chance sert uniquement à masquer l'incertitude causale entre la faute et le dommage effectivement subi. L'une des conditions de l'article 1382 du Code Civil, à savoir la démonstration d'un lien causal, n'est pas donc pas remplie⁸⁶. Selon Gilles Genicot, le juge ne peut, en effet, masquer cette incertitude causale en substituant au dommage effectivement subi un autre dommage, consistant en la perte d'une chance d'éviter ce dommage⁸⁷. Par exemple, il est possible qu'un patient ayant 99 % de chance de survie décède, alors qu'un

⁸¹ A. PÜTZ et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 1090.

⁸² P.-A. FORIERS, *op. cit.*, p. 30.

⁸³ R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D.*, 1970, chr., p. 124, cité par G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 1168.

⁸⁴ Cf. *supra* point « i. L'arrêt de la Cour de Cassation du 5 juin 2008 », p. 11.

⁸⁵ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, pp. 324 à 326.

⁸⁶ O. MIGNOLET, *op. cit.*, n°168.

⁸⁷ G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 1168.

patient ayant seulement 1% de chance de survivre continue à vivre. Rien ne permet d'affirmer que le fait de faire perdre une chance de survie entraînera nécessairement le décès du patient.

En France, René Savatier, Philippe Brun, François Chabas et Yvonne Lambert-Faivres sont de cet avis.

Enfin, Jean-Luc Fagnart, ainsi que ses confrères français René Savatier et Jean Penneau prétendent, qu'en plus de confondre dommage et causalité, la conception extensive confond aussi le probable et le connu. La perte d'une chance n'est réparable que si le résultat de la faute, le dommage demeure inconnu. Si le dommage est connu et démontré, comme dans le cas de la « perte d'une chance d'éviter un dommage », la théorie de la perte d'une chance ne trouve pas à s'appliquer⁸⁸. L'avocat général Werquin l'avait déjà fait remarquer dans ses conclusions rendues suite à l'arrêt du 1^{er} avril 2004⁸⁹.

c) Question d'actualité

La question du recours à la théorie de la perte d'une chance peut se poser dans de nombreux cas. En ce qui concerne la perte d'une chance de survie, l'affaire du meurtre d'une jeune fille à Liège par un homme habitant l'appartement au-dessus du siens, en octobre 2017, pourrait en être une illustration. En effet, cette étudiante avait déjà dénoncé à plusieurs reprises à la police le comportement déplacé de son voisin. Celui-ci était déjà connu de la police pour deux faits de viols et était sous libération conditionnelle. On pourrait alors se demander si l'inaction des services de police d'Angleur n'a pas fait perdre à la jeune fille une chance de survivre, et si la police ne pourrait alors pas être condamnée au civil.

3) Origines historiques et évolutions

a) Origines historiques

La théorie de la perte d'une chance trouve ses origines au 19^e siècle, dans le domaine des courses de chevaux. Il arrivait en effet souvent qu'un cheval arrive en retard à sa compétition par la faute du transporteur, et ne puisse pas participer à la course. Le propriétaire du cheval perdait donc toute chance de gagner.

Ces problèmes rencontrés lors des courses équestres arrivent encore aujourd'hui⁹⁰.

b) Critiques de la doctrine et évolutions

Les cours et tribunaux se sont prononcés la 1^{ère} fois sur la question de la perte d'une chance dans le domaine médical, en ce qui concerne la perte d'une chance de guérison, dans une sentence arbitrale du 10 octobre 1927⁹¹. Cependant, cette sentence utilisait la perte d'une chance dans le domaine de la causalité, « pour tenter de pallier l'incertitude concernant le lien causal entre la faute et le dommage », alors qu'aujourd'hui, ce concept est envisagé en tant que dommage.

⁸⁸ J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 140.

⁸⁹ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p.527, concl. Av. gén. WERQUIN.

⁹⁰ J.-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 137.

⁹¹ Sent. arb., 10 octobre 1927, *R.G.A.R.*, 1928, n°292, note H.V.L.

L'arrêt de principe de la Cour de Cassation qui admet que la perte d'une chance constitue un dommage réparable est un arrêt du 19 octobre 1937⁹². La Cour décida que « *le préjudicié a droit à la réparation de tout le dommage, encore que ce dommage ne consiste que dans la suppression des chances qu'il pouvait escompter* »⁹³.

La cour de Cassation, dans un arrêt du 19 janvier 1984⁹⁴, a confirmé le point de vue emprunté par la sentence arbitrale, et a donc admis la théorie de perte de chance de survie ou de guérison. Elle été suivie par la suite par plusieurs jugements et arrêts.

4) Champ d'application

La théorie de la perte d'une chance ne trouve pas d'application en matière pénale. Comme l'a relevé Adrien Masset, « *le dommage doit nécessairement être une atteinte effective à la vie ou à l'intégrité physique ou mentale de la victime et il ne peut être question d'étendre le lien de causalité à la constatation de la perte d'une chance* »⁹⁵.

C'est également la voie empruntée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 23 septembre 1974⁹⁶.

En effet, la perte d'une chance ne trouve pas à s'appliquer en matière pénale car, en vertu de l'infraction d'homicide involontaire, la faute doit être la cause du décès. Or, le principe de légalité de la loi pénale s'oppose à ce que la loi pénale soit étendue par analogie à un cas qu'elle ne vise pas expressément, et donc la perte d'une chance de survie ne peut être assimilée au décès, et ne rentre donc pas dans le domaine de prévention des homicides involontaires⁹⁷.

La France connaît le même principe et la Cour de Cassation française, dans plusieurs arrêts, a tranché dans le même sens que la Cour Suprême de Belgique⁹⁸.

5) Caractéristiques

a) Autonomie de la perte d'une chance

La perte d'une chance constitue un préjudice distinct du préjudice final, et non une fraction de celui-ci, ce qui implique qu'elle doit remplir ses conditions propres. Par exemple, le lien causal à prouver n'est pas celui qui unit la faute au dommage final, mais celui qui unit la faute à la perte d'une chance.

C'est pourquoi il est tout à fait envisageable que la perte d'une chance puisse être réparée, alors que le préjudice final ne le pourrait pas. Il est également possible que l'auteur de la faute

⁹² J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance. Aperçu ... », *op. cit.*, p. 315.

⁹³ Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298.

⁹⁴ Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 546.

⁹⁵ J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁶ Cass., 23 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p.87.

⁹⁷ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 613.

⁹⁸ Cass. fr., 20 mai 1980, *Dall.*, 1981, IR, p.257 ; Cass. fr., 9 janvier 1979, *J.C.P.*, 1980, II, p.19272.

soit acquitté au pénal, mais condamné au civil à réparer la perte d'une chance d'éviter le dommage.

Il est cependant important de relativiser cette autonomie, étant donné que l'existence et la réparation de la perte d'une chance sont liées au préjudice final.

b) Existence d'un aléa

La perte d'une chance suppose qu'avant le fait générateur, la victime avait seulement l'espoir d'obtenir un gain, ou l'espoir d'éviter une perte. La faute transformera cet aléa en préjudice.

C'est ce qui distingue la perte d'une chance de la création d'un risque qui n'existait pas auparavant⁹⁹.

En France, Patrice Jourdain s'oppose à ce point de vue, et considère que la réparation de la perte d'une chance devrait possible en dehors de tout.

6) Conditions d'application

a) Conditions classiques

A. La faute

Pour que la perte d'une chance soit considérée comme un préjudice indemnisable, il est nécessaire que par la faute de quelqu'un, la personne ait perdu une éventualité favorable, c'est-à-dire la chance de voir s'améliorer une situation ou de ne pas subir de perte.

B. Le lien causal avec la perte de chance

Il faut qu'il y ait un lien causal entre la faute et le dommage, la perte d'une chance. Malgré le fait que le concept de perte d'une chance entraîne certaines incertitudes en ce qui concerne l'existence du lien causal, il n'en demeure pas moins que le caractère certain du lien causal demeure requis¹⁰⁰. La théorie de la perte d'une chance ne crée donc pas de présomption de causalité, mais déplace juste l'objet du lien causal¹⁰¹.

En Belgique, la théorie du lien de causalité qui prévaut est la théorie de l'équivalence des conditions, c'est-à-dire que sans la faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*¹⁰². Le juge doit appliquer le test de la condition *sine qua non* entre la faute et la perte d'une chance.

La charge de la preuve de ce lien causal incombe au demandeur.

b) Conditions spécifiques

Il me semble tout d'abord indispensable de clarifier la notion de perte de chance. La chance est un événement futur et incertain, qui dépend entièrement du hasard. La volonté et l'attitude de la personne ne peuvent donc pas influencer la survenance de cet événement. Si par

⁹⁹ P. JOURDAIN, « La perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁰ I. DURANT, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰¹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 492.

¹⁰² G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 1169.

exemple une personne n'a pas été, ou a été mal informée, elle ne perd pas une chance, car la causalité entre la faute et le dommage est certaine.

A. Une chance réelle

La chance doit exister. Par exemple, il doit exister encore un espoir de guérison de la maladie, pour pouvoir prétendre à la perte d'une chance de guérir. De même, si le cheval arrivé en retard n'avait aucune chance de gagner la course, car il était par exemple blessé, on ne peut pas invoquer la perte d'une chance¹⁰³.

Cette chance doit donc exister et ce, peu importe que sa probabilité de réalisation soit minime. Comme l'a déclaré Nicolas Estienne, « *la perte certaine d'une chance, même faible, peut donc constituer un préjudice indemnisable* »¹⁰⁴. Cette perte certaine ne peut donc être disqualifiée en dommage incertain au seul motif qu'un doute existe quant à la réalisation du résultat espéré. Si la chance est réelle, la perte d'une chance représente un dommage certain.

Le Tribunal de Commerce de Bruxelles a confirmé ce principe, dans un arrêt du 4 février 2014¹⁰⁵, en constatant que des chances minimales, en l'occurrence 15%, suffisent à mettre la théorie de perte de chance en œuvre, si le caractère certain du dommage est établi. Une perte de chance qui est faible n'est pas nécessairement aléatoire¹⁰⁶.

La Belgique suit, de ce point de vue, la même tendance que la France¹⁰⁷. Notre confrère français, le professeur Jourdain, déclare que pour que la perte de chance constitue un préjudice indemnisable, celle-ci doit être réelle et sérieuse¹⁰⁸. Malgré le fait que la jurisprudence ait toujours été un peu hésitante sur ce point¹⁰⁹, la Cour de Cassation française a récemment déclaré que la perte d'une chance réelle, même faible, est indemnisable¹¹⁰.

La doctrine belge se réfère d'ailleurs à la doctrine française, pour déclarer que seule une chance perdue réelle est réparable¹¹¹. La Cour de Cassation belge a consacré pour la première fois expressément cette condition dans un arrêt du 15 mars 2010¹¹².

La chance ne peut donc pas être nulle¹¹³.

¹⁰³ J.-L. FAGNART, *La causalité, op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁴ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 623.

¹⁰⁵ Comm. Bruxelles (10^e ch.), 4 février 2014, *DAOR*, 2014, liv. 111, p. 64.

¹⁰⁶ D. PHILIPPE, « Perte d'une chance et détermination du dommage », *DAOR*, 2014, p. 79.

¹⁰⁷ Cass. fr. (2^e ch. civ.), 25 octobre 2001, *Resp. civ et ass.*, janvier 2002, comm n° 12.

¹⁰⁸ P. JOURDAIN, « La perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁹ Cass. fr. 1^{er} civ., 4 avril 2001, *Bull. civ.*, 2001, I, n° 107 ; Cass. 1^{er} civ., 8 juillet 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, n° 164.

¹¹⁰ Cass. fr. (1^{er} ch. civ.), 16 janvier 2013, *12 -14.439*.

¹¹¹ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 622.

¹¹² Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 829.

¹¹³ Bruxelles (2^e ch.), 25 mai 2000, *J.T.*, 2001, p. 925, cité par I. DURANT, *op. cit.*, p. 44. Dans cette affaire, un avocat avait mal rédigé un pourvoi en cassation, et celui-ci fut déclaré irrecevable. Le justiciable était convaincu que la décision de la Cour d'Appel aurait été cassée si le pourvoi en cassation avait été introduit correctement. Il mit donc en cause la responsabilité de l'avocat. La Cour d'Appel conclut cependant, après avoir examiné minutieusement les arguments fondant le pourvoi, que les chances que l'arrêt de la Cour d'Appel soit cassé étaient nulles. L'argument de perte d'une chance n'est donc pas pertinent.

Contrairement à la Cour de Cassation belge, la Cour Suprême des Pays-Bas n'a pas encore énoncé de conditions d'application claires, mais exige tout de même également que la chance soit réelle, même si elle est minime¹¹⁴.

B. Une perte ayant un objet incertain

La perte de la chance doit avoir un objet incertain. La perte ne doit donc pas être certaine, sinon, on doit parler de réel dommage, et plus de perte de chance. Par exemple, si un cheval se présente à un concours et perd, on ne peut pas parler de perte d'une chance de gagner la course, étant donné qu'il a eu la possibilité d'y participer.

Cependant, le dommage consistant en la perte d'une chance, lui, doit être certain, en raison de l'exigence de certitude du préjudice.

Selon Jean-Luc Fagnart, grand opposant à la conception extensive de la perte d'une chance, la vie représente une certitude, et donc la perte d'une chance de survie n'est pas incertaine, la vie est une réalité¹¹⁵.

C. Une victime déjà exposée au risque au moment de la faute

La théorie de perte de chance ne trouve pas à s'appliquer si la victime avait encore toutes les chances d'éviter la survenance du dommage ou d'obtenir l'avantage avant la survenance de la faute. La réalisation de la chance ne doit jamais être certaine. Sinon, il y aurait une absence d'aléa, et ce serait le préjudice final qui serait réparable¹¹⁶.

La chance ne peut donc pas être nulle, mais elle ne peut pas non avoir une issue positive certaine, elle ne peut pas être de 100%¹¹⁷.

7) Bref aperçu du régime juridique d'autres états

Une petite étude du droit comparé permet de constater que la théorie de la perte d'une chance n'est pas en recul. Au contraire, beaucoup de pays reconnaissent une forme d'indemnisation de perte de chance, ou dans le cas contraire, consacrent des solutions alternatives à cette théorie.

a) Les droits de tradition romaine (droit français et droit italien)

Tout d'abord, les droits de tradition romaine, tels le droit italien ou le droit français, sont très favorables à l'application de cette théorie dans un grand nombre de cas¹¹⁸.

Le droit français admet tant la conception extensive que la conception restrictive de la perte d'une chance¹¹⁹. Il est, à ce point de vue, fort similaire au droit belge. La Cour de Cassation française consacre pour la première fois la réparation du préjudice de perte de chance dans un

¹¹⁴ K. RUBRECHT, *Causale Onzekerheid en proportionele aansprakelijkheid*, mémoire de maîtrise du programme, Université de Gand, 2011-2012, pp. 49 et 50.

¹¹⁵ J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁶ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 493.

¹¹⁷ J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 148.

¹¹⁸ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 496.

¹¹⁹ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2006, p. 392.

arrêt du 17 juillet 1889, et accepte explicitement cette notion dans sa conception extensive par un arrêt du 8 janvier 1985¹²⁰. En matière médicale, la Cour de Cassation reconnaît son indemnisation depuis 2012, malgré le fait que cette question ait été controversée durant plusieurs années, comme nous le verrons *infra*¹²¹.

L'article 1238 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile consacre explicitement la conception extensive de la perte d'une chance, la définit, et délimite l'étendue de sa réparation. Il énonce que « *seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »¹²². La définition proposée s'inspire de celle donnée pendant des années par la jurisprudence. L'arrêt du 18 mars 1975 rendu par la chambre criminelle de la Cour de Cassation énonçait déjà que « *l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »¹²³.

De lege ferenda, une définition légale de la perte d'une chance est donc à espérer.

A côté des juridictions judiciaires, les juridictions administratives ont également admis, en matière médicale, par une décision du Conseil d'Etat du 5 janvier 2000¹²⁴, que la perte d'une chance née d'un défaut d'information constituait un dommage distinct du dommage effectivement subi¹²⁵. Le Conseil d'Etat a ensuite étendu l'indemnisation à la perte d'une chance due à une faute médicale ou à une mauvaise gestion du service public hospitalier¹²⁶.

En Italie, le premier arrêt traitant de la perte d'une chance a été rendu le 4 mars 2004. C'est relativement tard par rapport aux droits belges et aux droits français¹²⁷.

b) Le droit hollandais

La doctrine et la jurisprudence hollandaises connaissent ce concept depuis moins longtemps que la Belgique et la France, et son application est également beaucoup plus limitée. Pour ce qui est du domaine de responsabilité civile des avocats, l'arrêt Baijings/M.H du 24 octobre 1997 consacra pour la première fois cette théorie¹²⁸.

¹²⁰ Cass. fr., 17 juillet 1889, S., 1891, I, p. 399 et Cass. fr., 8 janvier 1985, *Bull. civ.*, I, 1985, n°10, citée par P. JOURDAIN, « La perte d'une chance en droit Français », *Le préjudice : entre tradition et modernité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 107 et 108.

¹²¹ Cf. *infra*, section « 9) Application concrète : perte d'une chance dans le domaine médical », p. 28.

¹²² Article 128 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile en droit français

¹²³ Cass. fr. (ch. crim.), 18 mars 1975, 74-92, p. 118.

¹²⁴ C.E. fr., 5 janvier 2000, *D*, 2008, p. 28

¹²⁵ C. MÜLLER, « La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 483.

¹²⁶ C.E. fr., 21 décembre 2007, *AJDA*, 2008, p. 11

¹²⁷ Cass. civ., sez. III, 4 mars 2004, n°4400, prés., citée par S. PEROTTI et M. VASSALINI, « La perte d'une chance dans le droit de la responsabilité médicale à travers un arrêt significatif de la Cour de Cassation italienne », *Consilio*, 2010, p. 95.

¹²⁸ HR Baijings/Mr. H, 24 oktober 1997, *NJ*, 1998, p. 257.

Dans le domaine médical, un jugement du 15 décembre 1993¹²⁹ faisait application de la perte d'une chance, mais depuis lors, aucun arrêt de principe en la matière n'a été prononcé par la Cour Suprême¹³⁰.

Le droit hollandais est un droit très protecteur des victimes, pour deux raisons. Il est fait application de cette théorie en cas de violation des normes de sécurité, si le fait de faire reposer la charge de la preuve sur la victime n'est pas équitable, et dans les cas où la perte d'une chance n'est pas appliquée, il existe tout de même un allègement ou renversement de la charge de la preuve en faveur des victimes¹³¹.

En plus de reconnaître la théorie de la perte d'une chance dans certains domaines, le droit néerlandais reconnaît la possibilité d'une indemnisation en fonction du degré de probabilité que la faute ait causé le dommage, ainsi qu'on a pu le constater par exemple dans l'arrêt du « Hoge Raad » du 31 mars 2006¹³².

c) Les droits de Common Law (droit anglais, droit canadien, droit australien)

Ensuite, les droits de traditions anglo-saxonnes, tel le droit anglais, se situent dans une position intermédiaire, car la théorie de la perte d'une chance est acceptée, mais elle ne trouve à s'appliquer que dans un nombre limité d'hypothèses, comme la perte d'une chance de remporter un procès ou de participer à un concours¹³³.

Par exemple, en ce qui concerne le droit anglais, dans l'affaire Mac Ghee/National Coal Board, la House of Lords permit de recourir au concept de perte d'une chance d'éviter une maladie, si le lien causal entre la faute et le dommage ne pouvait pas être établi. Par contre, dans l'affaire Whilsher/Essex Area Health Authority, la House of Lords rejeta le recours à la perte d'une chance de ne pas naître aveugle¹³⁴.

La Cour Suprême du Canada adopte un point de vue encore plus strict, en ce qu'elle semble refuser la perte d'une chance dans sa conception restrictive, étant donné qu'elle n'admet que la perte de chances futures ou hypothétiques, si le lien causal est certain.

En ce qui concerne la perte d'une chance dans le domaine médical, elle est rejetée par les Cours Suprêmes d'Angleterre, du Canada et de l'Australie. Cependant, l'Australie et l'Angleterre adoptent une position moins stricte que le Canada, et semblent prêts à faire certaines concessions¹³⁵.

Si la perte d'une chance n'est pas acceptée, c'est le droit commun qui s'applique. Il est à noter que le principe d'indemnisation dans le droit de la responsabilité des systèmes de Common

¹²⁹ Amsterdam, 15 december 1993, *NJ*, 1997, p. 213, cité par K. RUBRECHT, *Causale Onzekerheid en proportionele aansprakelijkheid*, mémoire de maîtrise du programme, Université de Gand, 2011-2012, pp. 52 et 53.

¹³⁰ K. RUBRECHT, *ibid.*, pp. 52 et 53.

¹³¹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 496.

¹³² Hoge Raad, 31 mars 2006, *R.v.d.W.*, 2006, p. 328, citée par D. PHILIPPE, « Quelques réflexions ... », *op. cit.*, p.1010.

¹³³ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 496.

¹³⁴ Arrêt Mac Ghee/National Coal Board, 1973, 1 WLR, 1 et Arrêt Whilsher/Essex Area Health Authority, 1988, A.C., p. 1074, cités par D. PHILIPPE, « Quelques réflexions ... », *op. cit.*, pp.1004-1013.

¹³⁵ KHOURY, L., « Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale », pp. 1007 à 1013.

Law repose sur le système du tout ou rien, selon la prépondérance des probabilités : si le lien causal entre la faute et le dommage repose sur une probabilité de plus de 50%, l'intégralité du préjudice est indemnisable. Dans le cas contraire, toute réparation est refusée¹³⁶.

d) Les droits de tradition germanique (droit allemand, droit autrichien)

Enfin, les droits de tradition germanique, tel le droit allemand ou le droit autrichien, rejettent quant à eux fermement cette théorie (« Verlorene Chancen »). L'article 252 §2 du Bürgerliches Gesetzbuch définit de manière exhaustive et limitative les droits et intérêts protégés juridiquement. La perte d'une chance n'y figure cependant pas. De plus, cet article « limite la réparation du gain manqué aux sommes qu'il était possible d'espérer avec vraisemblance d'après le cours normal des choses ou d'après les circonstances particulières »¹³⁷.

La jurisprudence fait une interprétation restrictive de cet article. Néanmoins, elle admet dans certains cas un allègement ou un renversement de la charge de la preuve pour la victime¹³⁸.

En Allemagne, le rejet de la théorie de perte d'une chance fait donc que c'est le système du « tout ou rien » qui prévaut : si le demandeur parvient à apporter la preuve du lien causal entre la faute et le préjudice effectivement subi, la réparation sera intégrale, mais si par contre, il ne parvient pas à apporter cette preuve, aucune réparation ne sera due¹³⁹.

e) Le droit suisse

Le Tribunal Fédéral Suisse a rendu un arrêt le 13 juillet 2007, dans lequel il rejette le recours à la perte d'une chance¹⁴⁰. A l'heure actuelle, l'avant-projet de réforme du Code Civil suisse admet le recours à cette théorie, et invoque la notion de « vraisemblance convaincante ». De lege ferenda, on peut donc s'attendre à ce que la perte d'une chance soit reconnue en droit suisse, mais pour le moment, cette théorie n'est pas reçue par les tribunaux¹⁴¹.

f) Le droit commercial international

Pour terminer, on peut ajouter que les principes Unidroit, utilisés dans le contexte du commerce international, y font explicitement référence dans l'article 7.4.3, alinéa 2¹⁴², qui énonce que « la perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa résiliation »¹⁴³.

¹³⁶ S. TAYLOR, « Causalité incertaine et vraisemblance en matière de responsabilité médicale. Rapport anglais » *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 544.

¹³⁷ J. KNETSCH, « Chapitre 4 : Les préjudices réparables », *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 168.

¹³⁸ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 496.

¹³⁹ J. KNETSCH, *op. cit.*, p. 168.

¹⁴⁰ T. PROBST, « La causalité aujourd'hui », *Les causes du dommage*, Genève, Collection genevoise, 2007, p. 19.

¹⁴¹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, pp. 489-497.

¹⁴² Article 7.4.3, alinéa 2 des principes UNIDROIT

¹⁴³ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 496.

8) Réparation du dommage consistant en la perte d'une chance

Tout d'abord, il convient de rappeler que pour pouvoir prétendre à quelque réparation ou indemnisation que ce soit, la victime doit remplir les conditions de l'article 1382 du Code Civil, et apporter la preuve d'une faute, d'un dommage consistant en la perte d'une chance, et d'un lien causal les unissant¹⁴⁴. La notion de perte d'une chance ne modifie en rien les règles relatives à la charge de la preuve.

a) Importance du recours à la statistique

Afin de permettre une juste évaluation de la perte d'une chance, le recours à la statistique semble indispensable. Le juge aura souvent recours à un expert, qui va lui dire quelles étaient les probabilités de réalisation de la chance perdue¹⁴⁵. Ainsi, en matière médicale par exemple, il est facile d'établir la probabilité de guérison ou survie du patient en fonction des données scientifiques et de l'évolution de l'état de santé du patient. Si par exemple, dans telle situation, les experts constatent que telle thérapie fonctionne une fois sur quatre, ils en déduiront qu'il existe 25 % de chance de guérison¹⁴⁶.

b) Evaluation et réparation

A. Evaluation

L'évaluation du préjudice que constitue la perte d'une chance est nécessairement inspirée de celle de l'avantage espéré, ou du préjudice final réalisé. Si le dommage final varie, la perte d'une chance doit également varier, dans une même proportion.

Le juge va tout d'abord déterminer soit la valeur de l'avantage perdu, donc la valeur du gain que la personne aurait pu obtenir si la chance s'était réalisée, soit la valeur du préjudice subi. Il va ensuite y appliquer le pourcentage de chance que la personne avait d'obtenir l'avantage ou d'éviter le dommage¹⁴⁷. Il y impute donc la probabilité de réalisation de la chance. Ce pourcentage est déterminé grâce aux statistiques.

Tout est une affaire de probabilité : l'indemnisation de la perte d'une chance sera prise en compte s'il est probable que le fautif a causé le dommage effectivement subi. Cette probabilité doit être suffisamment sérieuse, importante¹⁴⁸. Selon Denis Philippe « *Il ne faut pas, en tout cas, indemniser si la chance présente un pourcentage inférieur à 50%* »¹⁴⁹.

B. Réparation

La réparation du préjudice sera donc bien intégrale, et non partielle. En effet, l'indemnité correspond à la chance perdue, qui constitue un préjudice à part entière, un préjudice autonome, et non à l'avantage qu'on aurait pu obtenir (qui demeurera toujours du domaine de

¹⁴⁴ A. PÜTZ et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 1089.

¹⁴⁵ Il existe un cas où le juge ne devra pas recourir à un expert indépendant : lorsque le justiciable veut obtenir la réformation d'un jugement ou d'un arrêt, à cause de fautes commises par un huissier ou avocat.

¹⁴⁶ I. DURANT, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁷ O. MIGNOLET, *op. cit.*, n°168.

¹⁴⁸ I. DURANT, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁹ D. PHILIPPE, « Quelques réflexions ... », *op. cit.*, p.1012.

l'inconnu), ou au dommage qu'on aurait pu éviter, si la chance s'était réalisée¹⁵⁰. En France, le même principe prévaut : le dommage réparable se limite à cette perte¹⁵¹.

Cependant, il est évident que cette réparation intégrale est dans tous les cas inférieure à la réparation intégrale à laquelle aurait pu donner lieu le dommage définitif¹⁵².

Le principe selon lequel seule la valeur économique de la chance perdue est susceptible de réparation, et non l'avantage qu'aurait procuré la chance si elle s'était réalisée, est admis depuis longtemps en ce qui concerne la conception restrictive de la perte d'une chance. La Cour de Cassation a étendu ce principe à la conception extensive de la théorie dans un arrêt du 17 décembre 2009¹⁵³ : la réparation de la perte d'une chance d'éviter un dommage ne peut pas être égale à l'intégralité du dommage subi¹⁵⁴. Seule la perte d'une chance est donc indemnisable. Ce principe a été rappelé par après dans l'arrêt du 15 mars 2010¹⁵⁵.

En France, le principe est le même et l'article 1238 du projet de réforme de la responsabilité civile le consacre¹⁵⁶.

c) Evaluation ex aequo et bono

Cependant, on remarque souvent que les statistiques ne sont pas à 100% fiables, ou font défaut. Les parties divergent alors en ce qui concerne l'évaluation de la chance. Dans la majorité des cas, quand il n'existe pas d'élément précis d'évaluation, les juges procèdent donc à une évaluation ex aequo et bono, c'est-à-dire qu'ils tiennent compte de tous les éléments et facteurs capables d'influencer leurs calculs¹⁵⁷.

La Cour de Cassation est cependant réticente à l'utilisation de l'évaluation ex aequo et bono, pour calculer la perte d'une chance, et ne se résigne à l'accepter que quand aucune partie ne peut fournir d'éléments capables d'évaluer exactement la perte d'une chance¹⁵⁸.

La cour de Cassation française va encore plus loin et dit qu'un calcul mathématique, avec recours aux statistiques, doit toujours être possible pour évaluer la perte d'une chance¹⁵⁹.

¹⁵⁰ I. DURANT, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵¹ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2006, p. 388.

¹⁵² N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 622.

¹⁵³ Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, liv. 12, p. 3056.

¹⁵⁴ N. ESTIENNE, *op. cit.*, p. 622.

¹⁵⁵ Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, III, p. 839

¹⁵⁶ Article 128 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile en droit français.

¹⁵⁷ Liège (3^e ch.), 16 septembre 1996, *R.G.A.R.* 1998, n° 12.896 et Bruxelles (2^e ch.), 27 juin 1991, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12.032, citées par I. DURANT, *op. cit.*, pp. 42 et 43.

¹⁵⁸ Cass., 8 février 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 677

¹⁵⁹ Cass fr., 29 juin 1989, citée par I. DURANT, *op. cit.*, pp. 42 et 43.

d) Problèmes pouvant se présenter en ce qui concerne la réparation de la perte d'une chance de ne pas subir de préjudices et alternatives envisageables

A. Position du problème

Certains auteurs favorables à la conception extensive de la perte d'une chance, tels Bernard Dubuisson, ont tout de même relevé un problème pouvant se poser en ce qui concerne l'évaluation de cette perte de chance. En effet, cette évaluation se fera en imputant le pourcentage de chance d'éviter le dommage sur la valeur du préjudice réellement subi. Cependant, on obtient une fraction du dommage final, ce qui peut laisser penser que la réparation n'est que partielle, et que la perte de chance n'est alors qu'une partie du dommage final. L'avocat général Werquin avait d'ailleurs relevé ce problème dans ses conclusions précédant l'arrêt du 1^{er} avril 2004¹⁶⁰. Ça pourrait donner l'impression qu'on pourrait obtenir plusieurs fois la réparation du même préjudice.

De plus, la valeur de la réparation ne reflète pas la valeur économique de la chance perdue. Afin que la perte de chance puisse être réparée indépendamment de la réalisation du risque, la solution serait en effet que le montant de la réparation soit évalué au prix que la victime aurait accepté de payer pour ne pas être exposée au risque¹⁶¹.

Bernard Dubuisson a tenté de trouver des solutions alternatives envisageables, afin de mettre fin au doute qui existe en ce qui concerne la réparation de la conception extensive de la perte d'une chance.

B. Les alternatives proposées pour une solution équitable

I. L'intégrisme causal

Ce système consiste à interdire le recours à la perte d'une chance dans sa conception extensive et à considérer que le lien causal doit être certain. De ce fait, aucune réparation partielle ne serait envisageable : soit la causalité est certaine et la réparation est intégrale, soit la causalité n'est pas établie et il n'y a aucune réparation possible.

Cependant, cette solution est fort critiquable, et ce pour plusieurs raisons : cela implique que la moindre incertitude concernant l'existence de la causalité sera dans tous les cas défavorable à la victime, que les juges seront tentés de se baser sur de simples présomptions, probabilités, et vraisemblances de causalités afin de déclarer certaine une probabilité et que le recours à la statistique est rendu impossible¹⁶².

La Cour de Cassation a cependant, malgré tout, consacré ce principe dans une affaire, en refusant de reconnaître un lien causal entre la faute et le dommage, qui n'était pas établi à 100%, mais où les chances de survie de la victime n'étaient que de 90%¹⁶³. Cependant, il semblerait que cet arrêt soit isolé.

¹⁶⁰ Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p.527, concl. Av. gén. WERQUIN.

¹⁶¹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 494.

¹⁶² *Ibid.*, p. 495.

¹⁶³ Cass. (2^e ch.), 23 septembre 1974, *Pas.*, 1957, I, p. 87.

Pour les raisons qui sont citées ci-dessus, la voie de l'intégrisme causal rencontre peu de succès, et doit sans aucun doute être rejetée.

II. La vraisemblance prépondérante

Cette solution consiste à établir le lien causal en démontrant une vraisemblance prépondérante. Ici aussi, c'est le système du tout ou rien : soit le degré de vraisemblance est suffisamment élevé et le dommage sera intégralement réparé, soit le degré de vraisemblance n'est pas établi et aucune réparation ne sera possible.

Il faudrait d'obliger la victime à démontrer que la faute a fait perdre plus de 50 % de chances d'éviter le dommage. Dans ce cas, la réparation sera intégrale. Si l'auteur de la faute n'est pas d'accord avec ça, ce sera alors à lui de démontrer le contraire, en prouvant que le cas particulier déjoue les probabilités que la victime a établies¹⁶⁴.

Cependant, il ne semble pas que ces alternatives aboutiront nécessairement à des solutions plus justes. D'après Bernard Dubuisson, la solution la plus équitable reste malgré tout la théorie de la perte d'une chance, malgré ses défauts.

Pour ce qui est du droit anglo-saxon, la House of Lords a consacré la théorie de la vraisemblance prépondérante (« more probable than not ») en matière médicale en ce qui concerne les pertes de chance de guérison ou de survie, dans un arrêt de 1987. Elle décréta que si la perte de chance d'éviter le dommage est de plus de 50%, si la probabilité de réalisation de l'événement favorable est de plus de 50%, alors la réparation sera intégrale. Mais le sens à donner à cet arrêt reste discuté et mitigé¹⁶⁵.

9) Application concrète : perte d'une chance dans le domaine médical

a) Principes

Depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 juin 2008, la perte d'une chance d'éviter un dommage est redevenue un préjudice indemnisable, à condition que la faute soit la condition sine qua non de la perte de cette chance. Par cet arrêt, la Cour a admis la conception extensive de la perte d'une chance. Cela a eu un grand impact en droit médical, entre autre car cette décision permet aux victimes de demander réparation de la perte d'une chance de guérison ou de survie. En effet, il est souvent très difficile d'établir qu'un dommage est nécessairement dû en raison de la faute de tel médecin¹⁶⁶. Suite à cet arrêt, la perte de chance a été invoquée dans de nombreuses affaires en droit médical¹⁶⁷.

L'application la plus contestée de la théorie de la perte d'une chance à travers les différents pays se retrouve dans le domaine de la responsabilité médicale¹⁶⁸.

¹⁶⁴ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, pp. 495 et 496.

¹⁶⁵ *Hoston c. East Berkshire Area Health Authority* [1987] 2 All. E.R. 909 (HL), cité par B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, p. 496.

¹⁶⁶ I. DURANT, *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁷ Liège (20^e ch.), 31 mars 2011, *J.L.M.B.* 2012, p. 1082.

¹⁶⁸ C. MÜLLER, *op. cit.*, p. 483.

En France, la jurisprudence consacrait régulièrement la perte d'une chance en matière médicale depuis les années 60¹⁶⁹, malgré le fait qu'un arrêt de la Cour de Cassation française du 17 novembre 1982¹⁷⁰ semblait en condamner l'application jusqu'en 2012¹⁷¹. Le 22 mars 2012, la Cour de Cassation française reconnaît explicitement le concept de perte d'une chance en matière médicale, sous la notion d'éventualité favorable qui constitue en réalité la chance, ce qui met fin à tout doute à ce propos¹⁷².

Les droits de traditions anglo-saxonnes, à savoir le droit canadien, le droit anglais et le droit australien, n'acceptent pas la réparation de la perte d'une chance dans le domaine médical.

Dans son arrêt de principe « Laferrière c. Lawson » de 1991¹⁷³, la Cour Suprême du Canada a rejeté catégoriquement la perte d'une chance dans le domaine médical. La Cour voit en effet dans ce cas la perte d'une chance comme un moyen permettant de pallier l'absence de preuve de la causalité en raison de la prépondérance des probabilités, et non comme un préjudice à part entière. La Cour Suprême confirme plus tard sa position dans son arrêt *St Jean c. Mercier* rendu en 2002¹⁷⁴.

Le droit anglais semble également ne pas être favorable à l'indemnisation de la perte d'une chance de guérison, mais est à ce sujet plus hésitant et nuancé que le droit canadien. La jurisprudence et la doctrine ne semblent pas totalement fermées à la possibilité de reconnaître une telle indemnisation. Cependant, la Chambre des Lords a, deux fois déjà, en 1987 et 2005, rejeté les demandes invoquant cet argument. Dans l'arrêt *Gregg v Scott*, elle se réfère à l'arrêt « Laferrière c. Lawson » rendu par la Cour Suprême canadienne. Selon elle, il est préférable de s'en tenir à une charge de la preuve basée sur la probabilité, plutôt que sur un éventuel lien de causalité¹⁷⁵.

Une future acceptation n'est toutefois pas à écarter à l'avenir, plusieurs juges de la Chambre des Lords ayant montré une ouverture à cette possibilité dans l'affaire *Gregg v Scott*¹⁷⁶. Lord Philipps estime que la perte d'une chance est indemnisable si le préjudice final est déjà survenu (par exemple, si la personne est décédée). Lord Nicholls, lui, a émis des opinions dissidentes, et considère que la règle du tout ou rien n'est pas appropriée dans les cas de dommages futurs, une perte de chance de guérison de + de 50% est tout aussi réelle qu'une perte de chance de - de 50%¹⁷⁷.

¹⁶⁹ Cass. fr., 1^{er} juin 1976, *J.C.P.*, 1976, II, p. 18483 ; Cass. fr., 14 décembre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, p. 14753.

¹⁷⁰ Cass. fr., 1^{er} ch. civ., 17 novembre 1982, *J.C.P.*, 1983, II, p. 20056.

¹⁷¹ A. PÜTZ et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 1087.

¹⁷² D. PHILIPPE, « Quelques réflexions ... », *R.D.C.-T.B.H.*, 2013, p.1011.

¹⁷³ Laferrière c. Lawson, [1991] 1 RCS 541, 78 DLR (4^e), p. 609, cité par L. KHOURY, *op. cit.*, p. 1007.

¹⁷⁴ J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 87.

¹⁷⁵ *Hoston v East Berkshire Health Authority* [1987] 1 AC 750, 3 WLR 232 et *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2, au para 78, 2 AC 176, Lord Hoffman, cités par L. KHOURY, *op. cit.*, p. 1009.

¹⁷⁶ S. TAYLOR, *op. cit.*, p. 544.

¹⁷⁷ Lord Nicholls subordonne cependant l'acceptation d'une perte d'une chance dans le domaine médical à trois conditions : un degré élevée d'incertitude médicale en ce qui concerne les chances de guérison du patient, l'existence d'une maladie ou d'un accident au moment de la faute, et une chance raisonnable pour le patient de guérir au moment de la faute.

Ces divergences permettent de montrer les hésitations de la jurisprudence et la fragilité en ce qui concerne le rejet de ce concept en droit anglais¹⁷⁸.

Le droit australien, quant à lui, rejette aussi la perte d'une chance dans le domaine médical par l'arrêt Tabet c. Gett en 2010. Depuis 1999 et l'arrêt Naxakis v West General Hospital, il semblait pourtant l'avoir acceptée dans certaines circonstances. En 2010, il revient sur sa position, en s'inspirant de l'arrêt canadien Laferrière c. Lawson, et en considérant la perte d'une chance utilisée dans ce domaine comme une construction artificielle servant à pallier l'incertitude causale entre la faute et le dommage¹⁷⁹.

Cela permet de constater que les pays de Common Law ne sont pas favorables à l'acceptation de la perte d'une chance dans ce domaine, même si les Cours canadiennes et anglaises semblent adopter un point de vue moins strict que la Cour Suprême du Canada¹⁸⁰.

Pour ce qui est du droit hollandais, la Cour Suprême n'a pas encore prononcé d'arrêt de principe dans le domaine médical¹⁸¹.

b) Perte d'une chance suite au manquement au devoir d'information du médecin

Un des domaines de prédilection de la théorie de la perte d'une chance en droit médical, est l'hypothèse où la faute consiste en un manquement au devoir d'information du médecin. En effet, le consentement du patient est la condition essentielle avant toute opération thérapeutique, en raison de son droit à la protection de son intégrité physique. La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient consacre explicitement cette exigence¹⁸². Cependant, afin que ce consentement soit rendu en pleine connaissance de cause, il doit être précédé d'une information complète et conforme du médecin¹⁸³.

La Cour d'Appel de Liège a rendu un arrêt très intéressant en la matière le 9 septembre 2010¹⁸⁴. Dans cette affaire, le médecin n'avait commis aucune erreur purement technique, mais avait opté pour le traitement sans donner des informations sur les autres possibilités thérapeutiques et leurs risques. Cette information relative aux risques doit comprendre tous les risques qui pourraient être significatifs pour toute personne placée dans les mêmes circonstances que le patient. La théorie des risques significatifs est consacrée dans l'article 8§2 de la loi du 22 août 2002¹⁸⁵.

En l'espèce, il était difficile de démontrer que le patient, pleinement informé, aurait opté pour un autre traitement. La Cour d'Appel décide donc que le patient a perdu « *une chance de décider en pleine connaissance de cause du traitement* », et confirme l'existence d' « *un lien* »

¹⁷⁸ D. PHILIPPE, « Quelques réflexions... », *op. cit.*, p.1011.

¹⁷⁹ Tabet c. Gett, [2010] HCA 12, 240 CLR 537 et Naxakis v West General Hospital, [1999] HCA 22 au para 36, [1999] 197 CLR 269, cités par L. KHOURY, *op. cit.*, pp. 1011 à 1013.

¹⁸⁰ L. KHOURY, *op. cit.*, p. 1013.

¹⁸¹ K. RUBRECHT, *Causale Onzekerheid en proportionele aansprakelijkheid*, mémoire de maîtrise du programme, Université de Gand, 2011-2012, pp. 52 et 53.

¹⁸² Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

¹⁸³ G. GENICOT, « Deux illustrations ... », *op. cit.*, p. 1089.

¹⁸⁴ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1076.

¹⁸⁵ Article 8, §2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002.

de causalité certain entre le défaut d'information des risques et la perte de chance d'éviter les séquelles »¹⁸⁶.

Il est à noter que Jean-Luc Fagnart, grand opposant à la théorie de la perte d'une chance, considère qu'il ne peut pas être question de perte d'une chance lorsqu'une personne ne reçoit pas les informations qu'elle est sensée recevoir. La chance doit dépendre du hasard, et selon lui, la décision qu'une personne aurait pu prendre si elle avait été correctement informée dépend du libre arbitre d'un individu, pas du hasard¹⁸⁷. Cependant, ce point de vue est minoritaire.

En France, la réparation de la perte d'une chance dans le domaine médical a été consacrée pour la première fois dans les années 60¹⁸⁸. Dans un arrêt de la Cour de Cassation du 3 juin 2010, la France a réalisé un pas de plus en avant¹⁸⁹. La Cour consacre l'idée que le manquement au devoir d'information du médecin constitue, non plus la perte d'une chance de décider en connaissance de cause, mais un préjudice autonome, que le juge ne peut laisser sans réparation. C'est ce qu'on appelle le préjudice d'impréparation, c'est-à-dire le préjudice qu'une personne qui n'a pas pu se préparer psychologiquement à un risque peut invoquer¹⁹⁰. Cependant, ce préjudice d'impréparation en raison du manquement au devoir d'information n'existe pas en dehors du domaine médical.

Le droit anglais, le droit canadien et le droit australien refusent de réparer la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque résultant d'un manquement à l'obligation d'information du médecin¹⁹¹. On utilise alors un système de probabilité : si la chance perdue est supérieure à 50%, le lien causal est établi et la réparation est intégrale, si cette chance perdue est inférieure à 50%, aucune réparation n'est due. C'est le système du tout ou rien¹⁹².

c) Wrongful life, wrongful birth et wrongful pregnancy

Une question extrêmement controversée à l'heure d'aujourd'hui est de savoir si, suite à un manquement au devoir d'information du médecin, la naissance d'un enfant non désiré, ou la naissance d'un enfant handicapé, constitue un préjudice indemnisable, au regard de la théorie de la perte d'une chance.

A. Wrongful birth et wrongful life

La notion de « wrongful birth » désigne l'action en justice dirigée contre des médecins par des parents s'estimant lésés du fait de la naissance d'un enfant handicapé, à la suite d'une information incorrecte sur la normalité de l'enfant. C'est l'action d'enfant préjudiciable.

La notion de « wrongful life », quant à elle, désigne l'action en justice dirigée contre des médecins par les parents au nom de leur enfant handicapé, en réparation du préjudice qu'il a

¹⁸⁶ Liège, 9 septembre 2010, *J.L.M.B.* 2012, p. 1183.

¹⁸⁷ J.-L. FAGNART, *La causalité*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁸⁸ Cass. fr. (1^{er} ch.civ.), 14 décembre 1965, *J.C.P.*, 1966, n°14753, citée par I. DURANT, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁹ Cass. fr. (1^e ch. civ.), 3 juin 2010, *Bulletin*, 2010, I, n° 128.

¹⁹⁰ G. GENICOT, « Deux illustrations ... », *op. cit.*, pp. 1090 et 1091.

¹⁹¹ Pour ce qui concerne le droit anglais : M. BACACHE, « L'aléa thérapeutique et les régimes spéciaux d'indemnisation. Rapport de synthèse », *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 464.

¹⁹² M. BACACHE, *ibidem*, p. 464.

subi personnellement. C'est ici l'enfant, représenté par ses parents, qui prétend subir un préjudice du fait d'être né. C'est l'action de vie préjudiciable.

Afin de pouvoir bénéficier de ces actions, il faut savoir démontrer l'existence d'une faute, d'un lien causal et d'un préjudice.

Dans le cadre de l'action des parents de « *wrongful birth* », le préjudice consisterait en l'atteinte à la liberté de la mère d'interrompre sa grossesse (et non pas en le handicap de leur enfant qui, lui, est étranger à toute faute des médecins). Cependant, il est possible que les parents n'arrivent pas à démontrer que la mère aurait avorté si elle avait été bien informée du handicap de l'enfant. C'est d'ailleurs impossible à démontrer avec certitude. Une certaine jurisprudence considère que les parents pourraient alors réclamer une indemnisation sur la base de la perte d'une chance d' « *éviter un préjudice grave consistant en une naissance et une vie entachées de séquelles graves et irréversibles* »¹⁹³. Romain Marchetti, Audrey Pütz et Etienne Montero partagent le même avis.

Le Tribunal Civil de Bruxelles, dans son arrêt du 21 avril 2004, considère que la théorie de perte d'une chance est également applicable à l'action en « *wrongful life* » au profit de l'enfant. Un arrêt de la Cour de Cassation du 14 novembre 2014¹⁹⁴ est cependant venu mettre fin à toute controverse, en rejetant pour la première fois l'action en *wrongful life*. Selon la Cour, il est impossible de comparer la situation de l'existence d'une personne avec un handicap avec sa non-existence¹⁹⁵.

De nombreux auteurs, comme Romain Marchetti, Audrey Pütz et Etienne Montero sont de l'avis de la Cour, car le dommage de l'enfant qui consiste dans le fait d'être né et de vivre handicapé n'est pas un préjudice indemnisable. Une personne ne peut pas réclamer le droit de ne pas naître. En permettant à l'enfant d'avoir un droit de regard sur sa naissance, on met à mal l'idée que la demande d'IVG est une décision personnelle de la mère, et que seule elle peut décider si l'enfant peut accéder à la vie. Selon eux, la perte d'une chance ne peut donc pas se concevoir pour l'action en « *wrongful life* »¹⁹⁶.

On peut donc constater que, si la tendance est claire d'accepter le recours à la perte d'une chance pour une action en *wrongful birth*, en ce qui concerne la perte d'une chance dans l'action en *wrongful life*, ce n'est pas possible.

La France suit la même tendance que la Belgique, en ayant adopté la loi « Anti-perruche » du 4 mars 2002, contrant l'arrêt Perruche du 17 novembre 2000¹⁹⁷.

B. *Wrongful pregnancy et wrongful conception*

La notion de « *wrongful pregnancy* » ou « *wrongful conception* » désigne l'action en justice dirigée contre des médecins par des parents s'estimant lésés du fait de la naissance d'un

¹⁹³ Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, liv. 6150, p. 716.

¹⁹⁴ Cass., 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2539.

¹⁹⁵ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015/9, pp. 209 et 210.

¹⁹⁶ R. MARCHETTI *et al.*, *op. cit.*, pp. 125 à 131.

¹⁹⁷ Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, G., 2000, p. 10438.

enfant non désiré, à la suite de l'échec d'une stérilisation (« wrongful conception ») ou d'une IVG (« wrongful pregnancy »).

Pour pouvoir bénéficier de cette action, les parents doivent démontrer l'existence d'une faute (le manquement du médecin à son devoir d'information), un préjudice (consistant en le fait de n'avoir pas pu prendre une décision en connaissance de cause ou de n'avoir pas pu se soumettre à une intervention spécifique, telle une IVG) et un lien causal entre les deux. Cependant, si le patient n'arrive pas à démontrer qu'en raison d'une information lacunaire ou de l'échec d'une IVG ou stérilisation, il n'a pas pu prendre une décision en connaissance de cause, il pourra tenter d'invoquer la perte d'une chance d'avoir pu prendre cette décision.

En ce qui concerne la consistance du dommage indemnisable, le préjudice effectif est la chance perdue. Mais la question qui se pose est de savoir si ce préjudice inclut aussi les dommages matériels et moraux postérieurs à la naissance. L'étendue précise du dommage est souvent, difficile à déterminer.

S'il existe plus ou moins un consensus en Belgique à propos de l'acceptation de l'indemnisation des dommages matériels résultant de la naissance, la question demeure controversée en ce qui concerne les frais de garde, d'entretien, d'équipement,.... Certains arrêts déclarent qu'en cas d'échec d'une IVG ou d'une stérilisation, la possibilité de faire adopter ou avorter l'enfant n'a pas d'incidence, et qu'une indemnisation des frais d'entretien et d'éducation doit pouvoir être possible¹⁹⁸. Les Pays-Bas suivent la même voie que la Belgique sur ce point, contrairement au Royaume-Uni qui a opéré un revirement jurisprudentiel dans l'arrêt *Mc Farlane v Tayside* en décrétant que les frais d'éducation ne sont plus indemnisables¹⁹⁹.

Gilles Genicot, lui, considère que ces frais découlant du préjudice moral, devraient, en fonction des circonstances, pouvoir faire l'objet d'une indemnisation²⁰⁰. Cette question demeure cependant à l'heure actuelle encore controversée.

10) Conclusions

La théorie de la perte d'une chance reste aujourd'hui une notion extrêmement controversée, du moins en ce qui concerne la perte d'une chance d'éviter un dommage. Malgré le fait que la Cour de Cassation semble rejeter la conception extensive dans ses deux arrêts du 6 décembre 2013, la jurisprudence l'a pourtant acceptée de nombreuses fois depuis 2008, et la majorité de la doctrine belge y est également favorable.

Si au départ, la perte d'une chance était envisagée principalement dans le domaine des courses équestres, son champ d'application s'est par la suite considérablement étendu. Cette question fait l'objet de nombreuses applications, notamment en matière médicale, en particulier dans l'hypothèse où la faute consiste en un manquement au devoir d'information du médecin. Dans le cadre des actions en wrongful birth, wrongful pregnancy et wrongful conception, cette

¹⁹⁸ Anvers, 8 septembre 2003, *NJW*, 2004, p. 558 ; Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *RW*, 1988-89, p. 1171.

¹⁹⁹ *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59, cité par S. PANIS, « L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy) », *Rev. dr. santé*, 2009-10, pp. 217 à 226.

²⁰⁰ G. GENICOT, « L'indemnisation de la perte d'une chance ... », *op. cit.*, pp. 1181 et 1182.

théorie peut se montrer d'une grande utilité en cas d'impossibilité de démontrer le lien causal entre la faute et le dommage réellement subi.

Un bref survol du droit comparé a permis de constater une tendance globale des pays à accueillir de plus en plus favorablement l'indemnisation de ce concept. Alors que les droits allemand et autrichien se refusent à indemniser une chance perdue, on peut constater que les pays de Common Law et les Pays-Bas se situent dans une position intermédiaire, en admettant sa réparation dans certaines hypothèses. Leurs Cours Suprêmes ne l'ont cependant jamais acceptée dans le domaine médical. Pour ce qui est des droits de tradition romaine, ils appliquent cette théorie dans de nombreux domaines et semblent approuver en général ses deux conceptions.

A mon avis, cette question n'a pas fini de faire débat, et de futurs arrêts de la Cour de Cassation à ce sujet sont sûrement encore à attendre. Je soutiens personnellement la doctrine majoritaire, et j'espère que la Cour viendra prochainement confirmer la position adoptée entre 2008 et 2010, afin de pouvoir donner une chance aux victimes de fautes médicales d'être indemnisées.

Bibliographie

Doctrine

AUVRAY, F., JANSEN, S. DE GROOF, S., GLADINEZ, T., PECINOVSKY, P., SAMOY, I. et VERJANS, E., « Schade na wegblokkade : geen zwart-wit maar ochtendgrijs », *Juristenkrant*, 2015, p. 12.

BACACHE, M., « L'aléa thérapeutique et les régimes spéciaux d'indemnisation. Rapport de synthèse », *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 452 à 472.

BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2016.

CATALDO, A. et PÜTZ, A., « La perte d'une chance de ... prouver », Trois conditions pour une responsabilité civile, Limal, Anthemis, 2016, pp. 145 à 194.

DUBUISSON, B., « Jurisprudence récente de la Cour de Cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, pp. 745 à 754.

DUBUISSON, B., « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *J.T.*, 2007, pp. 489 à 497.

DUBUISSON, B., « L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015/9, pp. 209 à 219.

DURANT, I., « A propos de ce lien qui unit la faute au dommage », *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis, Formation permanente*, Liège, Larcier, 2004, pp. 33 à 47.

ESTIENNE, N., « 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, pp. 605 à 624.

FAGNART, J.-L., *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2011.

FAGNART, J.-L., « La perte d'une chance. Aperçu de la jurisprudence belge », *Leçon du droit civil. Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 313 à 326.

FAGNART, J.-L., « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », *La réparation du dommage. Questions particulières*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, pp. 73 à 103.

FAGNART, J.-L., « La perte d'une chance dans la jurisprudence des Cours de Cassation d'Italie et de Belgique. Convergences et divergences », *Consilio*, 2010, pp. 99 à 102.

FORIERS, P.-A., « Aspect du dommage et du lien de causalité », *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 24 à 32.

GENICOT, G., « Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d'une chance », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1087 à 1091.

GENICOT, G., « L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1165 à 1182.

JOURDAIN, P., « La perte d'une chance en droit français », *Le préjudice : entre tradition et modernité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 107 à 116.

JOURDAIN, P., « Sur la perte d'une chance », *RDT Civ.*, 1992, n° 109.

KHOURY, L., « Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale », *McGill Law Journal*, 2014, pp. 989 à 1014.

KNETSCH, J., « Chapitre 4 : Les préjudices réparables », *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 165 à 170.

LE TOURNEAU, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2006.

MARCHETTI, R., MONTERO, E. et PUTZ, A., « La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable ? La perte d'une chance de ne pas naître ? », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 117 à 132.

MÜLLER, C., « La perte d'une chance. Etude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, pp. 482 à 484.

PANIS, S., « L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy) », *Rev. dr. santé*, 2009-10, pp. 217 à 226.

PEROTTI, S. et VASSALINI, M., « La perte d'une chance dans le droit de la responsabilité médicale à travers un arrêt significatif de la Cour de Cassation italienne », *Consilio*, 2010, pp. 95 à 98.

PHILIPPE, D., « Perte d'une chance et détermination du dommage », *DAOR*, 2014, pp. 78 à 80.

PHILIPPE, D., « Quelques réflexions sur la perte d'une chance et le lien causal », *R.D.C.-T.B.H.*, 2013, pp.1004 à 1013.

PROBST, T., « La causalité aujourd'hui », *Les causes du dommage*, Genève, Collection genevoise, 2007, pp. 15 à 35.

PÜTZ, A., « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice indemnisable », *J.T.*, 2009, pp. 29 à 31.

PÜTZ, A. et MONTERO, E., « La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque : un préjudice illusoire », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1085 à 1092.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010.

RUBRECHT, K., *Causale Onzekerheid en proportionele aansprakelijkheid*, mémoire de maîtrise du programme, Université de Gand, 2011-2012.

TAYLOR, S., « Causalité incertaine et vraisemblance en matière de responsabilité médicale. Rapport anglais » *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 541 à 544.

Jurisprudence

Juridictions judiciaires

Cass., 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2539.

Cass., 22 mars 2012, *R.G.A.R.*, 2012, n°14.913.

Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 829.

Cass. (1^{re} ch.), 17 décembre 2009, *R.G. C.08.0145. N*, *Pas.*, 2009, p. 3045.

Cass (1^{re} ch.), 17 décembre 2009, *R.G. C.09.0190.N*, *Pas.*, 2009, p.3056.

Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p.1425.

Cass., 12 mai 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170.

Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1913.

Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, p.527.

Cass., 19 septembre 2002, *J.T.*, 2003, p.212.

Cass., 19 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 763

Cass., 19 juin 1987, *Pas.*, 1987, I, p.1306.

Cass., 19 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 546.

Cass., 8 février 1979, *Pas. I*, 1979, p. 677.

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

Cass., 8 décembre 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 354.

Cass., 19 octobre 1937, *Pas.*, 1937, I, p. 298.

Comm. Bruxelles (10^e ch), 4 février 2014, *DAOR*, 2014, liv. 111, p. 64.

Liège (20^e ch.), 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1082.

Liège (20e ch.), 9 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1183.

Mons, 10 avril 2008, *Bull. ass.*, 2008, p. 430.

Liège (20e ch.), 2 juin 2006, inédit, *R.G.* n°2004/RG/1607

Liège (12e ch.), 21 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p.1180.

Mons, 10 octobre 2005, *J.T.*, 2005, p. 717.

Civ. Dinant, 27 juin 2005, *R.G.D.C.*, 2005, p.491

Gand, 16 mai 2005, *Rev. dr. Santé*, 2006-2007, p. 114.

Bruxelles, 22 avril 2004, inédit, *R.G.* n°1995/AR/2757.

Civ. Bruxelles, 21 avril 2004, *J.T.*, 2004, liv. 6150, p. 716.

Anvers, 8 septembre 2003, *NJW*, 2004, p. 558.

Bruxelles, 4 janvier 2001, *Journ. Proc.*, 2001, n°410, p.22.

Liège, 27 novembre 1996, *Journ. Proc.*, 1997, n°318, p.22.

Civ. Bruxelles, 10 octobre 1996, *R.G.A.R.*, 1998, p.13014.

Civ. Courtrai, 3 janvier 1989, *RW*, 1988-89, p. 1171.

Juridictions administratives

Sentence arbitrale

Sent. arb., 10 octobre 1927, *R.G.A.R.*, 1928, n°292, note H.V.L.

Juridictions judiciaires françaises

Cass. fr. (1^{er} ch. civ.), 16 janvier 2013, *I2 -14.439*.

Cass. fr. (1^e ch. civ.), 3 juin 2010, *Bulletin*, 2010, I, n° 128.

Cass. fr. 1^{er} civ., 8 juillet 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, n°164.

Cass. fr. 1^{er} civ., 4 avril 2001, *Bull. civ. I*, 2001, n°107.

Cass. fr. (2^e ch.civ.), 25 octobre 2001, *Resp.civ et ass.*, janvier 2002, comm n°12.

Cass. fr., ass. plén., 17 novembre 2000, *J.C.P.*, G., 2000, p. 10438.

Cass. fr., 17 novembre 1982, *Bull. civ.*, 1982, I, n°333.

Cass. fr., 20 mai 1980, *Dall.*, 1981, IR, p.257.

Cass. fr., 9 janvier 1979, *J.C.P.*, 1980, II, p.19272.

Cass. fr., 1^{er} juin 1976, *J.C.P.*, 1976, II, p. 18483.

Cass. fr. (ch. crim.), 18 mars 1975, 74-92, p. 118.

Cass. fr., 14 décembre 1965, *J.C.P.*, 1966, II, p. 14753.

Juridictions administratives françaises

C.E. fr., 21 décembre 2007, *AJDA*, 2008, p. 11.

C.E. fr., 5 janvier 2000, *D*, 2008. 28.